

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Diciembre 2022
Volumen 3 - Número 3

Editorial	Negociación de salarios en un contexto de inflación acelerada. Incrementos salariales y cláusulas de revisión: dos puntos de tensión en la negociación colectiva <i>Salary negotiation in a context of accelerated inflation. Salary increases and review clauses: two points of tension in collective bargaining</i> Ana María de la Puebla Pinilla	4
Artículos doctrinales	La relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y técnicas auxiliares. (Un análisis de su reforma, a cargo del RD-Ley 5/2022, de 22 de marzo) <i>The reform of the work contract for artistic activities and technical and auxiliary jobs. (RD-Ley 5/2022, March 22nd)</i> Jesús Baz Rodríguez	21
	Desafíos de las relaciones colectivas de trabajo en las empresas de plataforma <i>Challenges of collective labor relations in platform companies</i> Amparo Esteve Segarra	52
	La estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021 <i>The structure of collective bargaining following the labor reform of 2021</i> Eva López-Terrada	77
Artículos jurisprudenciales	El correo electrónico como medio de prueba en el proceso laboral <i>The email as a mean of evidence in the labour process</i> Francisco Andrés Valle Muñoz	103
	Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social <i>Recent examples of how the gender perspective is integrated into the interpretation of Social Security rules</i> Carolina Blasco Jover	130

Debate	Transición energética y políticas de empleo verde: el caso de la minería del carbón en el noroeste de España <i>Energy transition and green employment policies: the case of coal mining in northwest Spain</i> Henar Álvarez Cuesta	154
	Nuevos retos del derecho migratorio: la falta de respuestas jurídicas ante los flujos de personas motivados por cuestiones climáticas <i>New challenges of immigration law: the lack of legal responses to the flows of people due to climate issues</i> Margarita Miñarro Yanini	180
Reseña bibliográfica	Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía Jose María Goerlich	190

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

ISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA
Universidad Autónoma de Madrid, España

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

LABOS. REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Secretaría editorial

Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid-126 28903 Getafe (Madrid) España
Correo electrónico: revistalabos@uc3m.es

EDITORIAL

Negociación de salarios en un contexto de inflación acelerada. Incrementos salariales y cláusulas de revisión: dos puntos de tensión en la negociación colectiva

Salary negotiation in a context of accelerated inflation.
Salary increases and review clauses: two points of tension
in collective bargaining

Ana María de la Puebla Pinilla

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: 10.20318/labos.2022.7365

1. Tensiones en la negociación salarial en un contexto de incertidumbre

El fuerte incremento de IPC que España ha experimentado en los dos últimos años está generando consecuencias de calado en la economía y en la sociedad. Dejando al margen la anomalía del año 2020 cuyo IPC, como consecuencia de las medidas de restricción adoptadas para hacer frente a la pandemia COVID-19¹, resultó negativo (-0,5%)², el año 2021 terminó con un IPC acumulado del 6,5%. Y 2022, a pesar de que las previsiones eran inicialmente favorables, no va camino de mejorar los resultados. Según la nota de prensa del INE de 29 de noviembre de 2022, el indicador adelantado del

¹ Según el Informe Trimestral de la Economía Española 4/2020, del Banco de España, la debilidad de la inflación durante el año 2020, común a toda la zona euro, fue resultado de la desaceleración de los precios de los servicios desde el comienzo de la pandemia y de la reducción de los precios de la energía y de los bienes industriales no energéticos.

² Un IPC negativo que resucitó, aunque con menor intensidad, las controversias jurídicas que ya generó una situación similar en el año 2014, cuando el IPC fue también negativo (-1%) y se plantearon numerosos conflictos en torno a la aplicación de las cláusulas de revisión salarial previstas en los Convenios colectivos y la posibilidad de exigir la devolución de salarios a los trabajadores. En relación con la situación generada en 2020, puede verse la STSJ País Vasco, de 24 de mayo de 2022 (Rec. 923/2022) que confirma la interpretación sostenida por la patronal conforme a la cual la subida salarial prevista en el convenio para 2021 (que fijaba una subida igual al IPC más un 1,5%) debía aplicarse sobre el IPC real del 2020: siendo este de -0,5% la subida salarial aplicable resultaba un 1%.

IPC situaba su variación anual en el 6,8%, medio punto por debajo de la registrada en octubre, pero muy por encima de lo habitual en periodos anuales anteriores a la pandemia. En esta aceleración de la inflación en estos últimos meses han desempeñado un papel destacado, además de la energía, los alimentos y los servicios de ocio, hostelería y turismo. Y la presión inflacionista se generaliza como consecuencia del incremento en los precios de las materias primas y de la traslación de este encarecimiento al resto de la cesta de consumo³.

El incremento del IPC está tensionando, ya desde septiembre/octubre del 2021 – en los que se empezó a materializar la elevada y persistente tendencia alcista del IPC–, la fijación de salarios en los procesos de negociación abiertos durante los años 2021 y 2022. Las personas trabajadoras, aun asumiendo que el incremento salarial no puede equipararse automáticamente con la subida del IPC –dada la volatilidad de este índice y sus efectos perversos sobre los precios que generaría la denominada inflación de segunda ronda–, luchan por conseguir acuerdos salariales que garanticen la menor pérdida posible de poder adquisitivo. Las empresas, por su parte, se resisten a asumir subidas salariales que tomen como referencia el IPC, por el incremento de costes que ello supondría.

Pero hay otro aspecto que está generando numerosos conflictos, en este caso de carácter estrictamente jurídico. Se trata de la aplicación de las cláusulas de garantía o salvaguarda salarial que, en muchos casos, fijan la revisión salarial en relación con el IPC real. Son cláusulas previstas, en su mayoría, en convenios colectivos plurianuales cuya vigencia se extiende al año 2021 y 2022, pero que habían sido firmados antes de ese periodo, cuando no cabía imaginar la evolución que el IPC iba a experimentar.

2. Incremento del IPC y negociación de salarios en el bienio 2021/2022

Por lo que se refiere a los procesos de negociación colectiva iniciados a finales del año 2021 y durante el 2022, la fijación del salario y de las cláusulas de revisión está generando problemas que dificultan e impiden la firma de convenios en numerosos sectores productivos y empresas.

Si bien el alza de precios ya había generado una pérdida de poder adquisitivo para muchas personas trabajadoras durante el año 2021, el contexto –marcado por las previsiones de recuperación económica, la salida de los ERTE y una actividad económica todavía muy afectada por la COVID 19– contuvo la batalla sindical por la subida salarial. El incremento salarial pactado para 2021 se movió en torno al 1,5% y si bien es cierto que en gran medida tales subidas procedían de convenios colectivos firmados en los años

³ Informe Trimestral de la Economía Española 4/2022, del Banco de España, págs. 16-17. En dicho informe se advierte que las tasas de inflación en España serían aún mayores que las actuales de no ser por algunas de las medidas desplegadas por las autoridades. En particular, las actuaciones aprobadas para contener el aumento del precio de la electricidad habrían contribuido a reducir la tasa de la inflación general en agosto en algo más de 2 puntos, siendo la contribución del mecanismo para limitar el precio del gas utilizado en la generación de electricidad ligeramente superior a 1 punto.

anteriores y con vigencia plurianual, los convenios suscritos a finales del 2021, cuando ya se conocían los datos del IPC, se mantuvieron en la misma línea de contención⁴.

Pero la situación durante el 2022, marcada por la guerra en Ucrania, el incremento de los costes energéticos y la ralentización de las cadenas de suministros, ha demostrado que las previsiones de bajada de precios no se han cumplido. Muy al contrario, la inflación se mantiene en niveles muy altos y ello ha reavivado el conflicto en torno a la fijación de salarios.

Este contexto ha generado un incremento de la conflictividad social y la paralización de numerosos procesos de negociación que, en muchos casos se acompaña de convocatorias de huelga para presionar en favor de la incorporación en los nuevos convenios de subidas salariales mayores de las que el banco empresarial está dispuesto a asumir. La ruptura, o interrupción si se prefiere, de la Mesa de diálogo para un nuevo acuerdo en materia de negociación colectiva no hizo más que agravar la situación, trasladando el conflicto a cada mesa de negociación sectorial y de empresa.

A principios de mayo de 2022 los sindicatos UGT y CCOO y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME daban por cerrada la negociación de un pacto salarial a través del V Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva. Las diferentes y alejadas posiciones mantenidas por ambas partes precisamente en relación con los incrementos salariales fueron, sin duda, el principal motivo para la ruptura⁵. Mientras los sindicatos reivindican subidas salariales vinculadas al IPC como garantía para mitigar la pérdida de poder adquisitivo de las personas trabajadoras, las posiciones empresariales se afanan en la búsqueda de fórmulas alternativas para evitar el aumento de los costes salariales y el fomento de la espiral inflacionista. Son significativas, en este sentido, las recomendaciones elaboradas unilateralmente, y publicadas pocos días después de la ruptura de la negociación, por la CEOE para la negociación salarial. En ellas se apuesta por vincular salarios a productividad y resultados y transitar hacia sistemas de retribución variable. En cuanto a los incrementos salariales, se considera imprescindible tener en cuenta las circunstancias específicas de cada ámbito de negociación, modulándolos, en cada sector o empresa, considerando la productividad y el empleo, de forma que la cifra resultante permita mantener una posición competitiva. En cuanto a la revisión salarial, la recomendación es evitar vincular las subidas salariales a conceptos tan volátiles como la inflación, que además retroalimenta el crecimiento de los precios. De ser el caso, se deben establecer límites o topes. Por el contrario, se recomienda vincular los incrementos salariales a variables e indicadores económicos cuantificables y medibles, tales como: productividad, empleo, comportamiento del PIB, indicador de garantía de competitividad, y, en fin, en el caso de la negociación a nivel de empresa, tomar en cuenta los resultados o el EBITDA. Finalmente, se considera imprescindible que las actualizaciones salariales carezcan de efectos retroactivos debido a la imposibilidad de repercutir en el coste del producto o servicio los devengos producidos.

⁴ Según la Estadística de Convenios colectivos de trabajo, Diciembre 2021, la variación media salarial pactada fue del 1,47%.

⁵ Pero tampoco debe desmerecerse la incidencia que, en dicha situación, tuvo el proceso de elecciones en la CEOE, que indudablemente pudo condicionar el posible acuerdo.

Fruto de este contexto de incertidumbre, desacuerdo y conflictividad, en el año 2022 el número de convenios colectivos alcanzados se ha reducido sensiblemente respecto al año 2021 –que, por su parte, ofrecía datos comparables con los del año 2019⁶, anterior a la pandemia–⁷. El análisis de los convenios colectivos acordados en lo que se refiere a salarios demuestra que la subida salarial media pactada es del 2,69% –muy por debajo del IPC del año 2021– y, lo que resulta de especial interés, buen número de ellos incluyen cláusulas de salvaguardia o revisión salarial vinculadas al IPC. Es significativo este renacer del IPC como factor de referencia –no tanto para establecer salarios o su incremento anual, que siguen fijándose conforme a porcentajes fijos y lineales– sino como criterio para revisar los incrementos salariales.

La fijación de salarios y de su crecimiento por referencia al IPC anual ha sido una constante en nuestra negociación colectiva desde los Pactos de la Moncloa. El ANC 2002, tras declarar la intención de los firmantes de llevar a cabo una política de moderado crecimiento de los salarios, afirmaban que la negociación salarial debía tomar como primera referencia la inflación prevista del 2%, fijada por el Gobierno para el año 2002, señalando que podía haber incrementos superiores dentro de los límites derivados del incremento de la productividad y añadiendo que los convenios deberían incluir una cláusula de revisión salarial, “sin que ello trunque el objetivo de moderación salarial”. Los posteriores Acuerdos que le sucedieron mantuvieron similares previsiones, en ocasiones añadiendo alguna precisión, como el ANC 2003 –prorrogado para el 2004– que advertía de que “La determinación de los salarios en la negociación colectiva basada en esta política de moderado crecimiento de los salarios, tomando como referencia la inflación prevista, la productividad y la cláusula de revisión salarial, constituye un modelo apropiado para evitar espirales inflacionistas nada deseables”. El ANC 2005 –prorrogado para 2006– y el de 2007 –prorrogado durante 2008– recomendaba también, por una parte, que la subida salarial se correspondiera con el IPC previsto y, por otra, la incorporación de cláusulas de revisión salarial, matizando que estas tomarán como referencia el objetivo o previsión de inflación, el IPC real y el incremento salarial pactado en el convenio colectivo. El I AENC para los años 2010-2012, suscrito en un momento de fuerte recesión económica, incorpora la recomendación de una moderación en las subidas salariales, y fijan estas conforme a porcentajes que ya no están vinculados al IPC previsto, aunque mantienen la recomendación de incluir en los convenios colectivos cláusulas de revisión salarial que tomen como referencia el IPC real.

Esa línea de contención en las subidas salariales se mantiene y se refuerza en los posteriores Acuerdos Interconfederales. El II AENC 2012-2014, incorpora además la referencia al PIB para fijar los salarios en el 2014. Criterio que mantiene el III AENC

⁶ Durante el 2020 la estadística de convenios colectivos de trabajo demuestra una caída sustancial del número de convenios firmados, fruto sin duda de la anómala situación generada por la pandemia.

⁷ Téngase en cuenta que los datos se extraen de la Estadística de convenios colectivos de trabajo de Noviembre de 2022 (Ministerio de Trabajo y Economía Social) de modo que son datos aun provisionales y no incluyen los convenios que puedan suscribirse en diciembre de 2022.

2015-2017 en el que además desaparece la referencia a las cláusulas de revisión salarial⁸. Y, en fin, el IV AENC 2018-2020, último hasta la fecha, se mueve en la misma dirección diferenciando una subida fija del 2% y una variable (1%) ligada a factores como productividad, resultados, absentismo... y omitiendo también cualquier referencia a la revisión salarial.

Los estudios sobre la negociación colectiva de la última década han puesto de manifiesto la tendencia de la negociación colectiva a prescindir de las cláusulas de revisión salarial, quizás por influencia de las recomendaciones recogidas en los AENC que, como acaba de decirse, dejan de referirse a dichas cláusulas de salvaguarda a partir del año 2015. No es, desde luego, una tendencia absolutamente mayoritaria pero los datos sí confirman la tendencia a la desindexación salarial, lo que en la práctica supone que una buena parte de los convenios optaron por no incorporar a los textos negociados previsiones sobre revisión salarial y, cuando lo hacían, omitían la referencia al IPC como factor de corrección. En este sentido, se aprecia, especialmente en los convenios de empresa, el recurso a nuevas técnicas de revisión salarial en las que se sustituía la variable de la inflación o el IPC por criterios más vinculados a la evolución de la propia empresa⁹. Entre ellas destacaban, por una parte, las que preveían una subida salarial condicionada y vinculada exclusivamente a la existencia de beneficios de la empresa en el periodo de referencia, normalmente anual. De modo tal que solo procede la revisión salarial si la empresa ha obtenido resultados positivos y, en su caso, la cuantía de la revisión salarial responde a porcentajes vinculados con el nivel de beneficios. Por otra, cláusulas mixtas en las que se combinaba una subida fija, normalmente de porcentaje reducido, y otra variable en función de los resultados de la empresa. Cláusulas, en todo caso, que no penetraron, al menos no de forma significativa en los convenios sectoriales.

La situación de incertidumbre generada a partir del 2021 podría estar conteniendo esta tendencia que, como se ha dicho, se ubicaba especialmente en la negociación a nivel de empresa¹⁰, y una recuperación de criterios automáticos y lineales de subidas salariales. A la vez, crece la incorporación de cláusulas de salvaguarda salarial que, con

⁸ Aunque sí se insta a los sujetos negociadores a incorporar en la negociación medidas como “La revisión anual de los efectos económicos de todos los años de vigencia de un convenio, aunque no hayan tenido variación salarial”.

⁹ Vid Muñoz Ruiz, Ana Belén, “La revisión salarial: líneas de tendencia durante la crisis y la recuperación económica”, en AA.VV. (Dir. J.M Goerlich Peset, Coord. P. Gimeno Díaz de Atauri) *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Colección Informes y Estudios Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018, págs. 189 y ss. Un estudio de este tipo de cláusulas de revisión salarial, puede consultarse en Todolí Signes, Adrián, *La revisión salarial*, Tirant lo Blanch, 2013.

¹⁰ Aunque se mantienen este tipo de cláusulas en convenios de empresa firmados en fechas recientes. El Convenio colectivo del Grupo Redexis Gas (BOE 7-9-2022) contempla una revisión salarial anual pero advierte que “Para que pueda operar esta revisión será condición necesaria el haber alcanzado, al menos, el 95 % del EBITDA presupuestado para el Grupo Redexis en el ejercicio previo a la revisión”. Por su parte, el acuerdo de prórroga y modificación del IV Convenio colectivo de Axió Infraestructuras de comunicaciones (BOE 23-7-2022) prevé un incremento para el año 2022 del 4,5% más un variable vinculado al EBITDA durante dicho periodo.

el IPC real como referencia, prevén la revisión del salario –en ocasiones con carácter retroactivo, en otras solo a efectos de fijar las tablas salariales sobre las que aplicar el incremento en el año siguiente– tomando como referencia el IPC. En esta dirección apuntan precisamente las recomendaciones que los sindicatos realizan al respecto, en sentido claramente opuesto al que las organizaciones empresariales hicieron también públicas. Respecto a la negociación colectiva de 2022, UGT recomienda incluir siempre una cláusula de revisión salarial señalando que en situaciones de gran incertidumbre sobre la evolución del IPC es “cuando más necesarias son estas cláusulas de revisión salarial, para poder negociar en base a una previsión realista y que los aumentos sobrevenidos del IPC no absorban la ganancia pactada”, añadiendo que una buena cláusula de revisión salarial debe tener, además, efecto retroactivo para recuperar toda la desviación que finalmente se haya producido entre el IPC real (la media anual en diciembre) y la previsión utilizada durante las negociaciones¹¹.

Los datos estadísticos demuestran efectivamente que, en el año 2022, en un contexto de inflación desbocada y de incremento de la pérdida de poder adquisitivo por las personas trabajadoras, ha aumentado la incidencia de las cláusulas de salvaguarda en relación con la observada a lo largo de los últimos años¹². Así, puede afirmarse que “hasta agosto el 25% de los trabajadores con convenio ya firmado para 2022 estarían afectados por dichas cláusulas, porcentaje superior al 16,6% observado en el promedio entre 2014 y 2021, aunque significativamente por debajo del registrado a principios de los años 2000¹³. Asimismo, la información parcial disponible para 2023 apunta a un aumento adicional de esta incidencia: hasta algo más del 45% de los trabajadores con convenio ya firmado para dicho ejercicio”¹⁴.

Es significativo también que, como se anticipaba, estas cláusulas de revisión salarial se vinculen mayoritariamente al IPC y no a la inflación subyacente u otro tipo de factor que descuenta la evolución del componente energético de los precios. Se trata, además, en buena parte de los casos, de cláusulas de aplicación anual de modo que la revisión salarial se produciría al finalizar cada año.

En cualquier caso, también debe advertirse que la práctica negocial ofrece numerosos ejemplos de moderación en las previsiones sobre revisión salarial. Así ocurre cuando se pacta una revisión plurianual, que permite tomar en cuenta el comportamiento de la

¹¹ “El IPC, referencia básica para los salarios. Notas prácticas para negociadores y usuarios”, Servicio de Estudios Jurídicos, UGT, Febrero de 2022.

¹² También hay ejemplos de Convenios colectivos que no incluyen cláusulas de revisión salarial. En este sentido, el Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024, que prevé incrementos salariales de 2%, 3% y 2,5% para cada año de vigencia del convenio, y recogen el acuerdo de incrementar el salario para 2025 en no menos de un 2%, pero sin incluir cláusula de revisión salarial.

¹³ Los datos de la década del 2000 confirman, efectivamente, la alta tasa (casi de 70%) de trabajadores cubiertos por cláusulas de revisión salarial. Vid, al respecto, Mercader Uguina, Jesús R. y Pérez de Prado, Daniel, “Cláusulas de revisión salarial. Instrucciones de uso para tiempos de crisis”, *Temas Laborales*, nº 103, 2010, págs. 15-25.

¹⁴ Datos tomados del Informe Trimestral de la Economía Española Septiembre 2022, Banco de España, págs. 59-61.

inflación a lo largo de todos los años de vigencia del Convenio y que podría resultar más adecuada en un contexto como el actual con gran incertidumbre sobre las previsiones de inflación para los meses y años venideros en la medida en que contribuirían a mitigar el impacto de la inflación sobre los costes salariales en el corto plazo. También es significativo que, para el 75% de las personas trabajadoras con convenios vigentes en 2022 que incorporan una cláusula de salvaguarda, dicha cláusula contempla determinados topes o umbrales. La presencia de estos elementos puede condicionar muy sensiblemente la intensidad con la que eventuales sorpresas inflacionistas pueden acabar trasladándose a los salarios. Es decir, no necesariamente la revisión salarial que se acuerda en las cláusulas supone una traslación plena a los salarios de las diferencias que se producen entre la inflación observada y el incremento salarial inicialmente pactado (esto es, de la sorpresa inflacionista), sino que esta traslación es, en la mayor parte de los casos, parcial¹⁵. Finalmente, abundan los supuestos en los que la revisión salarial no tiene efectos retroactivos, de modo que no suponen un coste adicional sobre el trabajo ya prestado, sino que sirven únicamente como referencia para aplicar subidas salariales a futuro¹⁶.

¹⁵ Es el caso del V Convenio colectivo general del sector de asistencia en tierra en aeropuertos (BOE 17-10-2022) con vigencia hasta 2025, que prevé incrementos salariales de 2,5% para los años 2022 y 2023 y de un 3% para los años 2024 y 2025, e incorpora una cláusula de revisión salarial aplicable en 2026, una vez conocido el IPC de 2025 en los siguientes términos: los salarios de 2026 se incrementarán automáticamente un 1%. Asimismo, en el caso de que el IPC acumulado durante los años de vigencia del convenio sea superior al 11 % (porcentaje que resulta de la suma de porcentajes de incremento pactados para cada uno de los años, sin contar el 1 % a que se refiere el párrafo anterior), las tablas salariales se actualizarán, con efectos 1 de enero de 2026 de acuerdo con los siguiente parámetros: El incremento queda topado en un 20% del cual se restará el 11 % que se habrá ido incrementando cada uno de los años (sin contar el 1 % a que se refiere el párrafo anterior). En todo caso, para la suma de los IPC de cada uno de los años, se tomará como mínimo el % acordado para cada uno de los años de vigencia. También el Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE 10-10-2022), con vigencia para los años 2022-2024, prevé una subida salarial para el 2024 del 2% sobre el salario mínimo del convenio y “para ese ejercicio se pacta una cláusula de revisión salarial equivalente a una subida adicional a la pactada para el 2024 del 0,75 %, siempre que acumulativamente en el 2023 se haya experimentado una subida de la inflación superior al 5 % y las ventas de cartón o bingo tradicional hayan sufrido un incremento del 10 % con respecto al año 2019” (DA 5ª Cc). Igualmente el VI Convenio colectivo nacional taurino (BOE 16-9-2022), con vigencia temporal 2022-2025, incluye en su art. 4 una cláusula conforme a la cual “Durante este período de tiempo, sólo se revisará cada año el capítulo económico, acordando las partes que los salarios y demás partidas se revisarán anualmente de conformidad con la variación, incrementada en un punto, que experimente el Índice de Precios al Consumo, o indicador que lo sustituya, que se publique por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro pudiera sustituirle, tomando a estos efectos como fecha de referencia el 31 de octubre de cada año. La actualización anual resultante no podrá dar lugar, en ningún caso, a una variación negativa”. Pero, en su DT 1ª se señala que “No obstante lo establecido en el artículo 4, y en atención al contexto económico existente al tiempo de la firma del presente Convenio, las partes integrantes de la mesa negociadora acuerdan que la aplicación de la fórmula de actualización salarial para las temporadas 2023 y 2024 no podrá dar lugar a un incremento superior al tres por ciento. Dicha limitación podrá ser extensiva a la temporada 2025, previo acuerdo de las partes, si para entonces la coyuntura económica nacional es equivalente a la actual, considerados los datos de IPC, pandemia COVID-19, conflicto bélico en Europa o situaciones similares”.

¹⁶ En este sentido, el Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (BOE 23-9-2022) con vigencia, a efectos salariales, 2021 -2023 prevé subidas de 2%,

Como se señalaba anteriormente, es evidente que las diferencias entre empresas y trabajadores en materia salarial están teniendo un impacto sobre la actividad negocial. Según los datos estadísticos, hasta noviembre de 2022 se han firmado y registrado un total de 859 convenios colectivos, incluyendo todas las unidades de negociación, frente a los 1460 convenios firmados y registrados durante todo el año 2021¹⁷. Es pronto para extraer conclusiones definitivas de estos datos, no solo porque faltan datos de diciembre de 2022 sino también porque son datos provisionales que deberán ser completados en los próximos meses¹⁸.

Pero lo que es evidente es que la negociación de los salarios y los pactos de revisión salarial son los principales escollos que dificultan los procesos negociales. Y se trata de una cuestión que, obviamente, solo puede resolverse mediante la negociación y el acuerdo entre los sujetos negociadores. Los conflictos sobre cuantías retributivas constituyen el ejemplo por antonomasia de conflicto económico o de intereses cuya solución no puede recaer en los órganos judiciales. La doctrina judicial lo ha recordado en numerosas ocasiones, señalando que el conflicto colectivo jurídico presupone una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pero que “cuando lo que se pretende es la modificación del orden jurídico preestablecido, el Juez no puede suplantar la actividad negociadora de las partes –único procedimiento para pacificar la situación–”¹⁹. De tal modo que “si lo que se pretende con una demanda que se plantea como conflicto colectivo es que sea el órgano judicial el que fije condiciones laborales cuyas notas o características no pueden extraerse o deducirse de ninguna fuente normativa u obligacional previa, nos encontraremos ante una evidente falta de acción de quien así acciona y, por ello, la consecuencia habrá de ser la desestimación de la demanda”²⁰.

Por eso, precisamente, se revela imprescindible el papel del diálogo y negociación entre las partes, apoyado en su caso por la labor de los servicios de mediación y arbitraje que operan a nivel estatal y de comunidades autónomas. Y por supuesto, resulta inaplicable la reanudación de la negociación, al amparo del art. 83 ET, entre organizaciones

3,5 % y 3% para cada uno de estos años (art. 15). Y añade una cláusula de revisión salarial (art. 17) conforme a la cual “en el mes de enero de 2024, se reunirán las partes al objeto de revisar los incrementos del Índice de Precios al Consumo (IPC) durante esos 3 años, de modo que se sumarán los IPC reales publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) para los años 2021, 2022 y 2023. La diferencia entre los incrementos pactados en el presente convenio, es decir, el 8,5 % y la mencionada suma de los IPC, se aplicará a las tablas salariales establecidas para el año 2023, siendo por tanto las nuevas tablas salariales de finalización del presente convenio colectivo. Esta diferencia en las tablas salariales del Convenio se aplicará a 1 de enero de 2024, siendo de esta forma actualizado el incremento salarial en la nómina del mes de enero de 2024”. Y se añade, en fin, un tope a la revisión salarial cuando se matiza que “En caso de que la suma de los IPC de dichos años superara la cantidad del 12 %, la operación mencionada en el apartado anterior, se ceñiría a incrementar en las tablas salariales de 2023, en la diferencia entre el 8,5 % y el tope máximo del 12%”.

¹⁷ Y probablemente los datos definitivos para 2022 supongan un número mayor de convenios colectivos durante el 2022.

¹⁸ De hecho, el número de convenios colectivos firmados y registrados según las estadísticas de noviembre de 2021 era inferior al que arrojan las estadísticas de noviembre de 2022.

¹⁹ STS de 29 de junio de 2020 (Rec 30/2019).

²⁰ STS de 15 septiembre 2015 (Rec 252/2014).

sindicales y empresariales más representativas de un nuevo Acuerdo para la Negociación colectiva en el que, como han venido haciendo sus antecesores, se fijen criterios y directrices que orienten a los niveles de negociación inferiores sobre cómo afrontar, a través de la regulación salarial, el reto que supone la situación económica actual.

3. El debate sobre la aplicación o inaplicación de los incrementos salariales y de las cláusulas de revisión o salvaguarda salarial vinculadas al IPC

El otro foco de conflicto derivado de las desviaciones del IPC producidas durante los años 2021 y 2022 remite a la aplicación de convenios colectivos, normalmente suscritos en años anteriores, que fijaban subidas o incrementos salariales para ese periodo por referencia al IPC de cada uno de esos años y, en particular, con las cláusulas que prevén la revisión salarial anual para el caso de que el IPC real resulte superior al inicialmente previsto.

Ciertamente, la tipología de supuestos es muy amplia, tanto como variado es el contenido de dichas cláusulas²¹ pues, como ya se ha visto, en ocasiones los convenios prevén la automática revisión salarial en la cuantía que resulte de la diferencia entre el incremento salarial previsto en el convenio colectivo y el IPC real de cada año, en tanto que en otros casos se fijan topes a dicha revisión, anticipándose a la posibilidad de que el IPC resulte más elevado de lo que podía preverse. En cualquier caso, la inesperada inflación producida en el año 2021 y que, contra los iniciales pronósticos, se ha mantenido durante el 2022, ha generado situaciones especialmente complicadas en buen número de empresas para las que la aplicación de las cláusulas de revisión salarial supone un incremento muy sustancial de los costes, resultando en ocasiones dicha subida inasumible para las empresas afectadas.

En estos casos, se plantea la cuestión de si existe alguna herramienta jurídica que permita a las empresas evitar la aplicación de las cláusulas convencionales que generan esos efectos cuyo alcance resultaba imposible de prever en el momento de negociación del convenio colectivo.

Ciertamente, la solución ideal para estos casos es el acuerdo con la representación de las personas trabajadoras por el que se modulen las condiciones de revisión salarial o se suspenda su aplicación. La práctica negocial ofrece ejemplos de estos acuerdos, en los que la sensibilidad de ambas partes con el contexto económico general, con la situación de sector o de la empresa en concreto, permite alcanzar acuerdos que posponen o limitan la revisión salarial, en aras de la sostenibilidad de la empresa.

Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en el sector de asistencia en tierra en aeropuertos. El art. 26 de su IV Convenio colectivo, suscrito en octubre de 2019 y vigente hasta

²¹ Vid una tipología de las mismas en Pérez Infante, José Ignacio, “La negociación colectiva, las cláusulas de revisión salarial y la inflación en España”, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 86, 2010, pág. 49 y Mercader Uguina, Jesús R. y Pérez de Prado, Daniel, “Cláusulas de revisión salarial. Instrucciones de uso para tiempos de crisis”, cit., págs. 25-30. Un análisis completo en Todolí Signes, Adrián, *La revisión salarial*, cit.

el 2021, preveía un incremento anual del salario, para los años 2019, 2020 y 2021, equivalente al incremento del IPC real para cada uno de ellos, incrementado en dos puntos, estableciendo una subida mínima del 3 % para cada uno de los años. Añadía el citado precepto convencional que “A tal efecto, una vez conocido el IPC real de cada año, si éste resultara superior al porcentaje de incremento establecido en las tablas anexas, se efectuaría una revisión de los importes para la regularización de la diferencia entre el incremento del 3% y el IPC real, con carácter retroactivo, desde el 1 de enero de cada año”. La aplicación de esta cláusula en el año 2021 –cuya aplicación suponía un incremento salarial de 3,5% que además debería aplicarse con efectos retroactivos a 1 de enero de 2021– generó discrepancias entre las empresas y la representación de las personas trabajadoras. Tales diferencias se resolvieron en abril de 2022 mediante un acuerdo –incorporado como Anexo al V Convenio colectivo del sector– en el que ambas partes dejan constancia de su sensibilidad ante “la grave situación económica general, y del sector en particular, por razones de todos conocidas y que entienden no es necesario detallar en este documento, existiendo incertidumbre en cuanto a la magnitud y duración de la crisis, y, en consecuencia, sobre las perspectivas de la recuperación de la actividad en condiciones de normalidad”. Atendiendo a ello, el pacto prevé modalizar y graduar la aplicación del citado incremento salarial “modificando su regulación de manera que se haga compatible alcanzar en las tablas salariales, de manera progresiva, el nivel resultante de la revisión salarial pactada, con un incremento gradual de los costes de las empresas afectadas que les permita asumir el incremento que el fuerte incremento, coyuntural e imprevisto del IPC, supondría”²².

A falta de un acuerdo de estas características, no queda sino aplicar el Convenio en sus términos literales, como ya ha señalado la doctrina judicial en algún pronunciamiento reciente en el que se cuestionaba precisamente la aplicación de las subidas salariales vinculadas al IPC previstas en el convenio colectivo. La SAN de 20 de octubre de 2022 (Proc. 228/2022) resuelve precisamente sobre la aplicación de la previsión recogida en el art. 32 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, que preveía lo siguiente: “Finalizada la vigencia del Convenio, las tablas fijadas en el presente Convenio se actualizarán como determinen las partes negociadoras para periodos sucesivos de tres años conforme al IPC acumulado en el periodo anterior garantizándose en cualquier caso un incremento mínimo del 3,75 % para el periodo de tres años, sobre el salario base, independientemente de la evolución del IPC. En caso de que las partes no logren un acuerdo en el plazo de tres meses se procederá a la ac-

²² El pacto, en concreto, supone lo siguiente: “Una vez conocido el IPC real de 2021, y aplicado al mismo el incremento de dos puntos a que se refiere el artículo 26 del convenio colectivo, procede aplicar un incremento total del 8,5 % sobre los salarios vigentes a 31 de diciembre de 2020 a las tablas salariales del convenio. Como en el mes de enero de 2021, en virtud de lo establecido en el citado artículo 26 del convenio colectivo, se aplicó un incremento del 3 %, queda por aplicar un diferencial del 5,5 %, que se aplicará de manera gradual y progresiva, de manera que, al final del periodo que a continuación se especifica, las tablas salariales del convenio alcancen la cuantía resultante de aplicar dicho incremento. A tal efecto, con efectos del 1 de enero de 2021 se aplicará un incremento del 2 % sobre las tablas; con efectos de 1 de enero de 2022 se aplicará un incremento del 1,5 % de incremento; y, con efectos del 1 de enero de 2023, se aplicará un incremento en tablas del 2 % restante”.

tualización de las mencionadas tablas aplicando un 50 % del porcentaje correspondiente al IPC acumulado al incremento del salario base y otro 50 % al incremento por igual de los niveles de desarrollo, garantizándose en todo caso un incremento mínimo del 3,75 % sobre el salario base”. Cumplidas las condiciones previstas en el Convenio –finalización de su vigencia y ausencia de acuerdo entre las partes negociadoras–, la Sentencia afirma que procede aplicar los incrementos salariales en los términos pactados²³.

Precisamente por ello, a falta de un acuerdo con la representación de las personas trabajadoras, las empresas buscan, como alternativa a la aplicación de la revisión prevista convencionalmente, una vía jurídica que les permita eludir el cumplimiento y aplicación de la revisión salarial en los términos previstos en el Convenio colectivo. Lo cierto es, sin embargo, que, fuera de los pactos o acuerdos alcanzados en el marco de la negociación colectiva, no hay muchas opciones que faciliten la inaplicación de las citadas cláusulas.

a. ¿Sirve la cláusula rebus sic stantibus para eludir la revisión salarial vinculada al IPC?

El recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* no parece un camino transitable para alcanzar el objetivo señalado. Los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo para la concurrencia de la figura remiten a la concurrencia de varios factores: “a) una alteración extraordinaria de las circunstancias, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado, y c) la concurrencia sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles”²⁴.

Quizás podría defenderse que las circunstancias concurrentes en el contexto actual, que han generado el crecimiento del IPC en los términos ya mencionados, se ajustan a tales exigencias²⁵. Pero, aunque así fuera, la doctrina judicial ha sido unánime al rechazar la aplicación de esta cláusula para justificar incumplimientos o inaplicaciones del Convenio colectivo. En reiterados pronunciamientos, el Tribunal Supremo ha señalado que “únicamente cabría aplicar la cláusula «rebus sic stantibus» –y restrictivamente, además– cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca

²³ En el mismo sentido se pronuncia la SJS Cartagena, de 30 de septiembre de 2022 (Proc. 264/2022), que declara la aplicación de la previsión convencional conforme a la cual “En el supuesto de que la variación porcentual que sufra el I.P.C. Nacional publicado por el INE u Organismo que lo sustituya, acumulado a 31 de diciembre de cada uno de los años de vigencia del convenio, excluido 2017, fuere mayor que el incremento acordado a la firma del presente convenio se corregirá y abonará la diferencia antes del 31 de marzo del año siguiente”. También la SJS Toledo, de 14 de septiembre de 2022 (Proc. 324/2022).

²⁴ SSTs de 11 de marzo de 1998 (Rec 2616/1997); de 16 de abril de 1999 (Rec 2865/1998); o de 14 de octubre de 2008 (Rco 129/2007), entre otras.

²⁵ Posibilidad que vienen negando los Juzgados de lo Social. En este sentido, en la SJS Sevilla, de 23 de septiembre de 2022 (Proc. 625/2022) se alegaba por la empresa la inaplicación de la subida salarial prevista en el convenio colectivo “con fundamento en la situación económica de la empresa, la subida del IPC, la inflación desorbitada que desequilibra la relación entre partes, a lo que se añade la situación derivada del COVID-19, que motivó la ausencia de stock y el aumento de costes. Finalmente, alegó que era un hecho notorio la subida del precio del gas, la gasolina, el petróleo, la electricidad, e incluso la incidencia de la guerra de Ucrania”. El Juzgado de lo Social desestima tal pretensión.

cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues tal institución es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE²⁶. Y esta doctrina se ha aplicado, en particular, para rechazar que la alteración de las circunstancias pueda justificar la no aplicación de las subidas salariales previstas en convenio en un contexto de alteración severa de las condiciones económicas²⁷.

La inoperatividad de la citada cláusula en el ámbito de las relaciones laborales, que también en el ámbito civil encuentra obstáculos para su aplicación, se justifica además porque el ordenamiento jurídico laboral cuenta con instrumentos específicos para modificar las condiciones de trabajo cuando concurren circunstancias que afectan al equilibrio de prestaciones. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) está prevista precisamente para aquellos supuestos en los que la alteración de las circunstancias por causas técnicas, organizativas, productivas y económicas, puedan dar lugar a la modificación de las condiciones laborales vigentes anteriormente. Igualmente, cuando la obligación asumida por la empresa deriva de un acuerdo colectivo de eficacia general, el recurso al descuelgue o inaplicación de las cláusulas salariales (art. 82.3 ET) o su renegociación aparecen como los mecanismos idóneos, y únicos posibles, para adaptar su contenido²⁸.

b. Herramientas jurídicas para modular la aplicación de las revisiones salariales

Desterrada la posibilidad de recurrir a la onerosidad sobrevenida como justificación para inaplicar las subidas o revisiones salariales vinculadas al IPC, esta solo podrá modularse o, en su caso eludirse, recurriendo a las instituciones que el ordenamiento laboral típicamente contempla para estos supuestos.

²⁶ SSTS de 5 de abril de 2010 (Rec 119/09); de 20 de septiembre de 2010 (Rec 190/2009); y de 21 de junio de 2018 (Rec 197/2017).

²⁷ El Tribunal Supremo rechazó la aplicación de esta cláusula para justificar la interpretación de la empresa conforme a la cual procedía regularizar el salario abonado a los trabajadores conforme a un IPC previsto cuando finalmente el IPC fue negativo. La pretensión de la empresa era compensar el incremento salarial que se había aplicado a los trabajadores alegando, entre otras razones, la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación salarial y, por tanto, la cláusula *rebus sic stantibus* (STS de 5 de abril de 2010, Rec 119/2009). La SAN de 8 de abril de 1994 (Proc. 22/1994) rechazó la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que la empresa había alegado para justificar la no aplicación del incremento salarial pactado en el convenio colectivo. En aquel caso se apelaba a la excepcional situación generada por la desaparición del monopolio en la actividad de transporte entre Canarias y la península, lo que generó una bajada de los precios generando una situación precaria en la empresa. Por su parte, la SAN de 24 de junio de 2009 (Proc. 74/2009) analiza un supuesto en el que la empresa pretendía la inaplicación de los incrementos salariales pactados, alegando que estos, que se habían pactado “cuando la empresa obtuvo un alto volumen de beneficios, se habían desequilibrado exorbitantemente por la emergencia de la crisis económica, que le hacía imposible su cumplimiento, debiendo aplicarse, por consiguiente, la cláusula “*rebus sic stantibus*”, si bien no de modo extintivo, sino modificativamente, solicitando que la Sala atemperara dichos aumentos a la situación económica de la empresa, con la finalidad de reequilibrar lo pactado”. La Audiencia Nacional rechaza tal pretensión recordando la doctrina del Tribunal Supremo al respecto y confirmando la inaplicación de la citada cláusula al convenio colectivo estatutario.

²⁸ STS de 23 de octubre de 2018 (Rec 2715/2016).

El juego de la compensación y absorción de salarios, si bien no sirve a los efectos de desactivar la aplicación de los incrementos salariales o de las cláusulas de salvaguardia de salarios previstas en los Convenios colectivos, sí puede resultar un instrumento que mitigue sus efectos, en la medida en que, salvo que el propio convenio colectivo lo impida, la empresa puede recurrir a este instrumento para compensar los incrementos salariales que deriven del convenio con los mayores salarios que esté abonando a sus trabajadores. Se trata, en todo caso, de una eficacia limitada, pues en ningún caso la compensación y absorción puede aplicarse sobre conceptos y cuantías salariales que deriven del propio convenio, de modo que solo podrá operar sobre conceptos o cuantías retributivas que las personas trabajadoras perciban por encima de lo previsto en el convenio colectivo²⁹.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo es también una herramienta disponible. Pero, dado que lo que se busca es dejar de aplicar previsiones recogidas en el convenio colectivo –una subida de la retribución o su revisión al final del periodo correspondiente–, tampoco resulta eficaz a estos efectos. El mecanismo regulado en el art. 41 ET solo permite alterar las condiciones salariales o retributivas reconocidas a las personas trabajadoras en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Queda vedada, pues, la modificación, por este procedimiento, de condiciones salariales previstas en el Convenio colectivo. Obviamente, ello no impide que, como en el caso de la compensación y absorción, la empresa mitigue o amortigüe el impacto de la subida salarial prevista en el Convenio colectivo suprimiendo o reduciendo ex art. 41 ET mejoras salariales previstas por alguna de las fuentes de derechos mencionadas, siempre que las mismas supongan la percepción por las personas trabajadoras de salarios superiores a los previstos en la norma convencional.

El descuelgue o inaplicación del Convenio colectivo es, pues, la vía natural para que la empresa afronte el impacto que las subidas salariales vinculadas al IPC pueden generar en la organización. De hecho, en las recomendaciones de la CEOE-CEPYME para la negociación de convenios colectivos en 2022, se apuntaba esta opción, señalando que “Debido a la coyuntura adversa, es importante recordar a las empresas la existencia de mecanismos de inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de conformidad; según lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo fin debe desarrollarse un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4”.

A pesar de ello, lo cierto es que, con los datos disponibles a fecha noviembre de 2022, no se aprecia un incremento de las inaplicaciones de convenios colectivos en materia salarial³⁰. Si los datos del mismo mes de 2021 permiten apreciar que, durante el 2021, se habían inaplicado 245 Convenios colectivos, afectando a un total de 10.763 trabajadores, en noviembre de 2022 solo consta la inaplicación durante ese año, en relación con la cuantía salarial, de 262 Convenios, con un total de 8.956 trabajadores afectados.

²⁹ STSJ Andalucía/Sevilla de 22 de junio de 2016 (Rec 1140/2016).

³⁰ Estadística de Convenios colectivos de Trabajo, Avance mensual Noviembre 2022, Ministerio de Trabajo y Economía Social.

En todo caso, el mecanismo diseñado en el art. 82.3 ET permite que, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras se podrá proceder a inaplicar en la empresa, entre otras condiciones de trabajo, el sistema de remuneración y la cuantía salarial. El descuelgue cabe, además, no solo respecto del convenio de sector sino también sobre el convenio de empresa, de modo tal que la empresa puede conseguir, por esta vía, la inaplicación de los incrementos salariales regulados en su propio convenio colectivo.

Se trata, no obstante, de una posibilidad que cuenta con ciertos límites. Por una parte, los que derivan de las exigencias causales previstas en el citado art. 82.3 ET, que, cuando se trata de razones económicas, exige que “de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas”. Causalidad que impide, por tanto, acudir a este procedimiento cuando no concurren tales circunstancias, lo que excluye a las empresas con una situación económica favorable.

Por otra parte, la inaplicación de los incrementos salariales solo puede alcanzarse siguiendo el procedimiento diseñado en el citado art. 82.3 ET, que obliga a alcanzar un acuerdo con la representación de las personas trabajadoras o, alternativamente, a someterse a la Comisión Paritaria o procedimientos de solución de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales para solventar las discrepancias surgidas en la negociación de acuerdos, o, en fin, si estos procedimientos no fueran aplicables o no hubieran resuelto las discrepancias, a someterse a la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a la de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, el acuerdo o decisión que se adopte respecto a la inaplicación de los incrementos o revisiones salariales está sometida a los límites que fija el propio art. 82.3 ET en los términos matizados por la doctrina judicial. El citado precepto establece que “el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”. Nada impide, pues, que el acuerdo de inaplicación del convenio en materia salarial prevea, bien la inaplicación total del incremento previsto en el Convenio o solo parcial respecto de determinados complementos, bien adaptar o modular las subidas en función de la situación de empresa o, en fin, congelaciones o incluso reducciones salariales, con el único límite del salario mínimo interprofesional.

Pero la doctrina judicial ha recordado que los acuerdos de descuelgue o inaplicación del convenio deben determinar con exactitud “las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración” de modo que se proyectan hacia el futuro³¹. Esa

³¹ En numerosos pronunciamientos, el Tribunal Supremo ha señalado que “Es cierto que el artículo 82.3 ET que se viene estudiando no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo, pero la existencia de esa restricción legal está implícita en el texto de la norma que empieza estableciendo que el convenio colectivo obliga a todos los incluidos en su ámbito de aplicación “durante todo el tiempo de su vigencia”. De ese mandato se infiere que el convenio colectivo es de forzosa aplicación mientras no se acuerde su parcial inaplicación, así como que esa inaplicación, el descuelgue o apartamiento de lo en él acordado

proyección hacia el futuro que tienen los acuerdos o decisiones de descuelgue permiten cuestionar la validez de este instrumento para dejar inaplicables las cláusulas de revisión o salvaguarda salarial que operan con efectos retroactivos y suponen la obligación empresarial de revisar y actualizar los salarios pagados durante el año anterior y abonar su diferencia. La doctrina judicial parece excluir esa posibilidad, al menos cuando el descuelgue pretende operar sobre un periodo en el que ya se han prestado servicios y al que, por tanto, corresponde aplicar la revisión³². Pero no es una solución definitiva porque la doctrina sobre retroactividad diferencia entre derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, las llamadas “relaciones consagradas”, para las que opera la prohibición de retroactividad, y los derechos pendientes, futuros, condicionados o meras expectativas, para los que no aplica dicha prohibición, de manera que de lo que no puede disponer o afectar el acuerdo de descuelgue es de los derechos que ya se han materializado y han ingresado en el patrimonio del trabajador, pero sí podría hacerlo de derechos que todavía son meras expectativas³³. Esta distinción podría permitir que dejaran de aplicarse cláusulas de revisión salarial siempre que el acuerdo de inaplicación se alcanzara antes de que se produzca el cumplimiento de la condición a la que el convenio colectivo las someta –como puede ser, en su caso, la determinación del IPC real de cada anualidad–.

En definitiva, tal y como se ha venido apuntando en las páginas precedentes, no parece que haya soluciones alternativas al diálogo, la negociación y el acuerdo entre las partes implicadas, –representantes de las personas trabajadoras y de las empresas–, para dar respuesta a los retos que el difícil e incierto contexto económico plantea. En unos casos, los referidos a los pactos sobre salarios, porque no hay otra vía, legal ni judicial, distinta al consenso para conseguir el equilibrio necesario entre los intereses en juego. En otros, cuando se trata de modular el derecho de las personas trabajadoras a aplicar incrementos o revisiones salariales previstas en los convenios colectivos, porque la propia norma legal remite al acuerdo entre las partes como cauce natural para adaptar su aplicación en atención a la situación de cada sector productivo o de cada empresa, como instrumento para asegurar su supervivencia.

sólo puede tener efectos a partir del momento en que se acuerda. El “descuelgue” o apartamiento del convenio colectivo es algo que como su propio nombre indica sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, actúa hacia el futuro (...). Y es lógico que así sea porque el convenio colectivo regula las condiciones del trabajo que se va a realizar, el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer ya al patrimonio del trabajador. Ciertamente el convenio colectivo puede disponer de los derechos de los trabajadores reconocidos en un convenio colectivo anterior (art. 82.3 ET, en relación con el 86.4 del mismo texto), pero tal disposición no le faculta a disponer de los derechos que ya se han materializado y han ingresado en el patrimonio del trabajador” (STS de 11 de junio de 2019, Rec 157/2017).

³² La STS de 6 de mayo de 2015 (Rec 68/2014) resuelve un supuesto en el que se debatía la conducta empresarial consistente en no actualizar el salario en el momento en que, por mandato convencional, debió de hacerlo. El convenio aplicable disponía, para el año 2012, a aplicación de un incremento equivalente al IPC real más un 0,3%. Afirma la sentencia que “El descuelgue actúa hacia el futuro. Así se colige del propio art. 82.3 ET cuando, incluso con acuerdo, se señala que lo que se determina en él son “ las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración “. Ello habría de impedir que se afectaran salarios ya devengados, de los que la empresa resulta acreedora aunque se halle en situación de morosidad respecto de los mismos”.

³³ STS de 29 de diciembre de 2004 (Rec 106/2003).

Ya hemos dicho en otro lugar que la solución dialogada de los problemas resulta la vía natural de canalización de la contraposición de intereses³⁴. Las organizaciones sindicales y empresariales han demostrado en numerosas ocasiones, algunas muy recientes, que la negociación y el acuerdo es el camino más seguro para conseguir soluciones equilibradas. Merece la pena insistir en que las circunstancias actuales precisan, con urgencia, que se retomen las negociaciones y se alcance un acuerdo al más alto nivel entre organizaciones sindicales y empresariales capaz de fijar directrices y criterios para orientar, en todos los niveles de negociación, la búsqueda de ese equilibrio indispensable.

³⁴ Goerlich Peset, José M., Mercader Uguina, Jesús R., De la Puebla Pinilla, Ana. *La reforma laboral de 2021, Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blnach, 2022, pág. 20.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y técnicas auxiliares (Un análisis de su reforma, a cargo del RD-Ley 5/2022, de 22 de marzo)

The reform of the work contract for artistical activities and technical and auxiliar jobs (RD-Ley 5/2022, March 22nd)

Jesús Baz Rodríguez*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3950-5893

Recibido: 29/6/2022

Aceptado: 14/9/2022

doi: 10.20318/labos.2022.7366

Resumen: El estudio efectúa un análisis de la reforma de la relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas efectuada por el RD-Ley 5/2022, de 22 de marzo, inclusiva ahora también de los trabajos técnicos y auxiliares que se desarrollen en análogas condiciones de temporalidad. Se aborda así, en primer lugar, la reconfiguración no solamente subjetiva, sino también objetiva del ámbito de imputación de la RLE que la norma lleva a cabo: se centra el foco tipificador en el concepto de actividad artística, perdiendo relevancia interpretativa el elemento normativo del “espectáculo público”. Con posterioridad a lo cual, se analiza el régimen jurídico del formalmente novedoso “contrato artístico de duración determinada”, el cual trata de alcanzar un delicado equilibrio entre dos lógicas en tensión: por una parte, la conservación, en lo esencial, de la regulación especial de las causas y el régimen de temporalidad propio del trabajo artístico; y por otro, la extensión al mismo de las garantías frente al abuso de la temporalidad previstas en la normativa laboral común. Finalmente, se presta atención a las novedades del régimen extintivo del contrato –persiguiéndose en particular la equidad indemnizatoria– así como a los ajustes normativos realizados en materia de cotización a la Seguridad Social.

Palabras clave: Artistas; Relación laboral especial; Contrato de trabajo temporal; Extinción del contrato; Cotización a la Seguridad Social.

Abstract: This paper focuses on the reform of the work contract for artistical activities and technical and auxiliar jobs, made out after RD-Ley 5/2022, March 22nd. It points out the legal review not only on the subjective terms of the new re-

*jesusbaz@usal.es

gulation, but also on the objective scope of application of the special labour contract, now based on the notion of artistic activities. After that, the legal rules of the formally brand new “work contract for artistic activities” is deeply analyzed, as it tries to reach a balanced position between the particular requirements of temporality of jobs in this type of activities, and the general legal guaranties for temporary work. Finally, it also pays attention to the new legal aspects on the regulation of the expire of the contract (equal compensation) and about legal adjustments in Social Security contribution.

Keywords: Artists; Special labour relation; Temporary work contract; Work contract expire; Social Security contribution.

1. Las razones de la revisión normativa de la relación laboral especial: el Estatuto del Artista y el cambio de modelo en la contratación temporal

De un modo similar a lo que sucede con los movimientos tectónicos, las operaciones legislativas de revisión del ordenamiento laboral suelen acompañarse de posteriores intervenciones, concomitantes o derivadas, de impacto institucional más delimitado. En tal dinámica ha de ser contextualizado el RD-Ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector¹ (en adelante, RLE). Concretamente la eliminación con efectos del día 30 de marzo de 2022 de una pieza tan asentada en el mercado de trabajo español como el contrato de trabajo por obra o servicio determinado a cargo del RD-Ley 32/2021², ha precisado de operaciones de ajuste de índole “sectorial” en ámbitos con fuerte presencia de dicho esquema contractual. Ya desde dicha norma, así sucedió con la contrapartida ofrecida por el contrato indefinido adscrito a obra (nueva D.A. 3ª LSC). O bien, con posterioridad, en el ámbito de las actividades investigadoras, con la aparición del contrato indefinido de actividades científico-técnicas, a cargo del RD-Ley 8/2022, de 5 de abril³. Iniciativas que, de uno u otro modo, y pese a contradecir el genérico propósito de simplificación del panorama contractual, parecen necesarias para ofrecer soluciones en clave garantista y tutelar alineadas con las coordenadas de la reforma laboral.

¹ BOE 23-III-2022.

² Disp. Derogat. Única, apartado 3 y D.F. 8ª.2 b). Recuérdese que la primera derogaba “las disposiciones referidas a los contratos temporales previstos en el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del precepto previa a la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero, *contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico*”.

³ BOE 6-III-2022.

El RD-Ley 5/2022, obedeciendo a análogas razones de redefinición del panorama contractual en el ámbito del trabajo artístico, ofrece, en todo caso, matices diferenciales propios. Para empezar, porque a diferencia del ámbito investigador –donde el RD-Ley 8/2022 vino a adelantar la vigencia de un contrato estable previsto en la futura reforma de la Ley de la Ciencia tanto para el personal investigador como para el encargado de servicios y de gestión científico-técnica–, en el sector artístico hay que hablar más bien de un retraso notorio en la implementación de las previsiones contenidas en el Estatuto del Artista, aprobado por unanimidad en el Pleno del Congreso de los Diputados en septiembre de 2018. El RD-Ley 26/2018, de 28 de diciembre⁴, como instrumento normativo encargado inicialmente de su implementación, contemplaba la mejora de las condiciones laborales de los creadores españoles a partir de una triple vía de actuación: a) fiscalidad, b) protección laboral y c) Seguridad Social, con particular énfasis en posibilitar la compatibilidad entre prestaciones por jubilación e ingresos por derechos de autor⁵.

Así las cosas, el aspecto relativo a la mejora del régimen jurídico-laboral de los trabajos artísticos en la búsqueda de la profesionalización de los sectores culturales –la vocación cultural de estas personas trabajadoras no debe impedir, según el Preámbulo del RD-Ley 26/2018, la mejora de sus condiciones materiales de trabajo–, quedó postergado, remitiéndose su D.F. 2ª a formular un mandato al Gobierno para proceder, en un plazo de seis meses, “a la aprobación de un Real Decreto para modificar la regulación de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, y sustituir el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto” (en adelante, RDA). Un plazo que, como es notorio, se había incumplido ya antes de la irrupción de la pandemia y su radical alteración de todas las prioridades de actuación normativa en materia sociolaboral a partir de marzo de 2020⁶. Inadmisibles resulta, entendemos, la invocación de la crisis sanitaria como argumento justificador del incumplimiento del plazo inicialmente señalado.

Cuatro eran, en todo caso, los extremos de regulación en los que el RDA estaba llamado a ser revisado: 1) En primer lugar, la acogida, dentro de la definición de espectáculo público, de aquellas actividades profesionales conexas que, sin implicar actuar

⁴ Por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía (BOE 29-XII-2018).

⁵ Una cuestión posteriormente desarrollada por el RD 302/2019, de 26 de abril, norma reglamentaria de desarrollo de la D.F. 2ª del citado RD-Ley 26/2018.

⁶ Que la crisis sanitaria de la Covid-19 supuso un grave impacto para el sector artístico-cultural, de la que afortunadamente han ido apareciendo ya síntomas de recuperación, es una circunstancia señalada por el Preámbulo del RD-Ley 5/2022; en la línea del Componente 24 (“Revalorización de la industria cultural”) y de la Reforma 1 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, relativa precisamente al desarrollo del Estatuto del Artista. En particular, para un resumen de las medidas de protección urgente para el sector cultural contempladas en la normativa pandémica (RD-Ley 17/2020 y Ley 14/2021): acceso extraordinario a prestaciones de desempleo, computo de los gastos de manutención y gastos y pluses de distancia por desplazamiento en la base de cotización a la Seguridad Social, etc., *vid.* Cabero Morán, E.: “La relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo”, *Trabajo y Derecho*, nº 89, 2022, p. 4.

materialmente encima de un escenario, están sometidas a las mismas condiciones de intermitencia e inestabilidad que los propios artistas: esto es, la integración del personal técnico y auxiliar que no se incardine en la estructura fija de la empresa productora, a fin de posibilitar su inclusión dentro de los grupos de cotización del personal artístico. 2) En segundo término, la modernización de la regulación atendiendo a la nueva realidad del panorama digital y su repercusión sobre los medios de fijación del trabajo cultural: inclusión de los entornos *web* y de las fórmulas de difusión más allá del lugar de actuación y del territorio nacional (*v. gr.*, el *streaming*). 3) En tercer lugar, la erradicación de abusos en la contratación temporal, particularmente a través del encadenamiento de contratos de temporada, incentivándose la contratación indefinida o de tipo fijo-discontinuo. 4) Y, en fin, la equiparación de las indemnizaciones por finalización del contrato (7 días/año) a la contemplada en el artículo 49.1 c) ET (12 días/año).

Partiendo de tales antecedentes, el cambio de modelo en la contratación laboral (RD-Ley 32/2021) se presenta, en todo caso, como el detonante final de la intervención normativa y de su propia urgencia. Se trata de revisar el régimen de la contratación en el ámbito del trabajo artístico para dotar de acogida a los nuevos parámetros generales, tratando de atender simultáneamente a las particulares necesidades de temporalidad requeridas en este sector de actividad. El principio general de correspondencia entre la naturaleza temporal del trabajo a realizar y la naturaleza temporal del contrato, debiendo efectivamente ser observado por la normativa especial –dada la aplicabilidad de la Directiva 1999/70/CE al trabajo artístico⁷–, ofrece en todo caso, en este contexto, un ámbito muy específico de desenvolvimiento.

La aportación central es la regulación de un contrato de duración determinada *ad hoc* para las actividades artísticas: el “*contrato artístico de duración determinada*”, destinado a cubrir “con garantías y seguridad jurídica las causas propias del sector, así como la duración de los contratos, sin que en ningún caso pueda ser utilizado para necesidades permanentes y estructurales”, afirmación en plena sintonía con las coordinadas jurisprudenciales recientemente asentadas⁸. Un esquema contractual formalmente novedoso que, como principal novedad, integra ahora en su ámbito subjetivo, al personal técnico y auxiliar encargado de las actividades profesionales directamente conectadas a las actividades artísticas –profesionales anteriormente vinculados, de ordinario, a los proyectos artísticos a través de contratos de trabajo para obra o servicio determinado–, siempre que compartan análogas condiciones de temporalidad e intermitencia: esto es, con exclusión del personal que atienda a necesidades permanentes y estructurales. Fuera del régimen causal del nuevo contrato artístico de duración determinada, por consiguiente, la contratación en este ámbito artístico *lato sensu* deberá ser de naturaleza indefinida.

⁷ SSTJUE 25-10-2018 (*Sciotto-Teatro dell’Opera di Roma*, C-331/2017) y 26-2-2015 (*Comisión vs. Luxemburgo*, C-502/2013); cuestión que se desarrollará más adelante.

⁸ *Vid.* SSTS 7-9-2021 (R. 4110/2021); 7-9-2021 (R. 4276/2021) 8-9-2021 (R. 1158/2019) y 25-1-2022 (R. 489/2021); la tercera de ellas aludida en el Preámbulo del RD-Ley 5/2022.

En cuanto al terreno de la Seguridad Social, las escasas novedades se centran en determinados aspectos, que inciden básicamente en la cotización: principalmente, para acomodar las propias normas de cotización a la ampliación subjetiva de la relación laboral especial (artículo 32 RGCL). Por otra parte, para incorporar, entre los supuestos excluidos del mecanismo “disuasorio” de la cotización adicional en los contratos de duración determinada inferiores a 30 días de duración (artículo 151 TR-LGSS) a los contratos relativos a esta nueva modalidad contractual. Y finalmente, para anticipar el futuro desarrollo de un tratamiento singular, en el marco del RETA, para los artistas con ingresos anuales inferiores a 3.000 Euros.

Se aborda seguidamente un análisis particularizado de los diversos aspectos afectados por la revisión de la relación laboral especial del trabajo artístico: algunos, por cierto, más explicitados que otros en la presentación formal de la norma. En este sentido se analizará, en primer lugar, la reconfiguración no solamente subjetiva, sino también objetiva del ámbito de imputación de la RLE que la norma lleva a cabo. Con posterioridad a lo cual, centraremos la atención en el modo de encaje por el que se ha optado para compatibilizar los dos objetivos normativos en tensión (en los términos del Preámbulo: cohonestar las coordenadas de la reforma laboral con la simultánea atención a las particularidades del sector). Por un lado, a través de la regulación del, formalmente novedoso, “contrato artístico de duración determinada” que conserva, en lo sustancial, las causas de temporalidad previamente asentadas en el ámbito artístico. Por otro, mediante la extensión de las garantías frente al abuso de la temporalidad reguladas en la normativa laboral común. La atención a las novedades del régimen extintivo –persiguiéndose en particular la equidad indemnizatoria– y a los ajustes efectuados en materia de Seguridad Social –muy puntuales y prácticamente limitados, por el momento, a retocar el alcance subjetivo del sistema de cotización preexistente– culminarán el análisis de las materias reformadas.

El RD-Ley 5/2022, norma de urgencia necesaria para modificar textos legales⁹, no supone, en todo caso, la culminación de la operación reformadora: su D.F. 5ª prevé la aprobación, en el plazo máximo de doce meses, de una nueva regulación de la relación laboral especial de las personas artistas, que sustituya definitivamente al RDA, disposición reglamentaria cuyo rango normativo no se ve alterado, a la que se dirigen la mayoría de las modificaciones¹⁰. En la nebulosa propia de los hechos futuros quedan interrogantes diversos, relativos no sólo al cumplimiento efectivo de dicho mandato –los precedentes ciertamente no son halagüeños–, sino a su alcance, bien puramente refundidor, bien de introducción de nuevos ajustes en la materia.

⁹ El RD-Ley 5/2022 modifica, en su Artículo primero, el artículo 2.1 e) ET, operando un cambio de denominación de la relación laboral especial: “e) La de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad”. Así como también el artículo 151.3 TR-LGSS, para declarar la no aplicación de la cotización adicional propia de los contratos temporales de corta duración (Disposición Final Primera).

¹⁰ *Vid.* D.F. 3ª RD-Ley 5/2022, sobre salvaguardia de disposiciones reglamentarias, según la cual mantienen su rango reglamentario el RD 1435/1985, así como el Reglamento General de Cotización y Liquidación (RD 2064/1995).

2. La reconfiguración, objetiva y subjetiva, del ámbito de imputación de la relación laboral especial. Las “actividades artísticas” como paradigma conceptual nuclear y la ampliación al personal técnico y auxiliar.

Una primera lectura superficial del RD-L 5/2022 y concretamente de su Preámbulo, podría llevar a una percepción inicial algo simplificadora en cuanto a la reformulación del ámbito de aplicación de la RLE que se lleva a cabo. Y es que dicha operación, en realidad, no se circunscribe únicamente a la inclusión del personal técnico y auxiliar necesario para el desarrollo de las actividades artísticas, antes afectado por la descripción “en negativo” del ámbito de aplicación de la RLE (anterior artículo 1.5 RDA)¹¹. Más allá de ello, se reformulan también los parámetros conceptuales utilizados para la aco-tación “en positivo” del ámbito objetivo de imputación normativa de la relación laboral especial (artículo 1 RDA, párrafos 1, 2 y 3). Una regulación problemática a efectos in-terpretativos en la norma precedente, que ahora se trata de perfeccionar y modernizar, sobre la base de determinados criterios interpretativos previamente asentados en los planos doctrinal y jurisprudencial. Incluso aprovechándose también la oportunidad para retocar el propio sistema de fuentes en este terreno, abriéndose el camino a la ne-gociación colectiva para colaborar en la delimitación del ámbito aplicativo de la RLE, como se verá posteriormente.

a) De los “artistas en espectáculos públicos” a las “personas dedicadas a las actividades artísticas”

La modificación de la denominación formal de la RLE (artículo 2.1 e) ET), y del propio título del RDA, además de acoger el lenguaje inclusivo en términos de género, ofrece pistas claras sobre la existencia del propósito de revisión también del ámbito objetivo al que se acaba de aludir. Queda eliminada su anterior descripción como relación laboral especial de los “*artistas en espectáculos públicos*”, por la actual relativa a “*las personas ar-tistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad*”.

Más allá de la extensión del ámbito subjetivo de la norma hacia actividades pro-fesionales conexas que no implican actuar materialmente encima de un escenario, con-viene también subrayar la simultánea eliminación, conveniente a nuestro juicio, de la referencia al *entorno* o *marco* de los “*espectáculos públicos*” como elemento que anterior-mente formaba parte del doble elemento conceptual tipificador de la RLE. En efecto, tal y como venía entendiéndose por la doctrina, la relación laboral especial del artista se definía previamente por la acción conjunta y combinada del *objeto* de la prestación –la ejecución de una actividad artística–, y del *marco* en el que ésta se ejecuta o del *medio*

¹¹ Junto con las actuaciones artísticas en ámbitos privados (artículo 1.4 RDA) y los aspectos administra-tivos de la organización y participación en espectáculos públicos, que se rigen por su normativa específica (anterior artículo 1.6 RDA y actual artículo 1.5 RDA).

en el que se difunde –espectáculo público–¹². La acertada eliminación de este segundo elemento permite ahora que el primero, el *objeto* –realización de una *actividad artística*– desempeñe en exclusiva la función tipificadora de la relación laboral especial¹³. En otras palabras, se remarca así desde la nueva norma que el peso de la operación interpretativa sobre la aplicación del régimen especial ha de versar sobre la existencia o no de una actividad artística, y no sobre la noción de “espectáculo público”¹⁴, en menor medida definitiva de la especialidad del trabajo que se desea someter a regulación, y dotada además, como se ha apuntado, de una inconveniente problematización interpretativa¹⁵.

En este sentido, el elemento normativo del “espectáculo público” queda ahora notoriamente degradado, y sobretodo, claramente relegado en su relevancia tipificadora: de ser, en el marco normativo anterior, un ingrediente integrado en la propia definición conceptual de la RLE, cobra ahora un valor interpretativo meramente auxiliar o secundario, relativo a la alusión ejemplificativa a la diversidad de *medios* y *entornos* a través de los cuáles se canaliza la realización de actividades artísticas: concretamente, coronando la enumeración abierta de lugares o entornos físicos “destinados habitual o accidentalmente a espectáculos públicos” (artículo 1.3 RDA). Y es que, en base a su tenor literal, dicha noción evoca más bien formas de expresión y difusión del trabajo artístico de tipo presencial, síncrono y único (coincidencia cronológica entre la producción del espectáculo y su contemplación física y directa por el público, en unidad de acto, con un carácter irreplicable, etc.), cuando de lo que se trata es precisamente de efectuar una actualización que abarque la fijación y divulgación crecientes de las actividades artísticas a través no sólo de grabaciones, sino también medios digitales de manera no presencial, asíncrona, diferida, ininterrumpida, no agotada en una única visión, etc.

¹² Vid. Durán López, F.: “La relación laboral especial de los artistas”, *Relaciones Laborales*, 1986-I; Roqueta Buj, R.: *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; Hurtado González, L.: *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 26-28.

¹³ Siguiendo la línea reconstructiva propugnada por determinados sectores doctrinales: vid. VALDÉS DAL-RE, F.: “La relación laboral de los artistas: notas sobre su configuración”, *Relaciones Laborales*, 2008-II, pp. 102-103. Autor que se mostraba crítico con determinadas líneas de interpretación que, sobre la base de acentuar la relevancia del elemento contextual –“espectáculo público”– terminaban relegando a una dimensión secundaria, instrumental o accesoria al carácter artístico de la actividad desarrollada.

¹⁴ Como venía propugnándose desde otros sectores doctrinales: vid. López-Tarruella Martínez, F.: “Comentarios al artículo 2.1 e): Relaciones laborales de carácter especial”, en AA.VV.: *Comentarios a la leyes laborales*, Tomo II, Vol. 1, Dir. Borrajo Dacruz, E. Edersa, Madrid, 1985, pp. 132 y ss.

¹⁵ Sobre la problematización del concepto de “espectáculo público”, compuesto de dos subnociones con autonomía propia, y sus antónimos, “espectáculo no público”, “no-espectáculo público”, “no-espectáculo no-público”, vid. igualmente Valdés (*op. cit.*, p. 104-105), quien abogaba finalmente por excluir del mismo, además de a los espectáculos programados para su ejecución en ámbitos privados o no accesibles tendencialmente por el público (artículo 1.4; actualmente, 1.5 RDA), a las actividades artísticas desplegadas con fines docentes (ej.: conservatorios de música), terapéuticos, etc. Y desde luego, a espectáculos públicos relativos a actividades carentes propiamente de naturaleza artística: *v. gr.* combates de boxeo, carreras de caballos, saltos acuáticos de delfines, etc. (p. 103).

b) La clasificación genérica cerrada y la enumeración abierta de las actividades artísticas

Centrado el foco tipificador en la realización de “*actividades artísticas*”, la nueva configuración normativa de la RLE aporta ahora una acotación conceptual de dicha noción sobre la que recae íntegramente la relevancia tipificadora. Lo cual se lleva a cabo a través de una doble operación:

- 1) En primer lugar, estableciéndose una suerte de *delimitación genérica* de las actividades artísticas. Son tres los géneros artísticos abarcados, a nuestro juicio de manera taxativa o cerrada, por el ámbito de imputación de la RLE renovada (la enumeración se reitera por triplicado en los artículos 1.1, 1.2 y 1.3 RDA): a) las artes *escénicas*, b) las artes *audiovisuales* y c) las artes *musicales*. Se podrá seguramente argumentar que determinadas actividades artísticas pueden encuadrarse en más de uno de estos géneros, lo cual no afecta a la claridad de la norma, sino más bien todo lo contrario. La enumeración es cerrada, pero otra cosa es, desde luego, qué haya de entenderse por artes *escénicas*, *audiovisuales* y *musicales*, conceptos que evolucionan y que, desde luego, ofrecerán siempre una notable complejidad en su aprehensión fenomenológica. Corresponderá a la labor jurisprudencial la futura tarea de su esclarecimiento, particularmente cuando no existan previsiones por parte de la negociación colectiva –*vid. infra*–.
- 2) En segundo término, efectuando una *enumeración*, en cambio, que ha de entenderse *de carácter ejemplificativo o abierto* de las actividades artísticas incardinadas en los tres géneros anteriormente aludidos¹⁶: a) actividades dramáticas, de doblaje, coreográficas, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas; b) actividades de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual; c) actividades de artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas.

En virtud de esta combinación de criterios de imputación (genérico cerrado + específico abierto), el nuevo esquema normativo aporta, a nuestro entender, mayores grados de certidumbre en cuanto al ámbito de imputación de la RLE. También porque ello se completa con un oportuno broche de cierre, como es la habilitación a la negociación colectiva para administrar, de manera complementaria al marco legal, la noción de actividad artística.

¹⁶ A esta enumeración abierta de actividades artísticas ha de entenderse referida, a nuestro juicio, la expresión “*entre otras*”, cuya ubicación sintáctica al principio del artículo 1.2 RDA segundo párrafo, precediendo al sintagma “las personas que desarrollan actividades artísticas”, resulta quizá desafortunada. Más coherente con su significado lógico y sistemático hubiese sido quizá su ubicación posterior: “*actividades artísticas, entre otras...*”.

c) *El nuevo papel de la negociación colectiva en la acotación del ámbito de aplicación de la RLE*

La importancia de la negociación colectiva, especialmente de ámbito sectorial, en la concreción y desarrollo del esquema básico de los derechos y deberes de las partes de la RLE, al abarcar el RDA únicamente los aspectos susceptibles de un tratamiento unitario en todos los sectores de la actividad artística, venía siendo un factor destacado por la doctrina especializada¹⁷. En esta línea se ubica, desde luego, la atribución a la negociación colectiva de un papel reforzado, que abarca ahora incluso una prerrogativa de delimitación o especificación del ámbito de imputación normativa de la propia RLE. Así ha de ser entendido, a nuestro juicio, el último inciso del artículo 1.2 RDA, segundo párrafo, en virtud del cual se entenderá incluidas en su ámbito de aplicación “...en todo caso, cualquier otra persona cuya actividad sea reconocida como la de un artista, intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual o la música”. En relación con lo cual, cabe formular las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la de que el precepto parece apuntar a un cierto carácter de decisión soberana e irrefutable por parte de la negociación colectiva: corresponde “en todo caso” a la negociación colectiva, entablando una relación de complementariedad con la norma reglamentaria, efectuar la labor de intérprete último de la noción de actividad artística. El reconocimiento o declaración convencional de una determinada función, ocupación o especialidad artística como trabajo de “artista, intérprete o ejecutante”, particularmente en el contexto de ordenación del sistema de clasificación profesional¹⁸, podrá determinar su inclusión en el ámbito de imputación de la RLE –caracterizado esencialmente por un mayor margen de justificación de la temporalidad–, en detrimento del régimen laboral común. Lo cual cobra sentido también en relación con los objetivos generales de la reforma normativa: ello equivale a atribuir también indirectamente a los interlocutores sociales una cierta función de control sobre la justificación de la temporalidad propia o inherente al trabajo artístico.

La citada habilitación a la negociación colectiva para administrar, en sentido declarativo, el propio ámbito de aplicación de la RLE se remite esencialmente, hay que entender, a convenios colectivos cuyo ámbito funcional se incardine plenamente dentro del núcleo de imputación de la RLE: las artes escénicas, la actividad audiovisual o la música. La contemplación convencional de una determinada función profesional como actividad artística –exclusivamente en tales convenios–, parece que ha de desplegar una suerte de presunción de inclusión en dicho ámbito. La duda es si dicha presunción ha de ser interpretada como *iuris et de iure* –en virtud de la expresión textual “en todo caso” a la que se

¹⁷ Vid. Alzaga Ruiz, I.: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: balance a los treinta años de su aprobación”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 118, 2015, p. 127.

¹⁸ Como significativas muestras de definición de grupos y categorías profesionales para el Personal Artístico, con ilustrativas acotaciones al respecto, *cf.*, entre otros, Conv. Col. Estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas de España (BOE 18-5-2012), Anexo III; IX Conv. Col. de teatro, circo y variedades (Sector de actores de Madrid): BOCM 13-10-2008, Artículo 22; ó IX Conv. Col. Para el personal laboral adscrito al Ballet Nacional de España y a la Compañía Nacional de Danza (BOE 19-1-1996), Artículo 8.

acoge el artículo 1.2, 2º párrafo *in fine*–; o más bien *iuris tantum*, pensando que la soberanía convencional no ha de entenderse como plena, absoluta o irrevisable, admitiéndose en particular, una eventual declaración de ilegalidad de la decisión convencional en vía jurisdiccional. Nos inclinamos a pensar que la literalidad del precepto refleja precisamente la voluntad de otorgar una plena potestad calificatoria a los interlocutores sociales, auténticos concededores de la idiosincrasia de las actividades artísticas reguladas en convenios cuya unidad de negociación se refiera intrínsecamente a un ámbito artístico¹⁹.

Cuestión más discutible es si la norma llega a exigir que se trate de convenios de ámbito superior a la empresa –atendiendo al destacado protagonismo de la negociación colectiva sectorial anteriormente aludido–, o si más bien la referencia normativa, como parece, resultaría también inclusiva de los convenios de empresa o ámbito inferior, siempre que se incardinan plenamente en el ámbito de las actividades descritas. De un modo u otro, ha de tratarse de convenios colectivos, a nuestro entender, de naturaleza estatutaria, tanto por razones sistemáticas –coherencia normativa entre el RDA y el ET al que desarrolla reglamentariamente–, cuanto de índole lógico y teleológico –requerimiento de una representatividad cualificada para el manejo del ámbito de imputación de la relación laboral especial y eficacia *erga omnes* de sus efectos aplicativos–.

d) La extensión al personal técnico y auxiliar: vinculación directa, carácter imprescindible en relación con las “actividades artísticas” y naturaleza no estructural o permanente

Indudablemente la inclusión de las relaciones laborales del personal técnico y auxiliar que colabore en la realización de actividades artísticas, anteriormente excluidas en virtud del artículo 1.4 RDA²⁰, supone la más destacada novedad en la redefinición del ámbito de aplicación de la RLE, en lo que a su delimitación subjetiva se refiere. La novedosa inclusión se formula ahora a partir de una definición normativa que bascula en torno a la centralidad de la noción de las “actividades artísticas” que, como se viene exponiendo, supone el auténtico foco normativo que concentra la relevancia tipificadora de la RLE.

Se entiende así por personal técnico y auxiliar “el que presta servicios *vinculados directamente* a la actividad artística y que resulten *imprescindibles para su ejecución (...)* siempre que no se trate de actividades que se desarrollen de forma estructural o permanente por la empresa, aunque sean de modo cíclico”. De este modo: i) vinculación directa con la actividad artística; ii) carácter imprescindible de los servicios técnicos o auxiliares para el desarrollo de la misma, y iii) naturaleza no estructural o permanente, aparecen como los

¹⁹ En convenios de otros ámbitos, en cambio, es donde resultará más factible la impugnación judicial de la decisión convencional correspondiente (*v. gr.*: consideración como actividades artísticas de ocupaciones concretas por parte de convenios colectivos referidos a otros ámbitos funcionales: comercio, hostelería, restauración, enseñanza, etc.).

²⁰ Exclusión que tenía un carácter declarativo, en el anterior precepto, a diferencia de otros supuestos de exclusiones constitutivas (*v. gr.*: actuaciones artísticas en un ámbito privado): *vid.* Hurtado González, L.: *Artistas en espectáculos públicos...*, *op. cit.*, pp. 101-103.

tres elementos normativamente exigibles para la inclusión de tales profesionales dentro del ámbito de imputación de la RLE, siempre y cuando su prestación de servicios reúna las notas técnicas de la laboralidad *ex* artículos 1.1 y 8.1 ET.

- i) Tras el requisito de la “vinculación directa” se vislumbra, a nuestro juicio, la voluntad normativa de excluir expresamente del ámbito de la RLE a aquellos profesionales técnicos y auxiliares que no sean contratados por los empresarios o productores artísticos, sino por empresas auxiliares externas. Hay que tener presente que, en multitud de ocasiones, la realización de actividades técnicas y auxiliares tiende a ser subcontratada: desde este punto de vista, cobraría quizá un sentido específico tal mención. Carece de justificación la inclusión del personal técnico y auxiliar en el ámbito de la RLE, cuando este desempeña sus servicios para un empleador no artístico, cuyo objeto social sea, en cambio, la prestación de tales servicios, que resultan auxiliares o técnicos en relación con las actividades propiamente artísticas. Así entendido, el precepto no haría sino alinearse, en lo esencial, con la doctrina judicial sobre el desaparecido contrato para obra o servicio determinado –STS 29-12-2020 (R. 240/2018)²¹– en un contexto productivo donde éste gozaba de una importante presencia. Se trataría quizá de eliminar de raíz –sometiendo al nuevo régimen estatutario de causas de temporalidad a tales contrataciones *ex* artículo 15 ET–, cualquier vía de retorno a la temporalidad, en particular, cuando el personal técnico o auxiliar forme parte de estructuras organizativas estables dedicadas a prestar tales tipos de servicios.
- ii) Un mayor grado de indeterminación ofrece, en cambio, el carácter imprescindible de las actividades técnicas o auxiliares, noción que genera así un cierto espacio para la labor interpretativa de los tribunales. Nada se dice aquí, por cierto, de la existencia de habilitación alguna a la negociación colectiva, no contemplándose, pues, la posibilidad de efectuar interpretaciones vinculantes a este respecto, como sí sucede con las tareas artísticas *stricto sensu* (artistas, intérpretes y ejecutantes): carecen los interlocutores sociales, así las cosas, de capacidad alguna de manejo del ámbito subjetivo de la RLE en relación con el personal técnico y auxiliar, vetándose aquí la administración colectiva de aspectos como el acceso al régimen específico de temporalidad o al propio sistema especial de cotización del trabajo artístico. Es, en cambio, el propio precepto reglamentario el que ofrece aquí una vía ilustrativa no cerrada de lo que han de considerarse “*en todo caso*” como servicios “imprescindibles” tanto en el plano de las actividades técnicas como en el de las auxiliares. Así las cosas, en relación con las primeras, se alude a servicios “*tales como la preparación, montaje y asistencia técnica del evento, o cualquier otro trabajo necesario para la completa ejecución de aquélla*”; mientras que, en referencia a las segundas, se

²¹ *Vid.*, en particular, sus FFJJ. 4º y 5º.

remite la norma, igualmente de modo ilustrativo y no cerrado, a “*la sastrería, peluquería y maquillaje y otras actividades entendidas como auxiliares*”. Una labor de ejemplificación abierta que, junto al esclarecimiento de las manifestaciones más habituales, se ofrece como guía interpretativa para valorar el carácter necesario igualmente de otras actividades técnicas y auxiliares no aludidas, pero que resulten análogas en atención a las particulares características o condiciones de desarrollo de la actividad artística de que se trate.

- iii) En todo caso, la realización de actividades técnicas y auxiliares queda excluida del ámbito de imputación de la RLE cuando se desarrollen “*de forma estructural y permanente*” por la empresa, “*aunque sean de modo cíclico*”. Formula este tercer requisito normativo una suerte de “broche de cierre” que, en realidad, acaba aproximando en buena medida el régimen de temporalidad del personal auxiliar y técnico al de la normativa laboral común. Así sucederá, en particular, con aquellos tipos de profesionales que prestan servicios en actividades técnicas o auxiliares que siempre resultan necesarias para las actividades artísticas propias del empresario o productor artístico, con independencia de que varíe la oferta programada. Tiene en mente la norma, nos parece, la esencial persistencia o “inmunidad” de ciertos servicios y actividades de entre los enumerados por la misma (*v. gr.*: preparación, montaje, asistencia técnica; sastrería, peluquería, maquillaje, etc.), más allá de la intrínseca variabilidad de los concretos espectáculos, producciones o actuaciones programadas en el tiempo, en desempeño del objeto social permanente de las empresas y productores del sector artístico.

Esta lectura de la norma puede quizá proporcionar, así las cosas, una pauta o criterio útil para dirimir la previsible conflictividad interpretativa en este ámbito. Dicho de otro modo, si bien el esencial cambio en la oferta o producción de actividades artísticas por parte del empleador artístico (realización de diferentes obras, temporadas, conciertos, espectáculos, filmaciones, etc.) puede justificar fácilmente la extinción del contrato de los intérpretes, no ocurrirá lo mismo con el personal técnico y auxiliar: éste, en mucha mayor medida, resultará fácilmente adaptable a las nuevas necesidades que se presenten para llevar a cabo las ulteriores programaciones artísticas por parte, en particular, de productores artísticos profesionalizados. Adaptabilidad del personal técnico y auxiliar a las nuevas programaciones, y carácter estable y permanente de las actividades del productor artístico en el desarrollo de su objeto social son, a nuestro juicio, dos elementos llamados a asumir una importante relevancia interpretativa en este terreno, impidiendo que la integración del personal auxiliar en la RLE acabe aportando márgenes extra de flexibilidad no justificados en el uso de la contratación temporal de la que no disponen empresarios de otros sectores económicos. Cerrar la vía a privilegios injustificados en el uso de la temporalidad contractual en el sector artístico, particularmente en relación con el personal técnico y auxiliar, ha de ser justamente el canon teleológico que guíe la labor del intérprete.

En los casos de no concurrencia de alguno de los tres elementos normativos anteriores, adviértase, queda cerrado para el personal técnico y auxiliar no sólo el acceso al

contrato artístico de duración determinada, sino al propio ámbito de imputación de la RLE en su conjunto, así como al sistema de cotización correspondiente a la Seguridad Social, concebido en función de la intermitencia y la discontinuidad del trabajo. Y es que el diseño de la RLE solamente permite la estipulación de contratos de duración indefinida para las personas artistas estricto sensu (artículo 5.1 RDA), y no para el personal técnico y auxiliar. De hecho, la inclusión subjetiva de éste en la RLE se produce esencialmente a los efectos de su sometimiento al esquema contractual del contrato de trabajo artístico de duración determinada (forma, periodo de prueba y duración y modalidades): artículos 1, 3, 4 y 5 RDA. No resulta de aplicación en cambio a tales profesionales siguiendo lo dispuesto en la nueva D.A Única RDA, el resto de las disposiciones, más vinculadas a las particularidades del trabajo propiamente artístico: capacidad para contratar y reglas excepcionales para los menores en espectáculos públicos (artículo 2 RDA); derechos y deberes de las partes (artículo 6 RDA); retribuciones (artículo 7 RDA); jornada (artículo 8 RDA); descansos y vacaciones (artículo 9 RDA) y extinción del contrato (artículo 10 RDA). Materias en las que les resultará de aplicación, por consiguiente, la normativa legal común y la negociación colectiva que la desarrolle.

e) La adaptación a la nueva realidad de los medios de fijación y difusión del trabajo artístico y cultural

Las recomendaciones efectuadas por el Estatuto del Artista en la línea de ampliar y modernizar la definición de espectáculo público, así como de adaptar la normativa laboral especial a la nueva realidad de los medios de fijación del trabajo cultural son recogidas por el nuevo artículo 1.3 RDA, que dispone la inclusión en el mismo de “todas las relaciones establecidas *para las distintas fases* de la ejecución de las actividades artísticas, técnicas y auxiliares”, en los términos conceptuales vistos anteriormente, “*mediante comunicación pública* o destinadas a la *fijación o difusión* a través de *cualquier medio o soporte técnico, tangible o intangible, producción fonográfica o audiovisual*, en medios tales como teatro, cine radiodifusión, televisión, *internet*, *incluida la difusión mediante streaming*, instalaciones deportivas, *plazas*, circo, *festivales*, *tablaos*, salas de fiestas, discotecas y en general, cualquier *lugar* destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a *grabaciones, producciones* o actuaciones de tipo artístico o de exhibición”.

Se viene a recoger con dicha formulación, de una manera prácticamente textual, las aportaciones propositivas formuladas de *lege ferenda* por la doctrina especializada durante la fase de preparación del Estatuto del Artista, a propósito de la necesidad de reflejar la incidencia de las tecnologías digitales en la prestación de servicios de los artistas²². Y es que tras una “primera” revolución tecnológica –desarrollo de las técnicas de comunicación, radiodifusión, televisión, difusión por cable, etc.– que permitió inicialmente la *fijación* de la actividad artística, la relación entre artistas y empresarios ya se había visto

²² Vid. Alzaga Ruiz, I.: “Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 203, 2017, pp. 130-131.

de facto cualitativamente alterada: desaparición de la necesidad del artista de efectuar representaciones diarias; necesidad de un menor número de artistas y de actuaciones; reproducción mecánica de obras para un público prácticamente ilimitado; conservación y difusión concebidas de forma separada de la persona del artista, etc. La acentuación de todas estas dinámicas viene ahora, de nuevo, de la mano de la digitalización: en particular, de la generalización del acceso a internet como cauce que posibilita incluso el acceso directo del público al trabajo artístico sin necesidad de intermediación.

El contraste entre el nuevo y el viejo precepto, anteriormente resaltado en cursivas, permite apreciar una clara orientación expansiva —exhibiendo incluso una vocación prácticamente omnicomprendensiva—, que inspira todas y cada una de las aportaciones modernizadoras que se introducen. En primer lugar, la alusión a las distintas fases de la ejecución de las actividades artísticas, técnicas y auxiliares (dada la creciente complejidad, en particular, de las modalidades y fórmulas de ejecución). En segundo término, la mención explícita tanto a la comunicación pública (antes: actividades “desarrolladas directamente ante el público o destinadas a la grabación”), cuanto a la “fijación” o “difusión” a través de cualquier medio o soporte técnico, tangible o intangible, incluyéndose ahora expresamente la producción fonográfica o audiovisual. Y en fin, las menciones ampliatorias en el listado ejemplificativo de los “medios” y de los entornos (cualquier “lugar” —también virtual—, antes “local”, destinado accidental o habitualmente a espectáculos públicos) en los que se produce la comunicación pública, fijación o difusión.

Además de la inclusión del *streaming*, como vía predominante de divulgación de actividades artísticas audiovisuales en la red, por lo que se refiere a los entornos físicos, se aprovecha la ocasión para la inclusión de los “festivales” y de los “tablaos”; al tiempo que se sustituye la anterior mención a las “plazas de toros” por el actual término genérico “plazas”. De lo cual no cabe extraer, a nuestro juicio, ninguna intención de la norma de excluir los festejos taurinos como manifestación del trabajo artístico²³: antes bien, la modificación del precepto obedece quizá propiamente, a partir de su propio tenor ahora genérico, a una vocación ampliatoria, en la línea expansiva que inspira transversalmente, como se viene apuntando, la nueva regulación del ámbito de aplicación de la RLE. Todos los cánones clásicos de la labor hermenéutica (literal, sistemático, teleológico e histórico), parecen abonar, en suma, dicha conclusión interpretativa.

f) Aclaraciones relativas a los sujetos de la relación laboral especial: empleador y personas artistas

En relación con el nuevo artículo 1 RDA debe ponerse de manifiesto, en fin, la introducción de determinadas menciones, de alcance puramente aclaratorio, relativas a la naturaleza de los sujetos del contrato.

²³ En idéntico sentido, *vid.* Altés Tárrega, J.A.; Aradilla Marqués, M.J.: García Testal, E.: “La nueva regulación de la relación laboral especial de las personas dedicadas a actividades artísticas”, *El Foro de Labos*, 6 abril 2022.

Sobre la figura del empleador, conviene partir, en todo caso, de la irrelevancia tipificadora que, en el marco de la RLE, asume la figura de quien contrata los servicios de las personas artistas, debiéndose ubicar el foco interpretativo, como se viene subrayando, en la realización de una actividad artística en régimen de laboralidad. Así las cosas, análogamente a lo que sucede en el régimen laboral común (artículo 1.2 ET), la figura del empleador queda definida de manera refleja, traslativa, funcional y omnicomprendiva. En este sentido, resultan irrelevantes para la imputación de dicha posición jurídica circunstancias como la falta de personalidad jurídica, de ánimo de lucro, de habitualidad o de profesionalidad, debiendo con carácter general apreciarse la concurrencia de la actividad empleadora artística de manera amplia en atención al *criterio de la organización* (v. gr., comisiones de festejos, etc.).

No obstante lo cual, el precepto se refiere novedosamente a “el empleador que organiza o el que produce una actividad artística”: se introduce así un añadido que, sin suponer propiamente ninguna alteración de los criterios normativos previos –existencia tanto de empleadores artísticos no profesionales, como también profesionales o “productores”–, sí que trata de reflejar la creciente profesionalización en este sector también del lado empresarial. En igual sentido omnicomprendivo, el novedoso recordatorio a las “entidades del sector público” alude tanto a instituciones públicas carentes de habitualidad en la organización de actividades artísticas (corporaciones locales, etc.), cuanto a cualesquiera otras, de ámbito nacional, autonómico o local cuya razón de ser es precisamente la de organizar de actividades artísticas de tipo escénico, audiovisual o musical.

Por otro lado, en relación con la persona trabajadora, la nueva norma ya no se refiere a quienes “se dediquen” voluntariamente a la prestación de una actividad artística, sino a quienes la “desarrollen”. Una modificación que trata de eliminar posibles equívocos en torno a la inclusión tanto de personas trabajadoras en las que concurra una dedicación profesional, cuanto de las que simplemente desarrollen actividades artísticas, en el sentido objetivo y no subjetivo normativamente descrito²⁴, de un modo no profesional, esporádico o inhabitual.

3. El “contrato artístico de duración determinada” ad hoc. La opción por un régimen de contratación “desestatutarizado” y esencialmente continuista en el plano causal

Como es sabido, la especialidad del contrato de trabajo de los artistas se justifica muy especialmente, entre otros elementos, por la existencia de una regulación propia sobre la duración del contrato de trabajo. En este terreno se ha decidido mantener, en lo esencial, el tenor literal del artículo 5.1 RDA, según el cual el contrato de trabajo de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la música “*podrá celebrarse para una duración indefinida o por tiempo determinado*”. Tal for-

²⁴ Vid. Hurtado González, L.: *Artistas en espectáculos públicos*, op. cit. pp. 17-21.

mulación resultaba coincidente con la del artículo 15.1 ET previo a su reforma a cargo del RD-L 32/2021, si bien la diferencia estribaba en la delimitación y el régimen jurídico de las causas de contratación temporal. La normativa especial, según una extendida valoración doctrinal, quebraba la preferencia por el contrato de trabajo indefinido existente en la normativa estatutaria común, y a diferencia de ésta, venía de hecho incluso a establecer una cierta preferencia por la contratación temporal, al no contener propiamente una enumeración tasada y específica de los supuestos de temporalidad, y propiciar incluso una cierta descausalización del acceso a la contratación temporal²⁵: particularmente al remitirse directamente a la voluntad de las partes para la concreción de la duración del contrato, dentro de determinadas opciones²⁶. El alejamiento de los parámetros de regulación estatutarios se acentúa aún más, una vez que el artículo 15.1 ET declara ahora con rotundidad la existencia de un cambio de paradigma en el modelo de contratación del régimen común, concretamente, a través del establecimiento de una presunción legal en favor del contrato de trabajo indefinido.

De hecho, desde el punto de vista de su impacto en el diseño del mapa global de la contratación laboral, la principal aportación de la nueva RLE es básicamente de carácter nominal y formal: la novedosa regulación de un contrato de duración determinada *ad hoc* para el trabajo artístico. Se atribuye al mismo, en palabras del Preámbulo del RD-Ley 5/2022, la misión de cubrir “*con garantías y seguridad jurídica las causas propias del sector, así como la duración de los contratos, sin que en ningún caso pueda ser utilizado para necesidades permanentes y estructurales*” –con cita de la STS 7-9-2021 (sic)²⁷–. De este modo, se viene a operar formalmente un importante cambio en el sistema de fuentes. O si se permite la expresión, se formaliza y consolida la “desestatutarización” de la contratación temporal del trabajo artístico: recuérdese que el antiguo artículo 5.2 RDA disponía que las modalidades del contrato de trabajo en la RLE se regían “por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores”. Tal reenvío a la normativa estatutaria ha sido eliminado en la nueva regulación, que alberga ahora una modalidad específica de contrato laboral de duración determinada, dotado de un claro sesgo sectorial.

La novedosa modalidad contractual *ad hoc* resulta en todo caso, en lo esencial, altamente continuista en relación con el panorama normativo previo. Y es que la opción por respetar el régimen de los supuestos de temporalidad previamente asentados en el ámbito del trabajo artístico, resulta ahora incompatible con el actual artículo 15 ET, especialmente a partir de la desaparición del contrato de trabajo por obra o servicio determinado.

En el entendimiento jurisprudencial y doctrinal mayoritarios, la singular regulación de la duración del contrato de trabajo artístico se ha venido justificando en atención a la propia temporalidad del *objeto del contrato*. No es infrecuente que se contrate,

²⁵ Vid., por todos, Durán López, F.: “La relación laboral especial de los artistas”, *op. cit.*, p. 231; Alzaga Ruiz, I.: *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001, pp. 192-194; o Ruiz de la Cuesta, S.: *El contrato laboral del artista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 234.

²⁶ Vid. Roqueta Buj, R.: *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 20.

²⁷ *Rectius*, STS 8-9-2021; R. 1158/2019.

de hecho, una actividad artística que se desarrolle en un sólo acto –un solo concierto o bolo, una representación teatral en un solo día, una única gala de variedades, etc.–. Se ha venido entendiendo así que la prestación laboral del artista conlleva el ejercicio de unas facultades de naturaleza especial dependientes tanto de la aptitud para desarrollarla en cada momento como de la aceptación del público ante el que se realiza, junto a la propia forma en que las actividades artísticas se organizan, apoyan y comercializan, cada vez más alejada, como se viene apuntando, de la representación presencial síncrona y continuada en el tiempo. A ello se añade el hecho de que las actividades artísticas se encuentran de ordinario más sometidas que otras a los caprichos de la moda y al cambio en los gustos del público²⁸. De tal modo, lo cierto es que venía siendo jurisprudencialmente admisible con el régimen normativo anterior, la extinción de la RLE por cumplimiento de la obra o servicio contratados, particularmente de producirse un descenso de los índices de audiencia o bien la falta de obtención de una recaudación mínima para la permanencia de una obra en cartel²⁹. Así las cosas, siempre según esta línea de interpretación mayoritaria, cuando los índices de audiencia decaen, o no se obtiene una recaudación mínima en taquilla, faltaría el fundamento para que el espectáculo o el programa artístico continúen, al desaparecer la *causa* que los origina³⁰.

La nueva regulación referida al “contrato laboral artístico de duración determinada”, tras proclamar que éste “sólo se celebrará para cubrir necesidades temporales de la empresa”, lo cierto es que acaba recogiendo los cuatro supuestos de temporalidad previamente existentes, sin modificar tampoco el carácter potestativo o abierto a la voluntad concorde de las partes para decantar su opción entre los mismos. Como también, la amplia posibilidad de acordar prórrogas sucesivas del contrato, siempre que la necesidad temporal que justificó su celebración persista –límite que sustituye ahora al fraude de ley–. A los cuales se añade, de hecho, un quinto supuesto en consonancia con la extensión de la normativa al personal técnico y auxiliar. El contrato “podrá ser” así concertado:

- 1) *Para una o varias actuaciones*: se permite así que las partes delimiten el objeto del contrato en función de un número concreto de actuaciones artísticas y por el tiempo limitado de su ejecución. Se concibe, por consiguiente, cada actua-

²⁸ Con todo, desde otros sectores doctrinales, en cambio, se ha venido cuestionando la interpretación flexible de la contratación temporal en el ámbito del trabajo artístico, entendiendo que la “necesaria aptitud” es una cualidad propia de todo tipo de trabajo, y que el sometimiento a la “aceptación del público” no sería más que una concesión al interés empresarial: *vid.* Valdés Dal-Re, F.: “Jurisprudencia en unificación de doctrina y relaciones laborales especiales: algunos puntos críticos”. *Relaciones Laborales*, 1998-II, p. 39. Para este autor, en suma, el anterior paralelismo de los preceptos (estatutario y especial) no quebraría ni el principio de estabilidad en el empleo ni el principio de causalidad en la contratación temporal, limitándose a adaptar la regulación de la duración del contrato a las actividades artísticas.

²⁹ *Vid.* STS 16-6-1990 (RJ 6406/1990). Con anterioridad, en esta línea, destacando la “aceptación del público” como causa extintiva, sin poderse acudir a los clásicos conceptos de productividad o rendimiento típicos de la normal relación de trabajo, *cf.* STS 31-1-1984 (RJ 125/1984); 31-1-1991 (RJ 2014/1991).

³⁰ *Vid.* STS 29-1-1983 (RJ 144/1983); 1-3-1983 (RJ 1094/1983); 30-3-1984 (RJ 1216/1983) y 31-1-1984 (RJ 125/1984).

ción o programa como una unidad de obra independientemente considerada, de forma que el empleador puede dar por extinguida la relación laboral al término de la actuaciones o actuaciones.

- 2) *Por un tiempo cierto*: se habilita a las partes del contrato para fijar por anticipado una duración para éste, de forma que agotado dicho plazo tenga lugar la extinción (*v. gr.*, contrato de 12 meses con un director de orquesta). Se admite, pues, con carácter general, la figura del término propio como causa extintiva (*certus an, certus quando*).
- 3) *Por una temporada*: se remite la duración determinada, a modo de especialización del supuesto anterior, a la duración previamente fijada para la temporada artística en cada sector de actividad³¹, abriéndose la posibilidad de que sea el convenio colectivo aplicable el encargado de determinar las fechas de inicio y de finalización de la temporada en cada ámbito.
- 4) *Por el tiempo que una obra permanezca en cartel*: un supuesto este, que habilita expresamente para la estipulación como circunstancia extintiva, del término incierto (*certus an, incertus quando*) anteriormente tan característico del desaparecido contrato para obra o servicio determinado. De hecho, el objeto del contrato vendría aquí referido a un conjunto de trabajos artísticos dotados de autonomía propia dentro de la actividad de la empresa –la obra en cartel–, cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, resulta en principio de duración incierta, al desconocerse en el momento de la contratación cuál será la acogida del público y durante cuánto tiempo se mantendrá su interés. De establecerse una duración estimativa, esta sería, pues, puramente orientativa, siendo lo decisivo para la extinción del contrato la efectiva terminación de la actividad, anterior o posterior a la misma.

No equivale este supuesto, hay que decir, a una suerte de “condición resolutoria potestativa” prohibida por el ordenamiento jurídico, por cuanto que, en realidad, el mantenimiento del contrato no dependería de un hecho futuro incierto, sino estimado como cierto en su acaecimiento futuro: si bien se desconoce el momento exacto en que las preferencias del público cambiarán, se estima que es indudable que lo harán. De tal modo, cuando no se logre –lo cual es seguro– un determinado nivel de audiencia o la venta de un número de entradas mínimas, el empresario puede comunicar la extinción del contrato celebrado “por el tiempo que la obra permanezca en cartel”, enmarcándose dicha facultad dentro de los poderes organizativos y de dirección del empresario³². Un razonamiento que diferenciaría también esta causa extintiva de la idea de la crisis del contrato de trabajo propia de los despidos por causas económicas, por pérdida sobrevenida e inesperada –y no inherente a la acti-

³¹ Vid. Alzaga Ruiz, I.: *La relación laboral de los artistas*, *op. cit.*, p. 195.

³² Vid. Alzaga Ruiz, I.: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos:...”, *op. cit.*, p. 142.

vidad— de su interés económico o desaparición de su utilidad como negocio cambiario, quedando éste técnicamente desprovisto de causa y objeto (artículo 1261 C. Civ.)³³.

- 5) *Por el tiempo que duren las distintas fases de la producción*: la habilitación para el recurso al término impropio como causa extintiva (*certus an, incertus quando*) se proyecta igualmente ahora, muy en particular, sobre la contratación temporal del personal técnico y auxiliar cuando ello venga debidamente justificado —*vid. infra*—, dada la autonomía y sustantividad que puede corresponder a cada una de las tareas concretas requeridas en atención a las características diferenciales de cada singular actividad artística en cualquiera de sus diversos géneros (escénicas, audiovisuales o musicales). Como también, desde luego, la imposibilidad de conocer siempre a priori la duración de dichas tareas. Se trata, pues, de un supuesto en el que la sustancial preservación del esquema del desaparecido contrato por obra o servicio determinado no puede resultar más explícita, incluyendo la alusión a las diversas fases, facetas de actividad o subtareas con autonomía y sustantividad que resulten imprescindibles para la realización de la actividad artística de que se trate.

En síntesis, desaparecido en el régimen laboral común el contrato de trabajo para obra o servicio determinado, la aceptación del término como mecanismo extintivo, tanto de carácter propio como impropio, sigue siendo una premisa admitida en el régimen del contrato de trabajo especial para la realización de actividades artísticas. Como también la posibilidad de concertación de prórrogas sucesivas del contrato inicial, siempre que la necesidad temporal de la empresa que justificó la celebración del contrato subsista.

Partiendo de esta esencial línea continuista, la novedad, no carente de relevancia, reside ahora en la incorporación al artículo 5.2 RDA, en su segundo párrafo, de los nuevos criterios generales exigidos en el artículo 15.1 ET para la justificación de las causas de temporalidad: para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad, “*será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista*”. La acogida reglamentaria de dichas exigencias “estatutarias” apunta ahora explícitamente a cuáles son los límites a la arbitrariedad de la autonomía individual en la determinación y justificación de los términos extintivos —propios e impropios— que se estipulen por las partes, así como también a la exigibilidad de un mayor rigor en su formalización contractual. Téngase presente que ni la naturaleza temporal o indefinida del contrato de trabajo artístico ni su duración afectan al deber legal de su formalización por escrito en todos los casos (artículo 3 RDA)³⁴.

³³ Cfr. Desdentado Bonete, A.; Durán Heras, A.: “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico”, en AA.VV.: *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, C.G.P.J., Madrid, 1996, pp. 55 y ss.

³⁴ Subsiste así el elemento formal de eficacia no constitutiva sino meramente *ad probationem* exigible siempre en los contratos especiales del trabajo artístico (*vid. Alzaga Ruiz, I.: La relación laboral de los artistas*,

En el caso de acudirse a un número determinado de actuaciones o a un término cierto –por tiempo cierto, o por una temporada– parece exigible que dicha duración temporal del contrato prefijada de antemano se encuentre efectivamente vinculada a circunstancias objetivas hasta cierto punto independientes de la exclusiva voluntad de las partes del contrato de trabajo: *v. gr.*: número de actuaciones concertadas con terceros en un determinado programa, escenario, o evento festivo; tiempo cierto vinculado a la duración igualmente de programas artísticos; duración de temporadas artísticas determinado en el marco de la negociación colectiva, u otro tipo de instrumentos sectoriales; pautas de duración consolidadas consuetudinariamente en el ámbito funcional y territorial de la actividad, etc. En el caso de estipularse un término impropio –*v. gr.*: permanencia de la obra en el cartel–, aludiendo, igualmente de manera objetiva, a un umbral mínimo de asistencia o de rentabilidad. O en fin, en el caso del tiempo de duración de las diversas fases de la producción, aquilatándose su descripción y ubicación temporal dentro del conjunto de la misma, acreditándose la no adaptabilidad del personal auxiliar estructural o su carácter ajeno a la actividad permanente del empleador, etc. –*vid. infra.*–

4. La “estatutarización” de las garantías frente al abuso de la temporalidad y en particular, frente al encadenamiento de contratos:

La nueva regulación del contrato de trabajo artístico, como contrapeso a su inicial desestatutarización, incorpora ahora en el artículo 5.4 RDA, no obstante, las tres garantías de estabilidad previstas en los artículos 15.4 ET (fijeza de los contratos de trabajo artístico que contravengan el régimen de temporalidad y falta de alta en la Seguridad Social) y 15.5 ET (limitaciones al encadenamiento de contratos). Se analizan detalladamente tales cuestiones a continuación, con particular atención a esta última, cuyo encaje presenta un mayor grado de fricción con los parámetros reguladores de la contratación en este ámbito que, como línea de principio, se ha decidido mantener.

a) La conversión en indefinido por contravención del régimen normativo:

Se establece así, en primer término, que las personas contratadas incumpliendo lo establecido en el citado precepto (duración y modalidades del contrato de trabajo artístico) adquirirán la condición de fijas. Presenta el mismo una plena sintonía con el actual artículo 15.4 ET, que prescinde ya, como se sabe, de la anterior referencia al fraude de ley (antiguo artículo 15.3 ET) como figura jurídica de referencia en la sanción de los incumplimientos del régimen de la contratación temporal³⁵. Han dejado de exigir ambos

op. cit., pp. 174-179), habiéndose simplemente actualizado el precepto con la eliminación de las anteriores menciones relativas al número de ejemplares o a las tareas de registro y certificación por parte del servicio público de empleo.

³⁵ Se trata, como se ha dicho, de la supresión de un elemento “obvio, y sin novedad alguna respecto a las

preceptos, así pues, el dificultoso elemento subjetivo (*animus defraudandi*) propio de la estricta remisión a la categoría civil (artículo 6.4 C.Civ.), pasando ahora a sancionar no ya conductas *in fraudem legis*, sino conductas *contra legem*³⁶. Lo recogido ahora, en definitiva, es una *presunción iuris et de iure* en virtud de la cual los contratos temporales artísticos que contravengan el régimen de temporalidad tendrán la consideración de fijos.

Surge, no obstante, la duda de si la conversión en indefinido del contrato artístico se ha de producir en base a la constatación de cualquier tipo de incumplimiento; o si se excluyen los incumplimientos relativos a los requisitos formales del contrato. Nos inclinamos aquí por la continuidad de la aplicación subsidiaria del artículo 8 ET³⁷, en virtud del cual el incumplimiento de la forma escrita tendría como única consecuencia –dejando aparte las de tipo administrativo sancionador *ex* artículo 7 TR-LISOS– la de establecer una presunción *iuris tantum* que permite acreditar la existencia de causa de temporalidad para el contrato, en los términos ahora exigidos con mayor rigurosidad. Esto es, probándose con precisión, a falta de contrato formalizado por escrito que lo explicita, “*la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista*”.

Por otra parte, en idéntica línea eliminadora de la anterior mención al fraude de ley, como se vio anteriormente, el actual artículo 5.2 RDA señala ahora la posibilidad de acordar prórrogas sucesivas del contrato laboral artístico de duración determinada, “siempre que la necesidad temporal de la empresa, que justificó su celebración, persista”. Las prórrogas del contrato, tanto expresas como tácitas (*ubi lex non distinguit...*), continúan expresamente amparadas dentro del régimen de temporalidad del contrato artístico, condicionada su licitud a la posibilidad de acreditar la subsistencia de la naturaleza temporal de la contratación prorrogada.

b) La conversión en indefinido por falta de alta en Seguridad Social

Resulta también de aplicación, según lo expresamente dispuesto en el artículo 5.4 RDA, la regla de conversión en indefinido de los contratos de trabajo artístico por causa de falta de alta en la Seguridad Social. Lo cual parece que se producirá –aspecto inconvenientemente omitido por el precepto– una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba³⁸, tal y como señala el artículo 15.4 ET.

reglas del C. Civ.”: Cruz Villalón, J.: “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, p. 32.

³⁶ *Vid.* Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*, MTES, Madrid, 2022, pp. 55, para quien resulta ahora más sencilla y automática la calificación del contrato temporal como indefinido cuando concurra “cualquier ilegalidad”, sin que necesariamente el comportamiento deba ser constitutivo de fraude.

vVid. Alzaga Ruiz, I.: *La relación laboral de los artistas, op. cit.*, pp. 178-179.

³⁸ Tales plazos, en el contrato de trabajo artístico, vienen determinados por el artículo 4 RDA: 5 días en los contratos de duración no superior a dos meses, 10 días en los de duración no superior a seis meses; y de 15 días en los restantes.

Pese a que la actual regulación del contrato artístico ha eliminado la anterior remisión al régimen estatutario de las modalidades de contratación, dicha pauta interpretativa, creemos, ha de entenderse aplicable acudiendo a la previsión general del artículo 12 RDA: procede la aplicación supletoria “condicionada” del ET y las demás normas laborales de general aplicación en lo no regulado por la norma reglamentaria, en cuanto no resulte incompatible con la naturaleza especial de la relación laboral”³⁹.

c) La conversión en indefinido por encadenamiento de contratos artísticos de duración determinada

La novedad más destacada en el nuevo régimen del trabajo artístico, en lo referente a las garantías frente al abuso de la temporalidad, es la aplicabilidad, por remisión expresa del artículo 5.4 RDA, de las reglas previstas en el artículo 15.5 ET para los supuestos de encadenamiento de contratos de duración determinada. El legislador reglamentario entiende como obligatoria la aplicación de dichas reglas, a partir de una doble premisa. En primer lugar, una vez que los artistas se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (SSTJUE 25-10-2018, *Sciotto-Fondazione Teatro dell’Opera di Roma*; y 26-2-2015, *Comisión c. Luxemburgo*). Y en segundo lugar, al no poder ser excluido dicho colectivo de las medidas que corresponde adoptar a los Estados Miembros (Cláusula 5ª) para evitar el abuso en la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada establecidos en los ordenamientos nacionales. En esencia, el legislador reglamentario no ha venido en este punto sino a recoger la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en sus recientes pronunciamientos dictados en unificación de doctrina⁴⁰: existía, pues, con carácter previo al RD-Ley 5/2022, jurisprudencia en sentido técnico sobre este particular, a la cual se ha otorgado marchamo normativo⁴¹.

No obstante, lo cierto es que, más allá de la rotundidad con que se pronuncia el Preámbulo de la norma reformadora, el análisis de la doctrina del TS, como se ha puesto de relieve desde determinados ámbitos doctrinales⁴², no deja de arrojar algunas dudas,

³⁹ Dando por sentada sin mayores consideraciones la aplicación de la pauta estatutaria, *vid.* Altés Tárrega, J.A.; Aradilla Marqués, M.J.; García Testal, E.: “La nueva regulación de la relación laboral especial de las personas dedicadas a actividades artísticas”, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁰ *Vid.* SSTs 7-9-2021 (R. 4110/2021); 7-9-2021 (R. 4276/2021) 8-9-2021 (R. 1158/2019) y 25-1-2022 (R. 489/2021).

⁴¹ Con anterioridad, en sentido contrario al RD-Ley 5/2022, el RD-Ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modificó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en su D.A. 5ª introdujo una cuestionable disposición *ad hoc* para tratar de contrarrestar la doctrina judicial imperante (aplicabilidad del artículo 15.5 ET) en relación exclusivamente con los contratos de 34 bailarines de la Compañía Nacional de Danza cuyo contrato finalizaba el 31 de agosto de 2018; previsión posteriormente derogada por la Ley 2/2019, de 1 de marzo. De esta extinta norma se podía ya quizá extraer un cierto reconocimiento legal de la aplicación del artículo 15.5 ET al trabajo artístico, que ahora finalmente se proclama.

⁴² *Vid.* Altés Tárrega, J.A. García Testal, E.: “La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabaja-

en particular focalizadas sobre la segunda de las premisas en las que se asienta. Dicho de otro modo, una cosa es que al trabajo artístico le resulte de aplicación la Directiva 1999/70/CE; y otra diferente es la interpretación de la Cláusula 5ª que se efectúa, y su propia proyección en este ámbito. La citada disposición enumera, como es sabido, una serie de medidas para prevenir la utilización sucesiva de contratos de duración determinada: a) *razones objetivas* que justifiquen la renovación de tales contratos; b) la *duración máxima* total de los sucesivos contratos; y c) el *número de renovaciones* de tales contratos. De este modo, los Estados miembros deben incorporar a su legislación una o varias de estas medidas cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, pero teniendo en cuenta –aspecto que debe ser remarcado– “*las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores*”.

Se ve notoriamente influido quizá el TS en su doctrina por un entendimiento no preciso, y quizá exorbitante, de la doctrina sentada en los pronunciamientos del TJUE en esta materia, relativa a la contratación del trabajo artístico no en el ordenamiento español, sino en los ordenamientos luxemburgués e italiano (STJUE 26-2-2015; *Comisión c. Luxemburgo*; y STJUE 25-10-2018; *Sciotto-Fondazione Teatro dell’Opera di Roma*). En ambos casos, de hecho, el cuestionamiento de la legalidad nacional sometida a enjuiciamiento se refería a la ausencia en las mismas de *razones objetivas* que justificasen la renovación de los contratos (medida a) de la Cláusula 5ª); y no a la falta de adopción de la medida b) de la Cláusula 5ª (establecimiento obligatorio e incondicional de una duración máxima total de los sucesivos contratos), a la que responde el artículo 15.5 ET. De este modo se ha llegado a afirmar que si se pone en relación estas resoluciones del TJUE con la normativa española sobre contratación de artistas (previa a la reforma del RD-Ley 5/2022), esta hace prevalecer la contratación temporal sobre la contratación indefinida, pero lo hace sobre criterios objetivos, descansando en un principio de causalidad que ampara la temporalidad⁴³.

Hay que decir también que en la doctrina interna del TS, por otra parte, junto al artículo 15.5 ET, ha cobrado un gran peso en su *ratio decidendi*, en realidad, la inexistencia de causa de temporalidad justificadora de la contratación temporal en los casos examinados, por lo que quizá el recurso a dicha garantía de salvaguarda –contravención de la normativa: anteriormente, fraude de ley– resultaría más adecuada. No en vano, en los supuestos analizados se acaba declarando la relación laboral como indefinida al haberse venido prestando servicios propios de la actividad ordinaria y estructural de la entidad empleadora⁴⁴.

dores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 449-450, 2020, pp. 66 y ss.

⁴³ *Vid.* Altés Tárrega, J.A., García Testal, E.: “La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores...”, *op. cit.*, pp. 76-80. Se entiende, pues, que la normativa española sobre el trabajo artístico sí podría superar el canon comunitario, aunque no se aplicara el límite a la sucesión de contratos temporales establecido en la normativa común.

⁴⁴ Tomando como referencia el supuesto de hecho analizado en la inicial STS 15-1-2020: relación laboral sin interrupciones, soportada en sucesivos contratos anuales para actuar en todos los espectáculos líricos que requieran ballet y que figuren dentro de las actividades programadas; cláusula de sometimiento en todo mo-

Sea como fuere, lo cierto es que el debate sobre el alcance de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario en la materia, una vez incorporada al RDA la aplicabilidad de las reglas que rigen el encadenamiento de contratos temporales *ex* artículo 15.5 ET queda en un segundo plano. Lo que se plantea ahora más bien, tras la decisión del legislador reglamentario, directamente inspirada en la jurisprudencia del TS, es la presencia de dos lógicas hasta cierto punto confrontadas en la ordenación vigente del contrato de trabajo artístico. Por un lado, existe un régimen especial “desestatutarizado” que establece una serie relativamente amplia y flexible de causas de temporalidad por las que la autonomía individual puede decantarse con cierto margen de libertad, incluyendo la estipulación de términos propios e impropios. Así como también una amplia posibilidad de concertar sucesivas prórrogas, expresas o tácitas, del contrato laboral artístico de duración determinada, siempre que la necesidad temporal de la empresa que justificó inicialmente su celebración subsista. Por otro lado, se sanciona el encadenamiento de dos o más contratos temporales de trabajo artístico con el mismo criterio objetivador del fraude –superación de una duración temporal máxima de 18 meses, de manera continua o discontinua, dentro de un plazo de 24 meses– aplicado por la normativa común, exclusivamente ahora, por cierto, para los contratos de trabajo por circunstancias de la producción.

La tensión entre ambas lógicas se plasma en el diferente tratamiento que, de manera un tanto incongruente, podría acabar otorgando el nuevo marco normativo a situaciones prácticamente análogas. De existir formalmente dos o más contratos de trabajo artísticos sucesivos entre el empleador y la persona artista, con o sin solución de continuidad, que sumen una duración total superior a dieciocho meses en un plazo de veinticuatro meses, en los términos descritos en el artículo 15.5 ET, la relación se verá transformada automáticamente en un contrato indefinido, sin posibilidad alguna de probar en contrario la subsistencia de causa alguna de temporalidad⁴⁵. Una regla que, en rigor, quizá no resulte de aplicación si lo que se establecen son simplemente prórrogas de un mismo y único contrato inicial causalmente válido antes y después de la propia prórroga (en los términos del artículo 5.2 RDA: “siempre que la necesidad temporal de la empresa, que justificó su celebración, persista”). Una situación, esta última, en la que no habría, en puridad, una pluralidad de contrataciones (“dos o más contratos”, según

mento a órdenes en lo concerniente a ensayos, clases y planes de trabajo; realización permanente actividades de preservación del repertorio; cláusula de disponibilidad permanente para el empleador, sin posibilidad de participación en otros espectáculos salvo autorización por escrito, etc. *Vid.*, para un comentario de la misma, Martín Vales, P.: “El encadenamiento de contratos en la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos”, *Trabajo y Derecho*, nº 69, 2020.

⁴⁵ En este punto, la nueva regulación, basada en una objetivación del fraude, vendría a corregir la extendida tendencia interpretativa presente en la doctrina judicial de suplicación, según la cual la normativa específica del trabajo artístico impediría la apreciación de fraude por la sucesiva concatenación de contratos. De hecho, con el marco anterior, los tribunales, a diferencia de lo sucedido con los contratos temporales del régimen común, raras veces aplicaban la figura del fraude de ley en la relación laboral especial del trabajo artístico. *Vid.* Altés Tárrega, J.A., García Testal, E.: “La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores...”, *op. cit.*, p 72.

requiere el artículo 15.5 ET)⁴⁶. Habrá de ser la jurisprudencia, en todo caso, la que resuelva el encaje de las dos lógicas contrapuestas, confirmando o no si este es el sentido que ha de atribuirse a la nueva regulación reglamentaria.

Por otro lado, resulta también una incógnita, quizá mayor aún, el sentido que ha de adquirir, en el ámbito del trabajo artístico, la aplicación del segundo inciso del renovado artículo 15.5 ET: esto es, la conversión en fijo del contrato artístico cuando el “puesto de trabajo” haya estado ocupado, con o sin solución de continuidad, durante idéntico periodo temporal, a través de una pluralidad de contrataciones incluso con distintos artistas: ¿es un mismo puesto de trabajo, por ejemplo, el desempeño de idéntico papel o cometido artístico por parte de diversos intérpretes en sucesivas temporadas? Una respuesta afirmativa a tal pregunta, avalada quizá por la literalidad del precepto, resulta claramente opuesta e incluso incompatible, a nuestro juicio, con las peculiaridades intrínsecas propias del trabajo artístico objeto de la RLE. La extensión *in totum* del artículo 15.5 ET a la RLE, basado en la jurisprudencia previa –que versaba sólo sobre el primer inciso del precepto–, no ha ponderado suficientemente, quizá, la existencia e impacto del segundo y nuevo párrafo del artículo 15.5 ET, procedente de la reforma del RD-Ley 32/2021.

d) Una cuestión crítica: la conversión del contrato temporal artístico en contrato fijo-discontinuo

La contraposición de lógicas a la que se viene aludiendo, y en particular la dialéctica entre “estatutarización” y “desestatutarización”, se percibe también en los casos en que la conversión en indefinidos de los contratos artísticos inicialmente suscritos como temporales no conduzca a su modalidad ordinaria, sino a la del contrato fijo-discontinuo.

Pese a ser ésta una posibilidad explícitamente aludida por el Preámbulo de la norma⁴⁷, el artículo 5.4 RDA, de manera criticable, guarda un inconveniente silencio sobre si la aplicación de sus garantías viene acompañada, en tales casos, de la aplicación del actual artículo 16 ET. Hubiese resultado oportuno, a nuestro entender, un pronunciamiento explícito al efecto, toda vez que el RDA ha eliminado de su articulado la anterior remisión a la normativa estatutaria de las modalidades contractuales⁴⁸. Siendo

⁴⁶ Y es que la noción de “prórroga” empleada por el artículo 5.2 RDA (“prórrogas sucesivas”) implica, en sentido técnico, la extensión temporal de un contrato vigente sin que se produzcan modificaciones sustantivas en la relación jurídica: *vid.*, en este sentido, el Dictamen 1717/2006 del Consejo de Estado, de 28-9-2006 (p. 8), en relación con el proyecto del actual RD 1146/2006, de 6 de octubre, sobre la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

⁴⁷ Se declara en el mismo (apartado III) que “El reconocimiento de que fuera de las actividades artísticas de naturaleza temporal que legitiman el recurso al mencionado contrato de duración determinada, la contratación deberá ser indefinida ya sea en sus modalidades de ordinaria, ya de fijo discontinua”. Si bien al mismo tiempo de manera un tanto contradictoria se alude más adelante, como factor motivador de la reforma, a “la modificación de los artículos 15 y 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (apartado VI).

⁴⁸ Disponía el desaparecido precepto que “Los contratos de los trabajadores fijos de carácter discontinuo y las modalidades de del contrato de trabajo se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores”.

clara ahora la incompatibilidad del actual artículo 15 ET con el trabajo artístico, y plenamente descartable su aplicación supletoria condicionada *ex* artículo 12 RDA en materia de regulación de la causalidad del contrato temporal artístico, no sucede lo mismo con el artículo 16 ET –un precepto, por cierto, en vías de creciente descausalización con la última reforma laboral–, ni antes ni tampoco después de la operación reformadora

Teniendo en cuenta que normalmente los contratos de trabajo artísticos tienden a ser de muy corta duración (*v. gr.*, una o varias actuaciones o un tiempo cierto limitado), la aplicación, en particular, del artículo 15.5 ET en este terreno parecería dirigida a concentrar su efectividad quizá, de manera predominante, en los supuestos de sucesión de contratos artísticos de temporada que se repiten anualmente. Pues bien, en relación con tales supuestos, la jurisprudencia venía siendo contraria a calificar dichas situaciones como un contrato de trabajo fijo-discontinuo, pese al carácter cíclico de la actividad, en atención justamente a las peculiaridades del trabajo artístico, y en particular, al derecho de los empleadores artísticos a la modificación de los espectáculos y a la renovación continuada de los artistas para conservar la atención del público, etc.⁴⁹. En idéntica línea, la doctrina científica había venido considerado como contradictoria con las peculiaridades del trabajo artístico la regulación estatutaria del trabajo fijo-discontinuo, pese a la anterior remisión que el artículo 5.2 RDA efectuaba a dicha modalidad contractual. Se estimaba así que el legislador reglamentario no había querido descartar la posibilidad de que existan artistas que, pese a todo, sean contratados para una actividad artística reiterada, no cambiante o sometida a un alto grado de homogeneidad, en cuyo caso se aceptaba la condición de fijeza solo con carácter excepcional y respetando las salvedades que la regulación sectorial pudiese disponer en cada caso⁵⁰. La aplicación del artículo 15.5 ET, basado en parámetros objetivos, podría ciertamente alterar ahora la respuesta jurídica previamente otorgada a tales situaciones: lo relevante será exclusivamente el transcurso de los plazos temporales allí establecidos, perdiendo relevancia, en su caso, incluso la propia homogeneidad o heterogeneidad de las actividades desarrolladas sobre la base de sucesivas contrataciones temporales.

Resulta poco discutible, en todo caso, la posibilidad de la autonomía individual *ex* artículo 5.1 RDA, de celebrar el contrato de trabajo artístico “para una duración indefinida” y no determinada, mención que permitiría amparar el sometimiento pactado del mismo a la normativa estatutaria, en su supuesto más genuino –dada su actual versatilidad, tras la reforma del RD-Ley 32/2021–: la realización de actividades productivas de temporada o de prestación intermitente (artículo 16.1 ET, primer inciso), otorgando base explícita, por ejemplo, al derecho al llamamiento para nuevas temporadas, etc.

⁴⁹ *Vid.* SSTs 17-7-2004 (R. 4443/2003) y 17-5-2005 (R. 2700/2004).

⁵⁰ *Vid.* Alzaga Ruiz, I: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos:...”, *op. cit.*, p. 142.

5. Las novedades en el régimen extintivo. En particular, sobre las mejoras indemnizatorias

La reforma de la relación laboral del trabajo artístico, en su nuevo artículo 10.2 RDA, ha elevado la cuantía que corresponde a la indemnización por terminación del contrato (anteriormente: 7 días de salario/año trabajado), quedando equiparada con la prevista en el régimen laboral común hoy día exclusivamente, tras su inicial introducción a cargo de la Ley 35/2010, para el contrato de trabajo por circunstancias de la producción: 12 días de salario/año, prorrateándose los periodos inferiores (artículo 49.1 c) ET). Se secunda, de este modo, una demanda de mejora previamente formulada también desde el ámbito doctrinal⁵¹, atendiendo a la concurrencia de una análoga razón de ser: el establecimiento de una compensación en favor de unos trabajadores que carecen de contrato por tiempo indefinido, experimentando una mayor discontinuidad que otros en la prestación de servicios. Junto a lo anterior, en la línea igualmente de lograr dicha equiparación, correspondía también eliminar el mínimo de un año de servicios para su devengo que contenía anteriormente dicho precepto.

Ahora bien, junto a lo anterior, resulta especialmente destacable el aumento de dicha indemnización por terminación del contrato artístico hasta los 20 días de salario/año de servicio cuando la duración del mismo resulte superior a los 18 meses; una mejora sustancial de la que se beneficiarán, en particular, quienes participen en representaciones u obras de larga duración en cartel. De tal regla se beneficiarán tanto quienes alcancen dicha duración contractual con un solo contrato o sus prórrogas, como aquellos otros que acumulen una sucesión de dos o más contratos: a la aplicación de dicha cuantía indemnizatoria se llegaría, entendemos, al haberse transformado el contrato en indefinido *ex* artículos 5.4 RDA y 15.5 ET, y resultar aplicable la normativa estatutaria relativa a los despidos objetivos y colectivos. En tales casos, entendemos, de concurrir los elementos causales, temporales y numéricos contemplados en el artículo 51 ET, no resultaría posible eludir dicho régimen jurídico⁵². No estaremos ya en el caso de extinción de contratos temporales *ex* artículo 49.1 c) ET, excluidos, como se sabe, de dicho procedimiento, precisamente por haberse transformado en indefinidos. Otra posible diferencia sustancial de régimen jurídico, quizá no medida por el legislador reglamentario y que habrán de resolver los tribunales, entre la situación de un único contrato de trabajo artístico prorrogado más allá de los 18 meses, y la existencia de encadenamientos de dos o más contratos que superen dicho plazo.

Por último, en relación con el periodo de preaviso de extinción, señalar que el artículo 10.3 RDA remite ahora a la negociación colectiva para la determinación de sus límites de duración, rigiendo los términos dispuestos reglamentariamente sólo de manera supletoria, en defecto de pacto convencional: diez días de preaviso si la duración del

⁵¹ *Vid.* Alzaga Ruiz, I.: “Propuesta de mejora de la situación laboral de los artistas...”, *op. cit.*, pp. 142-143.

⁵² Cuestión que plantean Altés Tárrega, J.A.; Aradilla Marqués, M.J.; García Testal, E.: “La nueva regulación de la relación laboral especial...”, *op. cit.*, p. 5.

contrato ha sido superior a tres meses; quince días si ha sido superior a seis meses; y un mes si ha sido superior a un año.

6. Los aspectos relativos a la cotización a la Seguridad Social. ¿Una equivalencia plena entre el ámbito de aplicación del RDA y el artículo 32 RGCL?

En materia de Seguridad Social, el impacto del RD-Ley 5/2022 resulta realmente limitado: para empezar, no afecta directamente a aspectos prestacionales –materias como la compatibilidad de la pensión con los derechos de autor, o la protección por desempleo durante la pandemia ya han sido reguladas–, sino exclusivamente a cuestiones relativas al régimen de cotización a la Seguridad Social. De manera primordial, para acompañar su ámbito subjetivo de aplicación con el de la RLE, una vez incorporado a la misma el personal técnico y auxiliar. Junto a lo anterior, resulta también oportuna la modificación del artículo 151.3 TR-LGSS⁵³ para declarar que la penalización “disuasoria” en la cotización relativa a los contratos de duración inferior a 30 días allí regulada (RD-Ley 31/2021), no es aplicable a los sujetos incluidos en la relación laboral del trabajo artístico, al carecer de sentido dicha figura en atención a las particularidades del mismo.

En relación con la introducción de modificaciones objetivas o sustanciales de mayor calado, la norma reformadora se limita simplemente a apuntar futuras novedades aún no concretadas⁵⁴. Se anuncia así que, con el fin de facilitar el establecimiento de un nuevo sistema de cotización para los trabajadores autónomos, en función de los rendimientos obtenidos por su actividad económica o profesional, el Gobierno procederá a efectuar las adaptaciones reglamentarias precisas, afectantes tanto al RD 84/1996 (Reglamento General sobre inscripción, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos) como al RD 2064/1995 (Reglamento General sobre cotización y liquidación: RGCL). Pendiente de regulación queda, por consiguiente, la aplicación una cotización reducida (“en los términos que se determinen normativamente”), para aquellos artistas dados de alta en el RETA que obtengan rendimientos inferiores a 3.000 Euros. Una previsión que, lejos de concebirse como una suerte de “privilegio”, quizá pueda abrir el camino también, como es deseable, para otros sectores profesionales sometidos a análogas condiciones de intermitencia en la prestación de sus servicios.

Así las cosas, por consiguiente, la aportación central del RD-Ley 5/2022 en materia de cotización (D.F. 2ª), estriba en realidad en la mera y simple modificación del artículo 32 RGCL, a los efectos de incluir al personal técnico y auxiliar entre los sujetos a los que les resultan de aplicación las especialidades de cotización. Se trata así de corregir la regulación anterior, que incluía solamente de manera parcial a este colectivo, ahora integrado en la RLE. Sucede que con anterioridad al RD-Ley 5/2022, no existía una equivalencia entre la consideración de artista en la normativa del Régimen General de la

⁵³ D.F. 1ª RD-Ley 5/2022.

⁵⁴ D.A. 2ª RD-Ley 5/2022.

Seguridad Social a efectos de cotización, y la calificación de la RLE de artista, tal y como venía apreciando la doctrina judicial⁵⁵. Existía una inclusión meramente parcial del colectivo de técnicos y auxiliares en el sistema de cotización de los artistas –heredado del RD 2621/86– que, al referirse a los trabajadores de producción, doblaje o sincronización de películas, se encargaba de efectuar un listado de las categorías profesionales entre los que figuraban los técnicos y auxiliares de producción.

El actual artículo 32.1 RGCL intenta proclamar finalmente, de una manera más nítida a nuestro juicio, la coincidencia plena entre el ámbito de imputación de la RLE y el ámbito de aplicación del artículo 32 RGCL⁵⁶. Consciente de la problemática previa de falta de coordinación entre ambas regulaciones, es intención evidente del legislador la de eliminar dicha situación previa, claramente disfuncional, que originaba una inconveniente conflictividad jurídica. A tal objetivo es al que responde la literalidad del nuevo precepto, que alude ya textualmente a la nueva denominación de la RLE, inclusiva tanto de los artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, como de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad. Téngase presente, en todo caso, como se vio con anterioridad, que la realización de dichas actividades técnicas y auxiliares queda excluida del ámbito de imputación de la RLE cuando se trate de “*actividades que se desarrollen de forma estructural y permanente por la empresa, aunque sean de modo cíclico*” (artículo 1.2, tercer párrafo). Lo cual, por consiguiente, cerraría la aplicabilidad del sistema especial de cotización *ex* artículo 32 RGCL a tales profesionales cuando su vinculación contractual sea estable, y carezca, por tanto, de los rasgos de intermitencia y discontinuidad que justifican las especialidades de cotización. El actual sistema de cotización, entendemos, a diferencia del anterior, sí que establece diferenciación en base a la modalidad de contratación y la duración del contrato.

A partir de la anterior proclama general que sirve de encabezamiento del precepto –coincidencia plena entre la RLE y el artículo 32 RGCL, con el matiz de las peculiaridades añadidas para los profesionales taurinos *ex* artículo 33 RGCL–, ciertamente sucede que, a la hora de enumerar categorías profesionales, a los efectos de asignación de grupos de cotización, el artículo 32.3, Apartado II ha decidido no romper la continuidad con los precedentes, aludiendo ahora a los “Trabajos de producción, doblaje o sincronización de películas (tanto en las modalidades de largometrajes como de cortometrajes o publicidad) o para televisión, *y trabajos técnicos y auxiliares directamente vinculados a actividades de artes escénicas, audiovisuales y las musicales*”, mención esta última que resulta ya inclusiva, en todo caso, de los diferentes ámbitos concernidos en la RLE. Otra cosa es si la enumeración de categorías profesionales que se realiza reglamentariamente, a los efectos de su adscripción a los distintos grupos de cotización (1, 2, 3, 4, 5 ó 7) resulta o no agotadora de los distintos cometidos o tareas profesionales de

⁵⁵ *Vid.* STSJ Madrid 18-4-2005 (R. 1464/2005) ó STSJ Madrid, C-A, 13-2-2019 (R. 129/2018).

⁵⁶ Plantean dudas al respecto, en cambio, Altés Tárrega, J.A.; Aradilla Marqués, M.J.; García Testal, E.: “La nueva regulación de la relación laboral especial...”, *op. cit.*, p. 5. El panorama se completaría, en todo caso, con las peculiaridades propias o añadidas del artículo 33 RGCL para los profesionales taurinos.

duración temporal en las que puedan concretarse dichos trabajos técnicos o auxiliares necesarios y con vinculación directa con las actividades artísticas en el presente o en el futuro, dada la rápida evolución de las mismas. Nótese que no existe aquí, como se apuntó más atrás, ninguna habilitación concedida a la negociación colectiva en cuanto a la delimitación del personal técnico y auxiliar, como sí sucede, exclusivamente, con quienes tengan la condición de “artista, intérprete y ejecutante” (último inciso del artículo 1.2 RDA, segundo párrafo). Ajustar dicha enumeración de categorías con el rótulo general del artículo 32.3, Apartado II es, quizá, así las cosas, una tarea que requerirá de futuras actualizaciones normativas.

7. Bibliografía

- Altés Tárrega, J.A., García Testal, E.: “La aplicación del artículo 15.5 del estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 449-450, 2020.
- Altés Tárrega, J.A., Aradilla Marqués, M.J., García Testal, E.: “La nueva regulación de la relación laboral especial de las personas dedicadas a actividades artísticas”, *El Foro de Labos*, 6 abril 2022.
- Alzaga Ruiz, I.: *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001.
- Alzaga Ruiz, I.: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: balance a los treinta años de su aprobación”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 118, 2015.
- Alzaga Ruiz, I.: “Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 203, 2017.
- Ballester Pastor, M.A.: *La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*. MTES, Madrid, 2022.
- Cabero Morán, E.: “La relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo”, *Trabajo y Derecho*, nº 89, 2022.
- Cruz Villalón, J.: “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022.
- Desdentado Bonete, A., Durán Heras, A.: “Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico”, en AA.VV.: *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, C.G.P.J., Madrid, 1996.
- Durán López, F.: “La relación laboral especial de los artistas”, *Relaciones Laborales*, 1986-I.
- López-Tarruella Martínez, F.: “Comentarios al artículo 2.1 e): Relaciones laborales de carácter especial”, en AA.VV.: *Comentarios a la leyes laborales*, Tomo II, Vol. 1, Dir. Borrajo Dacruz, E. Edersa, Madrid, 1985.
- Hurtado González, L.: *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006.

- Martín Vales, P.: “El encadenamiento de contratos en la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos”, *Trabajo y Derecho*, nº 69, 2020.
- Roqueta Buj, R.: *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Ruiz de la Cuesta, S.: *El contrato laboral del artista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Valdés Dal-Re, F.: “Jurisprudencia en unificación de doctrina y relaciones laborales especiales: algunos puntos críticos”. *Relaciones Laborales*, 1998-II.
- Valdés Dal-Re, F.: “La relación laboral de los artistas: notas sobre su configuración”, *Relaciones Laborales*, 2008-II.

Desafíos de las relaciones colectivas de trabajo en las empresas de plataforma*

Challenges of collective labor relations in platform companies

Amparo Esteve Segarra**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0003-3773-4668

Recibido: 20/10/2022

Aceptado: 16/11/2022

doi: 10.20318/labos.2022.7367

Resumen: El artículo parte de los factores de debilitación de los derechos colectivos en las empresas de plataforma. Se trazan en segundo lugar, los desafíos en materias de derechos de información, consulta y negociación, despidos por razones sindicales y huelga.

Palabras clave: Empresas de plataforma, derecho de huelga, protección de datos, despidos por razones sindicales, derecho de información, derecho de consulta y negociación colectiva

Abstract: The article starts from the factors that weaken collective rights in platform companies. Secondly, the challenges in terms of rights to information, consultation and negotiation, dismissals for union reasons and strikes are outlined.

Keywords: Platform companies, right to strike, data protection, dismissals for union reasons, right to information, right to consultation and collective bargaining

1. Factores de debilitación sindical en las empresas de plataforma

Las empresas de plataforma no han sido conocidas precisamente por su favorecimiento de la creación de estructuras sindicales o de representación unitaria, lo que se ha considerado un hándicap para los derechos de información y consulta sobre la gestión

*Trabajo realizado dentro del Proyecto de investigación GVA CIGE/2021/111 La precariedad laboral: los efectos de la descentralización productiva 4.0 y el crowdsourcing online en el trabajo.

**amparo.esteve@uv.es

algorítmica¹. Son sabidas las dificultades para crear sindicatos en Amazon en Estados Unidos² y los despidos de personas trabajadoras relacionadas con el movimiento sindical, pero amparados formalmente por falta de productividad, según las métricas del programa de control de trabajo³. En muchas empresas de plataforma se parte en general de la ilegitimidad de la actuación sindical, que ha de quedar reducida al mínimo (*vid.* el ejemplo de la propuesta 22 del Estado de California). Se trata de guillotinar el movimiento sindical antes de que se instale, considerando que la relación natural es la individual entre la empresa y las personas trabajadoras que prestan servicio en la misma.

Pero también en Europa han saltado a la prensa noticias sobre una sentada en cantinas de almacenes de Amazon⁴, donde no estaban reconocidas organizaciones sindicales en los establecimientos. Además de formas de conflicto improvisadas, se han denunciado prácticas de contratar analistas para detectar “amenazas sindicales” que se introduzcan en la empresa⁵. De hecho, la preocupación por estas cuestiones está detrás de alguno de los contenidos de la propuesta de Directiva sobre condiciones de trabajo en las empresas de plataforma⁶, en concreto, el art. 6.5.c) prevé expresamente la prohibición de procesar datos del personal en sus conversaciones privadas, y dentro de estas, específicamente entre el personal y sus representantes.

En España, los repertorios judiciales dan cuenta de algunos despidos fulminantes cuando se trataba de crear una sección sindical en empresas contratistas de Amazon⁷ o

¹ Así se ha señalado por Sáez Lara, “*la reforma del art. 64 ET sobre derechos del comité de empresa es una modificación importante en términos generales, pero de consecuencias limitadas en relación con las plataformas dado que no son el ámbito implantación de los comités de empresa*” (2021: 36).

² Sobre la constitución de un sindicato en un almacén logístico en Amazon el 2-4-22 en *State Island* (New York), y los fracasos anteriores, *vid.* “<https://www.xataka.com/empresas-y-economia/trabajadores-amazon-forman-primero-sindicato-compania-eeuu-hemos-hecho-historia>. También la entrevista en el diario *Deutsche Welle*, en la versión en inglés, publicada el 17-7-22 con el título: ‘Amazon versus American union organizers; Interview with Christian Smalls’.

³ Lecher (2019).

⁴ En el verano de 2022, ante el anuncio de la compañía Amazon de que la subida del salario era de 35 peniques hora pese a la inflación y las altas ventas de la compañía en Reino Unido, que crecieron en 23 millones de libras, se produjeron movimientos de indignación, algunos plasmados en la negativa a volver al trabajo. Uno de los más conocidos es el de la cantina de una *warehouse* en Essex que fue grabado en video y se convirtió en viral. Video disponible en <https://www.theguardian.com/technology/video/2022/aug/04/hundreds-of-amazon-employees-stop-working-over-disputed-pay-rise-video>.

La prensa británica que daba cuenta de estos movimientos destacaba a la vez el no reconocimiento de los sindicatos en las *warehouses* británicas. *Vid.* entre otros, Reuters News 4-8-22, ‘Hundreds of Amazon warehouse workers walk out over pay, UK union says’, I. Crowson (2022) y J. Abiona (2022).

⁵ https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2020-10-02/plantilla-amazon-carta-sindicatos_2771307/

⁶ El texto de esta propuesta de Directiva está disponible en inglés con el siguiente título: *Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*. Disponible el archivo en: https://transform-italia.it/wp-content/uploads/2021/12/Direttiva-platform-workers-COM_2021_762_1_EN_ACT-1.pdf

⁷ SJS núm. 5 de Santander 104/21, de 10-3-21, proc. 534/20. Se declaró nulo el cese fulminante tras la creación de sección sindical de USO en la empresa, sin que la mercantil probara las causas del despido por “baja producción” aducido en la carta. El despido lo efectuó la empresa AT Operalia, SL y en el proceso compareció también Amazon Spain Services, SL, quien adujo la excepción de falta de legitimación pasiva, que fue acogida

por vulneración del derecho a la indemnidad ante la denuncia de incumplimientos de condiciones laborales en algunas empresas contratistas del grupo Cabify o Uber⁸.

No obstante, antes de analizar los casos, conviene detenerse en el hecho de que los caracteres de la organización empresarial de las empresas de plataformas, con el amplio recurso a filiales, contratadas y con su base tecnológica, indirectamente van a provocar una debilitación del papel de los sindicatos en la vertebración de los intereses de los trabajadores en estas empresas, y por ello requieren una readaptación del marco de las relaciones colectivas.

1.1. La falta de estructura física

Un primer factor de debilitación es que las organizaciones de representación clásicas de los sindicatos resultan disfuncionales cuando no hay estructura física⁹. Históricamente los sindicatos han tenido como referencia una estructura empresarial típica del sistema fordista donde su hábitat natural eran los grandes centros de trabajo. Sin embargo, en las empresas de plataforma no hay un colectivo homogéneo de trabajadores y muchas veces no existe centro de trabajo físico. Hay diversas estrategias que van en este camino de evitar un colectivo homogéneo de personas trabajadoras y centros de trabajo identificables. Por ejemplo, el trabajo físico se suele subcontratar mediante empresas proveedoras o empresas de trabajo temporal, pero además la homogeneidad dentro de las contratadas es difícil, pues las empresas de plataforma, o mejor dicho, sus filiales, no recurren solo a una empresa, sino a varias. En otras ocasiones, las personas trabajadoras sólo pisan unas oficinas en el momento que se les contrata o se les cesa, o los centros de trabajo físicos se ubican en lugares muy diferentes a una fábrica o una nave, como son oficinas alquiladas en régimen de *coworking* por unas pocas horas.

Es bien conocida la idea de que nuestra arquitectura de representación colectiva se basa en una relación directa entre el tamaño físico del centro de trabajo (medido en el número de personas trabajadoras por centro) y el número de representantes. En las empresas de plataforma no existe a veces un centro de trabajo físico, sino virtual. Ello

por la sentencia. Se declaró probado que la empleadora dedicada al envío de paquetería tenía como principal cliente a la filial de Amazon. *Vid.* también otros casos de despido por la misma razón y entre las mismas empresas, SSTSJ Cantabria 28-5-21, rec. 327/21, 23-9-21, rec. 483/21 y 17-9-21, rec. 547/21.

⁸ *Vid.* SSTSJ de Cataluña 19-9-19, rec. 3295/19 y 11-12-20, rec. 2852/20, en este caso se declara grupo patológico de empresas a los efectos de responder por despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales, pero nótese que no se llega a incluir a las empresas multinacionales que gestionan las *apps*, como Uber o Cabify. Tampoco se incluye a la ETT que inicialmente suministró trabajadoras, la empresa *JT Hiring ETT*.

Otros ejemplos de declaración de nulidad en despidos por vulneración del derecho a la indemnidad, en SJS 137/20 núm. 21 de Madrid 29-6-20 y STSJ Madrid 17-12-20, rec. 609/20. Igualmente, enjuiciando despidos tras denuncias de personas trabajadoras por exceso de jornada, de 12 horas al día o 60 horas a la semana, *vid.* STSJ Madrid 27-1-21, rec. 757/20, SJS 5/20 núm. 17 de Madrid de 13-1-20.

⁹ Esto es uno de los factores de la caída de la afiliación sindical en los países europeos. Los datos de diferentes países pueden verse en K. Vanadele (2019).

provoca un claro desajuste entre estructuras de representación nacionales y ligadas a centros de trabajo físicos y el poder económico en la empresa. Las dos principales armas de un sindicato como son la negociación colectiva, la movilización y el conflicto resultan claramente desactivadas cuando las empresas de plataforma tienen escasa entidad física y hay un rompecabezas de empresas filiales y proveedoras en la red.

1.2. La subcontratación

La subcontratación también es un factor conocido de dificultad para la acción sindical. Las personas trabajadoras de las contrata de las empresas de plataforma asumen el riesgo empresarial y están unidas a las expectativas de negocio de su empleador/a, pues las denuncias pueden derivar en la pérdida de la contrata. Las personas trabajadoras de estas empresas tienen miedo de protestar, a modo de matar el paciente, ya que la empresa cliente puede optar por externalizar los servicios con una empresa más competitiva, y se acaba la contrata que da soporte a las relaciones laborales. Las personas trabajadoras son conscientes y las empresas también. La debilidad de las posibilidades de conflicto laboral en buena parte de las contrata es un acicate para optar empresarialmente por la externalización. La gestión de los trabajadores, y sus eventuales conflictos no alcanzan a los empresarios clientes, sino a la empresa de servicios.

Y aunque los tribunales han excluido la responsabilidad de las organizaciones convocantes de la huelga por la eventual pérdida de la concesión o de la contrata, que es un efecto normal de la huelga¹⁰, no está articulada una buena protección de los huelguistas de empresas contratistas. En el mejor de los escenarios, si la impugnación de esta práctica acabase con la calificación de nulidad de los despidos por infracción del derecho de indemnidad, por el ejercicio de derechos fundamentales de huelga, conflicto, tutela judicial efectiva, etc., la ejecución de estas sentencias resulta compleja por la desaparición del puesto de trabajo ocupado. Difícilmente las personas trabajadoras de las empresas débiles de la red pueden influir en el mantenimiento y condiciones de los vínculos interempresariales dentro de redes inestables, con métodos de producción y selección de las empresas muy flexibles y donde la relocalización de los servicios en una empresa más competitiva es una cortapisa evidente para la reivindicación de mejores derechos laborales. La posición de dependencia y riesgo empresarial en el proceso productivo se traslada directamente a las personas trabajadoras.

El arma clásica de los sindicatos, junto a la negociación colectiva, como es la huelga, difícilmente es una alternativa real en el mercado de la externalización. Ello es uno de los factores que explica la disminución del número de huelgas en nuestro país, dada la extensión del fenómeno de la subcontratación. Y es que los efectos de la huelga ya no son sólo costosos para las personas trabajadoras en términos de reducción salarial, sino de su propia estabilidad laboral.

¹⁰ STSJ de Galicia 26-4-05, rec. 4398/02.

1.3. *El individualismo, la juventud del personal y la baja afiliación sindical*

Otras veces las empresas de plataforma protagonizan actuaciones que indican una ruptura de la colectivización de intereses de la clase obrera. En EE.UU. la ciudad de Seattle, una de las consideradas más progresistas del país, vivió una batalla por imponer una tasa de 275\$ por empleado para compañías que ganaran más de varios millones de dólares, que, en realidad, estaba pensando en la empresa Amazon. La razón de ser de la tasa era recaudar dinero para hacer frente a los problemas de las personas sin hogar, ya que debido a la concentración de empresas y empleados, los costes de la vivienda se habían encarecido mucho y habrían provocado un importante problema para las personas sin hogar¹¹.

La campaña a favor y en contra de este tributo generó una fuerte polémica entre los ciudadanos y en los periódicos, con un desequilibrio económico entre el dinero recaudado en la campaña de quienes estaban a favor y quienes estaban en contra (que superaban en un porcentaje de 1 a 10)¹². La posición a favor llevaba carteles con el lema “Tax Amazon Housing for all”. La posición contraria se conocía como “Don’t tax on Jobs”, y defendía esencialmente que un impuesto de este tipo haría desaparecer puestos de trabajo y dificultaría el clima de negocios de la ciudad. Amazon amagó con no construir dos torres de edificios que estaban proyectadas y ello conllevó un enfrentamiento entre personas trabajadoras y sus familias, escenificado en los medios de comunicación, entre los que estaban a favor del impuesto y los que no, que en muchos casos iban ataviados con cascos y vestimenta de obreros de la construcción, pues para la edificación de las torres se preveían alrededor de 13.000 puestos de trabajo. El consejo de la ciudad votó en contra del impuesto. La historia concluyó no aprobándose el impuesto. Y un mes más tarde el precio de una casa media en Seattle llegó a los 805.000\$. Al final del año, Seattle tenía el incremento de personas sin hogar más grande de todo el país y Amazon, mientras tanto, llegó a los 2 billones de beneficios un par de semanas después de la votación¹³.

En España, han saltado a la prensa noticias de recursos a mecanismos de flexibilidad salarial, con subastas a la baja, pactando directamente con los trabajadores las condiciones de trabajo¹⁴. La subcontratación no sólo es una estrategia interesante al externalizar la gestión laboral de las personas trabajadoras, permitir diferencias salariales y de condiciones de trabajo, sino también para acabar con los problemas sindicales. No se olvide que detrás del trabajo en plataformas hay un claro modelo laboral, o si se quiere una huida de los modelos clásicos para ofrecer empresarialmente un servicio, en el que las plataformas digitales de las corporaciones maximizan la individualización, la

¹¹ Winngfield, N. (2017), alude a los problemas en la ciudad: “*Seattle’s homelessness crisis has also worsened, with tent encampments sprouting up by the side of freeways, under bridges and in parks. The surrounding King County area had the third-largest homeless population in the country last year, after New York and Los Angeles, according to an annual report to Congress by the federal Department of Housing and Urban Development*”.

¹² Semuels, A. (2018).

¹³ MacGillis, 2021: 223.

¹⁴ Sobre estos procedimientos, *vid.* noticias en prensa como https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2021-12-12/glovo-enfrenta-multa-laboral-amenaza-visibilidad_3334849/.

intercambiabilidad de las personas trabajadoras dedicadas a la logística y al reparto, con separación física de los centros de datos y de ingeniería, de los de almacenamiento y distribución, con una gestión algorítmica del trabajo, que indirectamente provoca un aislamiento de las personas trabajadoras¹⁵.

Muchas de las empresas de plataforma se han originado en países anglosajones, como EE. UU. o Reino Unido, donde la actuación sindical sufrió un retroceso importante desde los años 80. Algunas políticas implementadas en estos países, abiertamente antisindicales, dejaron atrás otras etapas históricas, como la etapa “keynesiana-fordista” cuando se produjo una institucionalización de las relaciones laborales basada en el reconocimiento y legitimidad de la actuación de los sindicatos y en la posibilidad de recurrir a la movilización y al conflicto. No es intrascendente remarcar que las políticas gubernamentales en estos países anglosajones se caracterizan por precisamente un tratamiento más individualista de las relaciones de trabajo como antítesis a una determinación colectiva del salario y de las relaciones laborales. Y ello mediante tres líneas paralelas: salarios flexibles y pago por resultados, permisibilidad de contratos informales y uso de los contratos individuales como fuente reguladora principal de la relación.

Y otro elemento de dificultad de la actuación sindical es de carácter ideológico. Se ha criticado a las plataformas por encubrir bajo un revestimiento de hiperflexibilidad, un fondo de explotación y vulnerabilidad laboral que recordaría tiempos de Dickens en cuanto a las condiciones de trabajo de los antiguos *servants*, eso sí, tecnológicos y permanentemente conectados como “*mobile servants*”. Además, hay una percepción de los sindicatos como estructuras de otro siglo, anquilosadas frente a la tecnología y la imagen de libertad y flexibilidad que facilitan estas empresas. El contexto social también alienta tendencias individualistas y de pérdida de objetivos compartidos de conciencia de clase obrera, incluso entre las clases más empobrecidas¹⁶. Los propios integrantes de esta clase esquivan la calificación por ser un estigma social (en España, *chonis*, o *canis*), en Reino Unido (*davs*). Entre los factores de este declive de la solidaridad de clase está el consumismo, la crisis de los sindicatos y ciertos modelos basados en la propugnación de que se puede conseguir todo a base del esfuerzo individual¹⁷, siendo el propio ciudadano el responsable de su fracaso y no las ineficacias del sistema o la responsabilidad de quienes detentan el poder en el gobierno. Ello conduce a que los ciudadanos se autoincluyan en la clase media, aunque por ingresos y poder de negociación, pertenezcan a la clase obrera.

Pero además, hay otro elemento general que, no obstante repercute en la afiliación sindical. Las tasas de afiliación sindical son más bajas en el personal joven. La edad media

¹⁵ Se apunta a la alta rotación del personal y a la gestión algorítmica del trabajo: “*So much impermanence came with a major benefit for the Company, it made it much easier to stamp out union efforts to organize warehouse workers left before developing ties. Also deterring solidarity was the atomization of the warehouses themselves, ..., the layout and algorithms seemed almost designed to isolate employees from one another*” (MacGuillis, 2021: 134).

¹⁶ Jones, O. (2012). Una entrevista con el autor puede verse en el programa: ¿Te sientes de clase trabajadora o de clase media? Salvados. Recuperable en: <https://www.lasexta.com/programas/salvados/>

¹⁷ En la ideología liberal ha influido también el mito del esfuerzo como base para el mérito social y la responsabilidad individual del fracaso. Sobre este mito, *vid.* la magnífica novela de A. Rand, *El manantial*.

de los afiliados sindicales en España está cerca de los 48 años¹⁸. Pero en las empresas de plataforma, predomina el personal joven¹⁹. La juventud del personal de muchas empresas o su afectación a grupos vulnerables (por ejemplo, el personal inmigrante) puede derivar de que algunos tipos de trabajo, por su dureza, como el reparto en bicicleta que es muy exigente físicamente, sea rechazado por una parte de las personas trabajadoras nativas. Pero tras la querencia por la lozanía del personal aparecen ventajas, como asegurarse de contratar a empleados que no tengan familias que mantener, menos sindicalizados, con previsibles pequeñas tasas de absentismo por enfermedad o responsabilidades familiares frente a otros grupos, a los que se les paga salarios bajos, con alta tasa de rotación, y bajo la concepción de que esos jóvenes, generalmente estudiantes, ocupan puestos de trabajo de paso, y por tanto, no tienen expectativas de salarios altos ni de consolidación laboral. Además, suelen aceptar más acríticamente las condiciones ofrecidas en sus primeros contratos. De hecho, parece que los adultos que pueden elegir cómo emplearse, rechazan la fórmula de trabajar para empresas de reparto, por las dificultades de llegar a cobrar el salario mínima.

1.4. El convenio colectivo como arma comercial y las dificultades de huelgas y conflictos

En la red de empresas utilizada por la plataforma, el tema del convenio aparece más como un arma comercial, que como un mecanismo de mejora de las condiciones de trabajo. Y es que muchas empresas contratistas ofrecen regulaciones convencionales a la baja, convenios de empresa con salarios iguales o muy cercanos al salario mínimo interprofesional o se produce una selección del convenio sectorial²⁰. La regulación convencional y, más en general, la actuación sindical está claramente dificultada porque no hay nada más alejado de un colectivo homogéneo de trabajadores que los empleados en una empresa de plataforma y su red de empresas filiales, contratistas y subcontratistas, que no pertenecen a la misma empresa, ni al mismo grupo, sino que compiten entre sí. Muchas veces las personas trabajadoras están en distintos países, y sometidas a marcos reguladores diferentes, como trabajadores por cuenta ajena (*employees* o *workers*, en las dos categorías propias del sistema de anglosajón, cuyos derechos difieren), o son trabajadores autónomos (*independent contractors*). Los intereses del personal técnico y cualificado de las empresas de plataforma pueden estar a años luz de los de un empleado con un contrato temporal y a tiempo parcial o con una relación de autónomo en una de las empresas de la red.

Las empresas que atienden las contrataciones de las empresas de plataforma operan en centros de trabajo de las empresas de plataforma o bien, sin centros de trabajo físicos.

¹⁸ Sánchez, C. (2021). Los datos en K. Vanadele (2019).

¹⁹ Rasgo, junto con la alta rotación, destacado por MacGuillis, 2021, 34, en el caso de Amazon en Estados Unidos.

²⁰ Por ejemplo, mensajería frente a transporte, siendo el primero extraestatutario, porque el convenio estatal de mensajería estatutario finalizó expresamente su vigencia sin necesidad de denuncia expresa en el 2007. *Vid.* Art. 3 y 4 del Convenio Estatal de empresas de mensajería, publicado en BOE de 12 de diciembre de 2006.

Ello ofrece apuros notables para la penetración de los sindicatos, pero también para la reivindicación de mejores condiciones laborales y, en paralelo, para recurrir a la movilización y al conflicto como apoyo de estas reivindicaciones.

El hábitat natural de los trabajadores de las empresas contratistas son centros de trabajo dispersos, muchas veces pequeños y fragmentados, con un recurso generalizado además a empleo atípico (trabajadores temporales y a tiempo parcial) con una alta rotación, donde el desarrollo de una acción sindical organizada ofrece grandes dificultades.

2. Desafíos para el derecho sindical

Derechos colectivos como la huelga, los derechos de representación, e información se ven afectados de una u otra manera por los centros de trabajo virtuales, la subcontratación y la red de empresas. El historiador Y. Harari declaró que: “*Los algoritmos no van a la huelga*”. La frase puede ser objeto de interpretación en diversos sentidos: aludiendo a la pérdida de eficacia de las huelgas en las empresas de plataforma, a la prescindibilidad y fácil sustituibilidad de las personas trabajadoras, a la pérdida de conciencia de la clase obrera, a que si en el pasado los obreros podían paralizar la producción y ello causaba la parálisis del sistema, no ocurre exactamente lo mismo con las empresas basadas en la gestión algorítmica. En las empresas de plataforma, las huelgas son difíciles, pero no imposibles, como se verá más adelante.

Es necesario que los derechos de las personas trabajadoras se garanticen en un marco más amplio, que supere las paredes de los centros físicos y pase a la red, donde los conceptos de tiempo y lugar de trabajo se difuminan. Ello exige un importante esfuerzo de adaptación, pues la lucha sindical debe hacerse en un campo de batalla diferente, el del entorno digital y en la era del dataísmo, donde cada vez hay sistemas de control más psicológicos y menos coercitivos. Téngase en cuenta que la Ley Orgánica de Libertad Sindical es preinternet y eso se nota (por ejemplo, aún habla de los “*vintage*” tablones de anuncios). En todo caso, la propuesta de Directiva sobre condiciones de trabajo en empresas de plataforma, de implementarse, va a suponer una actualización, al obligar por ejemplo a que las empresas habiliten mecanismos virtuales de comunicación entre personas trabajadoras y entre estas y sus representantes (art. 15).

2.1. Mejorar los derechos de información, consulta y negociación para grupos internacionales: algunas ideas a partir de la estructura de la propuesta de Directiva sobre condiciones de trabajo en empresas de plataformas

Una de las normas recientes es la Ley 12/2021, de 28 de septiembre²¹, por la que se modifica el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos

²¹ BOE 29-12-2021.

laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales, que como es sabido establece derechos de información sobre los algoritmos, aunque no articula claramente la forma y periodicidad en que deba facilitarse la información. La renovada importancia de los mecanismos de participación y representación en la empresa es un efecto derivado de una lógica de acción sindical donde se aprecia la tendencia hacia una debilitación de las estrategias conflictuales y reivindicativas y obliga a las representaciones empresariales a recurrir a modelos más cooperativos y menos conflictivos.

Las importaciones provocan que las empresas en territorio nacional deban ajustar sus precios y costes, mediante reducción de costes laborales en salario y despidos, o bien automatizando procesos. La competencia exterior, la destrucción del empleo y la amenaza de deslocalizaciones ha contribuido a una pérdida del poder de negociación de los sindicatos y personas trabajadoras de los países con altos costes laborales. En el pasado, el poder de negociación de los sindicatos era una solución de transacción de legitimar el sistema capitalista y mantener la paz social a cambio de salarios más altos y mejores condiciones de vida. Pero se habría producido una evidente erosión del poder de negociación de los sindicatos en un sistema en el que el capitalismo se encuentra reforzado por la caída del comunismo como sistema económico, que se ha generalizado, incluso en países como China, que lo mantiene como régimen político, pero no económico.

Se ha producido una emancipación de las fuerzas económicas de los instrumentos de tutela colectiva. De manera que ya no es necesario un salario alto, porque ya se cuenta con mano de obra de sobra en otros países.

Frente a esta situación, se ha destacado que hay estudios que indican que en empresas con negociación colectiva hay menos desaparición de puestos de trabajo. Y que, precisamente, es más necesario que nunca el papel de los contrapesos colectivos²², de estructuras de tutela para evitar que todos compitamos con todos.

Este elemento más participativo aparece en los derechos de información y consulta que establece el Estatuto y que han sido reforzados en las últimas reformas. En este sentido, se acentúan las ideas de consulta e información y un uso más calculado de las medidas de conflicto, así como cierta disolución de fronteras entre la negociación colectiva y otras formas de participación. Ello, no obstante, debe destacarse la insuficiencia de la perspectiva legal en un doble sentido: el establecimiento de mecanismos de representación y participación en el seno de los grupos de empresa y, no hay que olvidarlo, por su potencial desarrollo, en los supuestos de descentralización productiva y redes de empresa.

En el primer caso, debe destacarse la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre establecimiento de procesos de información y consulta en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria y la normativa comunitaria sobre implicación de los trabajadores en la sociedad europea. La Ley 10/1997, de 24 de abril, traspone al Derecho español la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, que supuso un impulso a los procesos de información y consulta, impulso que se ha querido trasladar a ordenamientos como

²² Se ha indicado: “*que la progresiva automatización y digitalización está provocando y provocará una correlativa disminución del poder de negociación de los que viven de su trabajo haciendo más relevante el papel de las normas laborales, si cabe, como forma instrumento de política económica*”. En Todolí, 2021: 68.

el nuestro, donde no se contiene una legislación específica para los grupos de empresa nacionales. La falta de eficacia de la mencionada Directiva motivó su reforma en la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009, pretendiendo esencialmente la reforma que el ejercicio de los derechos de información y consulta se efectúe en tiempo y forma, antes de la toma de decisiones por parte de la empresa, para hacer posible una influencia real y efectiva de los representantes de los trabajadores en la formación de la voluntad de la empresa. En este sentido se ha introducido, entre otras modificaciones, una definición precisa de qué se entiende por “información” y “consulta”, cuyo común denominador es la referencia a que se realicen en un tiempo, modo y contenido adecuado para ser útiles en la evaluación de las medidas y permitan que puedan ser tenidas en cuenta por la dirección empresarial. Sin embargo, el proceso está lejos de estar cerrado, pues esta normativa sólo afecta a determinadas empresas y grupos, pero se deja fuera de este sistema a las empresas y grupos de dimensión nacional y a los grupos transnacionales que no reúnan los requisitos exigidos para la aplicación de la directiva. Además, la regulación se aplica a las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, que se delimitan teniendo en cuenta el criterio cuantitativo del número de trabajadores empleados, lo que trae como consecuencia el limitar el ámbito de aplicación de la Directiva a las empresas y grupos grandes²³.

Junto a esta normativa, cabe destacar que el Derecho comunitario establece una regulación compleja, conformada por una serie de directivas²⁴, que se enmarca en una de las líneas en materia social en el ámbito comunitario: la participación de los trabajadores en las empresas. La finalidad de esta regulación ha sido, de un parte, facilitar las operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial (fusiones, concentraciones, constitución de grupos, etc.), y de otra parte, la implicación de los trabajadores en las decisiones que afectan a la vida jurídica de la empresa²⁵.

²³ A estos efectos, se consideran:

- 1) Empresas de dimensión comunitaria, la que reúna los siguientes requisitos:
 - Emplear, al menos, 1.000 trabajadores en el conjunto de Estados miembros.
 - Emplear en, al menos, dos Estados miembros diferentes, 150 trabajadores en cada uno.
- 2) Grupo de empresas de dimensión comunitaria, el que reúna los siguientes requisitos:
 - Emplear, al menos, 1.000 trabajadores en el conjunto de Estados miembros.
 - Comprender, al menos, dos empresas en Estados miembros diferentes.
 - Una empresa del grupo debe emplear, al menos, 150 trabajadores en un Estado miembro; y otra empresa, otros tantos en otro Estado miembro.

²⁴ Entre estas normas comunitarias cabe hacer referencia a la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; el Reglamento 2157/2001, por el que se regula el estatuto de la sociedad anónima europea y la Directiva 2001/86, que completa el mencionado estatuto por lo que se refiere a la implicación de trabajadores; la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio que completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea de 22 de julio de 2003, en lo que respecta a la implicación de los trabajadores; y la Directiva 2002/14, de 11 de marzo, dirigida a establecer un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

²⁵ Supone en palabras de Casas Baamonde, 2003, que la “deslocalización jurídica” que supone la creación de la sociedad europea no suponga hacer tabla rasa de los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad.

El artículo 9 de la propuesta de Directiva sobre condiciones de trabajo en las plataformas establece derechos de información y consulta sobre la gestión algorítmica del trabajo, y en caso de inexistencia de representantes, con los trabajadores directamente. Sin embargo, esta atribución individual puede no ser efectiva en la práctica dada la complejidad de la información que ha de manejarse y la posición de debilidad de los trabajadores individualmente. Frente a estos elementos críticos, cabe destacar otros aspectos positivos de la propuesta de regulación. Por ejemplo, un elemento interesante es la estructura de principios de la Directiva que se basa en primero, explicitar que la finalidad de la norma es la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas como base del desarrollo de estas empresas en la Unión (art. 1). En segundo lugar, se deja de lado la regla del país de origen y para luchar contra la extraterritorialidad de la estructura del trabajo en plataforma y proteger a los trabajadores, considera que la regulación de la Directiva será aplicable a todas las plataformas de trabajo digital y con independencia de su lugar de establecimiento y de la ley aplicable en otras materias. Lo único que se exige para que la regulación afecte a las empresas de plataformas es que organice trabajo en la Unión (art. 1.3 y considerando 17 Directiva). Ello está en la línea de normativa reciente dentro del *Plan Shapinf Europe's Digital future*²⁶ que ha partido también de establecer el punto de referencia en el país o países de destino de las plataformas y prescindir de la regla del país de origen. La DMA y la DSA, siglas de la Ley de Mercados Digitales y la Ley de Servicios Digitales en inglés, respectivamente parten de su aplicación en función del destino, no del origen de las empresas proveedoras²⁷. Por ejemplo, el segundo reglamento comunitario se aplica a las empresas proveedoras de servicios intermediarias que ofrezcan servicios en la Unión. En concreto, cuando los destinatarios tengan su lugar de residencia o su establecimiento en la Unión Europea. Rige la regla del país de destino, no la del país de origen o de establecimiento de la empresa. Es una norma además horizontal, que será directamente aplicable. Y otro elemento de interés de la norma europea es que se parte de un esquema jurídico diferente al anteriormente planteado. La idea sería que determinadas empresas han aplicado un capitalismo de vigilancia que les ha permitido una extracción de datos personales y una publicidad dirigida, con altísimos beneficios, u otras estrategias que implicaban prácticas abusivas, que inicialmente se intentaron contener mediante una investigación caso por caso y aplicando la Directiva de comercio electrónico. Sin embargo, la DMA y la DSA, instituyen procedimientos similares a algunas actuaciones de la inspección, en los requerimientos, mediante un principio de “aviso y reacción”, por ejemplo, para que las plataformas retiren contenidos, productos o servicios ilegales.

²⁶ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es>. Este plan persigue adaptar la UE a la era digital y tiene varias patas. Una de ellas es la de protección de datos, personales otra la economía de datos, la inteligencia artificial y la legislación de regulación de servicios digitales.

²⁷ El texto de estos dos Reglamentos comunitarios en inglés puede consultarse en <https://www.consilium.europa.eu/media/56086/st08722-xx22.pdf>

2.2. Despidos por vulneración de la libertad sindical y reivindicación de mejores condiciones de trabajo en las contratas de la plataforma

Las fórmulas de descentralización productiva y redes de empresa habitualmente utilizadas en las empresas de plataforma, dificultan los derechos colectivos, sin que el art. 42 ET hayan solventado realmente estos problemas. En ambos casos, donde las relaciones empresariales se diversifican y se hacen especialmente complejas, parece evidente la necesidad de articular un “contrapoder” real que sea capaz de establecer mecanismos de participación en los ámbitos de decisión empresarial. Si no, la centralización de las decisiones empresariales hará disfuncionales ciertas estructuras representativas de las personas trabajadoras, tradicionalmente ligadas en nuestro sistema, al centro de trabajo. Un segmento cada vez mayor de la clase trabajadora se sitúa fuera de las estructuras de representación sindical, al encontrarse en centros de trabajo de empresas de menos de 10 trabajadores, aunque la empresa tenga muchos centros. En definitiva, los cambios en la organización empresarial exigirán una paralela adaptación de las estructuras representativas y una mayor participación de las personas trabajadoras en las decisiones de gestión.

2.2.1. Despidos sindicales en la red de empresas de plataforma

Muchas veces los centros de trabajo físicos se concentran en las empresas contratistas que se encargan de los servicios y la distribución, dotadas de gran fragilidad y donde el sindicalismo clásico tiene grandes dificultades para introducirse. En este sentido, cabe destacar un amplio panorama de posibilidades para la empresa de plataforma, donde la realidad nos ilustra con algunos ejemplos de puentear la normativa sindical, como los despidos del personal que pretende crear una sección sindical en una empresa contratista²⁸. En los repertorios judiciales hay varios casos de despidos de personas trabajadoras que intentaron crear una sección sindical en empresas contratistas de Amazon y fueron despedidos. Aunque el despido fue declarado nulo en todos los casos, ha de hacerse notar dos cuestiones.

La primera es que en todos los pleitos de despido por vulneración de la libertad sindical en los que la filial del grupo multinacional fue demandada, alegó la excepción de falta de legitimación pasiva. Y la excepción fue estimada en muchos pleitos aplicando el art. 42 del ET, que como es sabido, ciñe la responsabilidad solidaria de la empresa principal en una contrata a obligaciones salariales, y no se extiende al caso de despido. La empresa de plataforma fue exonerada de la responsabilidad del despido, aunque seguramente está bastante claro que las personas trabajadoras afiliadas al sindicato precisamente trataban de organizarse frente a esta.

La segunda es que la empresa de plataforma puede puentear la estructura de representación de los trabajadores de la empresa mediante el expeditivo sistema de traspasar

²⁸ *Vid.* SJS núm. 5 de Santander 104/21, de 10-3-21, proc. 534/20, SSTSJ Cantabria 28-5-21, rec. 327/21, 23-9-21, rec. 483/21 y 17-9-21, rec. 547/21.

las actividades realizadas por una empresa contratista a otra y acabar con el contrato mercantil, e indirectamente con los contratos laborales vinculados a la contrata. La construcción del esquirolaje recurriendo a la subcontratación tiene cierto tratamiento con la huelga, pero no en las estructuras de representación. La alta tasa de sustituibilidad reduce el poder de negociación de las personas trabajadoras en plataformas, y ocurre otro tanto con las empresas contratistas.

2.2.2. Una construcción cuasi enterrada de la jurisprudencia constitucional. La vulneración de derechos fundamentales en subcontratación: el caso Samoa

Sin embargo, ha existido también una construcción pretoriana de un especial régimen de responsabilidad laboral por el ejercicio de derechos fundamentales dentro de una relación de subcontratación. En un famoso grupo de sentencias (SSTC 75/2010 y 76/2010, 19 Oct. y 98 a 112/2010, 16 Nov.) conocidas entre los laboristas como asunto Samoa²⁹, la jurisdicción constitucional registró supuestos de responsabilidad en el marco de contrata, que no contaban con una previsión legal específica. La doctrina innovadora, no estuvo exenta de polémica, tanto desde dentro del propio Tribunal Constitucional³⁰, como por parte de la doctrina científica³¹.

De forma sintética, conforme a dicha construcción las vulneraciones de derechos fundamentales pueden producirse en relación con conductas de terceras empresas que tengan como efecto la rescisión de la contrata y la consiguiente extinción de los contratos de trabajo. Se extiende la garantía de indemnidad de los trabajadores de contrata frente a la empresa principal por vulneraciones indirectas. En el caso Samoa, el Tribunal Constitucional consideró que el mantenimiento de los derechos fundamentales en el marco de los fenómenos de subcontratación no estaba debidamente atendido por el legislador, declarando la responsabilidad solidaria por el despido nulo efectuado.

La construcción de la jurisdicción constitucional había recibido críticas, en línea con lo ya sostenido en los votos particulares, por no aplicar la jurisdicción constitucional

²⁹ El supuesto de hecho, común a todos los pronunciamientos de amparo, era el de trabajadores de una contrata con contrato temporal vinculado a la duración de una contrata que habían denunciado la existencia de una cesión ilegal y reclamado la equiparación de condiciones de trabajo con la empresa principal. La empresa contratista comunicó un incremento de las tarifas de la contrata y la empresa principal adoptó la decisión de resolver la contrata; ante lo que la empresa contratista reaccionó –sin éxito– tratando de evitar este desenlace. Ante las impugnaciones del cese de los trabajadores que estimaron vulnerado su derecho de huelga al considerar que la extinción de sus contratos se produjo como consecuencia de la decisión de la empresa principal de resolver la contrata, en instancia, el juzgado de lo social desestimó las demandas de despido por entender que la existencia de indicios de vulneración de un derecho fundamental habían quedado neutralizados por la existencia de una causa válida para extinguir el contrato, la rescisión de la contrata. Argumentación que, en esencia, fue mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ante el que se sustanció el recurso de suplicación.

³⁰ La doctrina fue debatida en el pleno, y aprobada por seis magistrados, frente a los cinco que la rechazaron y suscribieron votos particulares.

³¹ Entre otros, Montoya Melgar, A. (2011).

criterios técnico-jurídicos, sino generales y abstractos de política de derecho asumiendo funciones propias del legislador³² y por atribuir la compleja ejecución de la sentencia al juzgador *a quo*³³.

Con independencia de estas críticas, la construcción mayoritaria del tribunal constitucional había abierto un interesante supuesto de responsabilidad solidaria en casos de despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales derivadas de procesos de subcontratación. Ya no podría apelarse sin más, a que la rescisión de la contrata determinaba la lícita terminación de las relaciones laborales amparadas en la misma, si dicha decisión extintiva derivaba indirectamente de una reacción empresarial (aunque no sea del propio empresario) que vulnerase el derecho de indemnidad. Tras esta construcción se abría la puerta a que la empresa principal –pese a no ser empleadora de la persona trabajadora despedida– pudiese responder por la imputación de responsabilidades que se derivan de la rescisión de la contrata que servía de soporte a la prestación laboral de los contratos de trabajo en la empresa contratista.

La forma de articulación de esta responsabilidad exige perseverar en la previsión de algunas cuestiones. La doctrina tradicional ha hecho recaer las consecuencias de un despido nulo, sobre la empresa contratante, con excepción de los supuestos de cesión ilegal. Sin embargo, en estos casos cabría admitir una responsabilidad de la empresa principal. Los cauces por los que discurriría esta responsabilidad serían los siguientes. En primer lugar, las responsabilidades económicas (salarios dejados de percibir o indemnización por derechos fundamentales) podrían exigirse a cualquiera de las dos empresas. En cuanto a la obligación de hacer, al extinguirse la contrata, la readmisión de la persona trabajadora resultaría más problemática y habría de determinarse si existe una readmisión irregular o no. Para ello habría que estar a los criterios jurisprudenciales sobre si este supuesto conlleva una readmisión irregular, pero ocurre que la determinación de los supuestos de readmisión irregular es una cuestión casuística que se dilucida en función de las circunstancias de cada caso concreto³⁴. En todo caso, el art. 286 LJS posibilita que “cuando se acredite la imposibilidad de readmitir a un trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o

³² En este sentido, se consideraría en los votos particulares que la construcción de la sentencia partiría de un planteamiento sofisticado, el de si se han de mantener o no los derechos fundamentales en la subcontratación, llevando la cuestión a un nivel general y abstracto y prescindiendo del relato fáctico.

³³ A quien ordena “determinar en incidente de ejecución (art. 284 LPL) si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible, y de no serlo, determinar la indemnización que procediera abonar al recurrente, así como los salarios de tramitación, y la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de los derechos fundamentales ocasionada al recurrente”.

³⁴ Un exponente de este casuismo es que similares hechos han sido valorados en diferente sentido. Así, la reincorporación en distinto centro de trabajo se ha calificado de regular o de irregular según las circunstancias del caso. Ha sido regular cuando es la única circunstancia que cambia, manteniéndose jornada o funciones y viniendo motivada la alteración por la contratación de otra persona trabajadora en el puesto desempeñado anteriormente por el trabajador despedido, y dándose la circunstancia de que el nuevo centro de trabajo estaba a menor o similar distancia que el anterior (STSJ Madrid 24-2-12, rec. 10/12). O en casos de desaparición del centro de trabajo primigenio (STSJ Galicia 15-2-02, rec. 5926/01) o cuando por tratarse de una empresa que funciona mediante contratas, no era posible la asignación del anterior centro por finalización del contrato anterior (entre otras, STSJ Navarra 28-6-00, rec. 254/00 y STSJ Aragón, 25-11-08, rec. 891/08).

cualquier otra causa de imposibilidad material o legal” se transforme la obligación de readmisión en una obligación económica, lo que obviamente facilitaría su ejecución solidaria. Entre las circunstancias que imposibilitan la readmisión del trabajador se ha incluido que la empresa contratista haya visto extinguida la contrata si ofrece un puesto de trabajo similar aunque no sea en el mismo centro de trabajo³⁵, o en caso de cierre de la empresa, por ejemplo, por muerte, jubilación o invalidez del empresario/a persona física. Estas causas tasadas, donde no es posible la readmisión, han de ser interpretadas en sentido amplio, lo que deriva de la propia dicción legal que incluye el cese de la actividad de la empresa o el cierre material de esta o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal.

En estos supuestos de imposibilidad de readmisión, el órgano judicial de instancia dictará un auto en el que se declare extinguida la relación laboral en la fecha de la resolución, con condena al empresario que no ha readmitido al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido a la del auto que extinga la relación laboral y de las indemnizaciones por despido improcedente, con la posibilidad de una indemnización adicional de 15 días de salario por año trabajado, con un máximo de 12 mensualidades, tomando como tiempo de servicios todo el transcurrido hasta el auto extintivo.

Despejada la cuestión de la posible responsabilidad solidaria de las empresas implicadas en la subcontratación por vulneración de derechos fundamentales, interesa abordar la proyección de esta doctrina en los foros. Los repertorios judiciales muestran empero, que la construcción ha tenido de momento una repercusión limitada.

2.3. Las medidas de conflicto colectivo en las empresas de plataforma: huelgas, ETT y contratas

2.3.1. La huelga del personal de reparto de Glovo supermercados: las ETT y el riesgo del trabajo a llamada

Los conocidos como supermercados fantasmas o *dark stores*, en la terminología anglosajona que domina en las empresas de plataforma, son tiendas no abiertas al público con productos de comida, parafarmacia, higiene, etc., que para la distribución a sus clientes se nutren de una flota de personal de reparto que entregan en bicicleta, patinete u otros vehículos, o incluso a pie.

En la división del grupo de empresas de supermercados de Glovo especializada en el reparto ultrarrápido se produjo una huelga en Barcelona en el 2021. Ni la fecha, ni el lugar de la huelga era casual. La huelga se produjo en agosto de 2021, tras la aprobación del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo que establecía la presunción de laboralidad de los *riders*. La división del grupo de empresas Glovo en España³⁶ encargada del reparto (Glovoapp 23, SL) se adaptó a la ley por la vía de externalizar al personal de reparto,

³⁵ STSJ Castilla-La Mancha 15-1-13, rec. 1727/12, que desestima la existencia de una readmisión irregular al ofrecer la empresa un puesto similar.

³⁶ La matriz en España sería la empresa Glovo Spain Platform SL, anteriormente denominada Glovo Infrastructure Services, SL.

hasta ese momento autónomo, a una empresa de trabajo temporal (en adelante, ETT), en concreto a través de JT Hiring ETT, que, a su vez, estaba integrada en un grupo de empresas con gran prevalencia en el suministro de personas trabajadoras para empresas de trabajo temporal³⁷.

En cuanto al lugar, Barcelona es la ciudad más turística del país, con gran afluencia de turismo anglosajón y germánico, acostumbrado particularmente en el personal joven, a estas empresas de reparto. La ciudad condal también se ha caracterizado por ser una aldea gala con una suerte de batalla legal planteada por el gobierno del consistorio contra las estructuras de negocio de las empresas de plataforma en la ciudad³⁸.

Pero volvamos a las razones de la huelga. Unos 300 *riders* pidieron poder entrar en los locales del supermercado fantasma para beber agua, ir al baño, o tener descansos, disponer de lugares con taquillas, ducha y enchufes para cargar los dispositivos móviles. Pero esta no era su reivindicación principal, sino la contratación directa. Es decir, reclamaban que la adaptación a la normativa española que imponía la presunción de laboralidad de las empresas de plataforma no se hiciera sobre la base del recurso a una empresa de trabajo temporal, sino con la contratación directa por una filial de la empresa de plataforma.

La huelga se resolvió favorablemente en este punto y el personal de reparto fue contratado a partir de septiembre de 2021 por otra filial del grupo en España (*Glovoapp Groceries, SL*). Sin embargo, el recurso a ETT es bastante usual en empresas de plataformas. En una sencilla búsqueda en repertorios judiciales arroja que las empresas de trabajo temporal aparecen como suministradoras de personal para contratistas de Amazon y otras empresas de plataformas, que suelen acordar las condiciones entre estas empresas de suministro de mano de obra y sus empresas contratistas satélites³⁹.

³⁷ Vid. Rodríguez, P. (2021). Noticia publicada en El Diario.es https://www.eldiario.es/catalunya/nuevo-conflicto-laboral-cerca-glovo-arranca-huelga-supermercados-barcelona_1_8248052.html. Según relata el artículo la ETT JT Hiring está integrada en el grupo Jobandtalent, una ETT, que controla gran parte del empleo para plataformas.

³⁸ Vid. artículo de M. McLaughlin (2022), que califica a la ciudad como aldea gala, por su resistencia frente a las empresas de plataforma.

³⁹ Vid. ATS 8-2-22, rcud. 662/2021 y 2-2-22, rcud. 1201/21, donde se inadmiten sendos recursos de casación para la unificación de doctrina y se confirma dos sentencias de suplicación. En ambos casos la empresa Amazon, había subcontratado la actividad de reparto con la empresa Ara Vinc, SL, que a su vez había recurrido a una empresa llamada JT Hiring ETT, que había contratado a las personas trabajadoras para realizar el reparto de paquetería de la empresa Amazon en la provincia de Madrid. Para realizar esta actividad, las personas trabajadoras utilizaban una furgoneta que era propiedad de la empresa usuaria, que la cedía para el reparto y se hacía cargo de los desperfectos.

Otro caso de reparto con esta ETT, si bien no directamente con una empresa de plataforma es el de la STSJ País Vasco 21-6-19, rec. 768/20. En la misma se había contratado a un conductor repartidor de furgoneta por la empresa JT Hiring ETT, prestando servicios para la empresa NR Courier.

En los autos de las SSTSJ de Cataluña 19-9-2019, rec. 3295/2019 y 11-12-2020, rec. 2852/2020, la ETT aparece como suministradora para empresas que gestionan licencias VTC y que a su vez son empresas de la red de contratas de las empresas de plataforma Uber o Cabify. Otro asunto es el de múltiples procedimientos contra Amazon en España en agosto de 2022 por cesión ilegal en el que entre las 17 empresas contratistas había 6 ETT distintas.

Desde la perspectiva laboral, el recurso a ETT por las contratistas de las empresas de plataforma puede ser un elemento que permita desmontar el principio de omniequivalencia de condiciones de trabajo previsto en el art. 11 la Ley 11/1994, de 1 de junio. Han existido varias actas de inspección con multas a la empresa Amazon, pendientes de confirmación judicial, en el que los y las repartidores/as de las empresas de varias trabajo temporal eran puestos a disposición de las contratistas de Amazon. Ello implicaba que las personas trabajadoras no cobraban como trabajadores de Amazon, pues había una empresa parapeto, si se me permite la expresión. Estas personas trabajadoras puestas a disposición por tres ETT distintas sólo estaban protegidas por el principio de omniequivalencia de condiciones con las personas trabajadoras de la empresa contratista, que por cierto, aplicaba el convenio de mensajería y no el convenio de transporte de mercancías por carretera y logística de la provincia de Barcelona, que se aplicaba al personal empleado directamente por la filial de Amazon y que obviamente tenía condiciones superiores.

Pero interesa volver al recurso de las ETT como vía para sortear la contratación directa, sobre la base de una consecuencia posible, pero indeseada de la reforma laboral del 2021. Es previsible que el recurso a las ETT en las empresas de plataforma no solo no desaparezca, sino que se acentúe como consecuencia de la posibilidad de que estas empresas puedan realizar trabajos fijos discontinuos. Como quiera que las empresas de plataforma muchas veces prefieren no contratar directamente mano de obra y recurren a la subcontratación, es previsible que el recurso a las ETT por la empresa de plataforma o sus contratistas se mantenga⁴⁰. Pero además ahora las ETT pueden ofrecer un tipo de contratación que en el caso de la huelga de Barcelona relatada no se producía. Tras la reforma laboral del 2021, las ETT pueden contratar mediante contratos fijos discontinuos. Y un riesgo evidente es que esta modalidad de contratación se convierta en una suerte de trabajo a llamada, desvirtuando su carácter de atención del trabajo para trabajos cíclicos.

El trabajo a llamada se ajusta casi perfectamente a las necesidades de las plataformas virtuales o aplicaciones, que se basan en las posibilidades tecnológicas abiertas por la red para conectar digitalmente a oferentes de servicios con clientes, pues hay una demanda de un trabajo irregular y fluctuante en función de los requerimientos de los clientes, y la posibilidad de los prestadores de servicios de aceptar o rechazar (*take or leave*) el servicio. Con el recurso a empresas de trabajo temporal, pero también a empresas contratistas que tengan una *pool* o banco de personas trabajadoras a llamada, amparadas en contratos fijos discontinuos, la empresa de plataforma puede evitar los tiempos muertos derivados en las oscilaciones de las necesidades de sus clientes. De manera que cuando no hay trabajo, los trabajadores no son llamados, en una especie de contratos de cero horas. En estos contratos, típicos del mundo anglosajón, la retribución sólo se aplica respecto al tiempo de trabajo efectivo, ya que el empleador puede llamar al personal en cualquier momento y no está obligado a pagarle si no lo necesita. En los *zero hours contracts (ZHC)* las empresas pueden llamar en horas punta y enviar de vuelta a casa durante los períodos

⁴⁰ De Stefano (2016) advertía que la economía digital está generando un tipo de trabajo a demanda, que ha supuesto un importante incremento de una fuerza de trabajo *just in time*, que es retribuida por servicio y solo cuando se presta efectivamente el servicio, dando acceso así, al ser humano como servicio.

sin trabajo. Estos *pools* se justificarían sobre la base de que las corporaciones precisarían de formas de trabajo que permitan una respuesta a necesidades de mano de obra, en particular ante situaciones inesperadas de fluctuación del trabajo. Y una tendencia que no puede pasarse por alto es que en muchas empresas de plataformas, pese a que no están permitidos los ZHC, se están utilizando fórmulas parecidas tanto para desempeñar trabajos cualificados (desde profesorado, personal sanitario o de cuidado de mayores, ...), como no cualificados (limpiadores, personal de mantenimiento, de reparto, ...).

Por consiguiente, aun cuando las personas trabajadoras de plataforma dispongan de un contrato de trabajo y este sea estadísticamente indefinido, habrá que vigilar si el contrato es fijo discontinuo, que no se produzcan situaciones de abuso, con un puro trabajo a llamada, por días u horas. Ello privaría al prestador de los servicios de una mínima seguridad al no saber cuánto trabajo va a serle ofrecido, ni tener garantizado un número de horas o una retribución mínima, ya que se le pagaría en función de los servicios a los que es llamado. En este caso, la negativa a trabajar puede implicar que no se le vuelva a ofrecer, con lo que la posición de debilidad contractual se acentuaría.

Si el trabajo fijo discontinuo se convierte en un trabajo a llamada en las plataformas, ello tendría repercusiones no sólo en la explotación laboral, su protección social, o en sus derechos colectivos, sino también incluso en términos de salud laboral (estrés, enfermedades mentales ligadas a un estatuto laboral bajo, etc.). Para las personas trabajadoras el trabajo a llamada puede conllevar un peligro de quedar atrapado en un trabajo atípico, donde sólo se garantizan derechos laborales muy básicos y donde el riesgo de la actividad se transfiere a la persona trabajadora.

El tema del trabajo a llamada ha estado presente en el mundo de las empresas de plataforma, donde los sindicatos han reclamado el derecho de no sufrir un detrimento si se rechaza el trabajo o si no hay una conexión semanal mínima con la compañía o la plataforma digital, y, por otra parte, la posibilidad de pedir una cierta regularidad de horas de trabajo. La modalidad de trabajo discontinuo no debe desvirtuarse, debiendo estar claras las consecuencias de rechazar trabajos, sobre todo, si no hay una mínima regularidad, y de ser excluido expresa o algorítmicamente de la lista de personas trabajadoras a la que se llama. La cuestión se complica cuando ello puede derivar de una discriminación ajena a los parámetros clásicos de una decisión empresarial de no dar trabajo. Con el *software*, puede controlarse hasta el último minuto de los servicios prestados por una persona trabajadora. Los programas pueden medir exactamente cuándo y quién ha prestado cada servicio, cuántos servicios se han rechazado y las valoraciones de los clientes en función de escalas de valoración preestablecidas. En definitiva, el sistema informático creado para maximizar el buen funcionamiento del servicio puede escupir fuera del sistema a personas trabajadoras a llamada que no responda a los paradigmas.

Por estas razones, la normativa comunitaria ha establecido previsiones frente a consecuencias indeseadas de estos métodos de gestión. De entrada, la Directiva Comunitaria 2019/1152 sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles establece el derecho a una mínima predicción sobre el trabajo y medidas sobre el trabajo a llamada, arts. 10 y 11, respectivamente. Por otra parte, en la propuesta de Directiva sobre condiciones de

trabajo en plataformas se establece el derecho de información incluyendo específicamente el derecho de las personas trabajadoras (por cuenta ajena, pero también autónomas) sobre la asignación de trabajos y de cancelación o suspensión de la cuenta, art. 6.b.

2.3.2. Huelga en Italia: Amazon considera que su interlocutor no son los sindicatos, sino la empresa que gestiona a las empresas contratistas ¿podría pasar en España?

El tema de la huelga y la subcontratación en empresas de plataforma plantea algunos desórdenes, como lo evidencian que en algunas huelgas una empresa de plataforma como Amazon considere que su interlocutor para acabar con la huelga no son los representantes de los trabajadores, ni los tradicionales sindicatos, sino la empresa que agrupa o gestiona a las empresas externas. La huelga fue anunciada después que, según los sindicatos, Amazon interrumpiera las negociaciones aduciendo estarlas llevando a cabo con AssoExpressi, entidad que representa el 90% de las sociedades subcontratadas y que la multinacional considera los “interlocutores correctos”⁴¹. Otra evidencia de los desajustes es que muchas veces, las personas trabajadoras se manifiesten ante una embajada o una dependencia gubernamental o en un edificio de oficinas alquiladas donde trabaja el personal administrativo y de ingeniería, caso de la huelga en el centro de San Fernando en Madrid de Amazon en 2018, por no tener muy claro dónde está ubicada la submatriz de la empresa de plataforma.

Pero volvamos al tema de la huelga y la subcontratación porque es un tema controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia. ¿Podría pasar algo como lo acaecido en Italia? ¿Tendría Amazon la obligación de sentarse a negociar con las personas trabajadoras en huelga de una contrata? La pregunta es meramente hipotética, pero conviene traer a colación una controvertida posición del Tribunal Supremo español que en un conocido caso sostuvo la no obligación de una empresa cliente de sentarse a negociar en una huelga cuando los trabajadores no pertenecen a su plantilla. En la STS de 23 de enero de 2017, rec. 60/2016, se estableció que la empresa principal (en el caso Telefónica) no tenía por qué sentarse a negociar con el comité de huelga conformado con trabajadores de las empresas contratistas que justamente buscaban con la huelga una renegociación de las condiciones de las contratas de telecomunicaciones (con los llamados contratos bucle) que indirectamente marcaban sus condiciones laborales con las empresas contratistas. Confirmando el pronunciamiento de la sentencia recurrida, el Alto Tribunal entiende que:

se halla fuera del proceso de tutela cualquier pretensión referida a las condiciones de trabajo de los huelguistas, en relación con eventuales tarifas o baremos contenidos en los contratos mercantiles propuestos a las empresas contratistas, para concluir que tratándose de una huelga de los trabajadores de éstas y de las empresas subcontratadas, no existía obligación alguna por parte de Telefónica para concurrir a la negociación con el comité de huelga en la que no era de sus empleados, y en la que no cabía que llegase a ningún acuerdo amparado en el artículo 8 del Real Decreto Ley 17/1977, ni en ningún otro precepto para finalizar la huelga.

⁴¹ *Vid.* <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20210323/huelga-masiva-trabajadores-amazon-italia-11604924>.

Aunque la interpretación del Tribunal Supremo se ampara legalmente en la inexistencia de obligación de sentarse a negociar y en un modelo bilateral de la huelga, resulta discutible. De entrada, hay que poner sobre la mesa que, por supuesto, no se prevé esta obligación en una norma como la que regula el derecho de huelga en España, que parte de un modelo bilateral de huelga y no contempla las relaciones triangulares (Lahera, 2019). Pero la inexistencia de previsión legal no significa prohibición, máxime cuando la norma preconstitucional que regula el derecho de huelga está muy alejada, por obvias razones temporales, de la realidad actual de las relaciones laborales donde la externalización es la regla. Y también, teniendo en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha tenido que reinterpretar el Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo a para adaptarlo a la realidad, entre otras en la cuasi legislativa STC 11/1981, de 8 de abril.

Pero, además, en otro ejemplo de ceguera voluntaria a la realidad que priva de efectividad a las huelgas en situaciones de externalización, no se ha querido ver que las empresas clientes pueden conformar las relaciones laborales desde fuera del Derecho del Trabajo, es decir, mediante los contratos mercantiles. Como puede percibir fácilmente cualquiera, las condiciones contractuales interempresas tienen una repercusión clara en el empeoramiento o mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa auxiliar de servicios. El precio de la contrata puede ser el factor más influyente para la mejora o empeoramiento de las condiciones de trabajo de las empresas contratistas y subcontratistas, por encima de otros, como la existencia de un convenio colectivo, de estructuras de representación de los trabajadores o de un porcentaje de la plantilla con contrato fijo. Ello es una obviedad entre los problemas recurrentemente destacados entre los especialistas que han realizado estudios de campo sobre las condiciones de trabajo en situaciones de *outsourcing*, en particular en las cadenas de subcontratación internacional. El precio de la contrata es “el” condicionante decisivo en las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas. En este sentido, se ha insistido en que un excesivo ajuste en el precio por la empresa principal en la red puede determinar unas condiciones laborales pésimas de los trabajadores de las empresas auxiliares en particular, de las que ocupan una posición de mayor debilidad. El precio de la contrata tiene una eficacia mayor que otras vías de mejora de las condiciones laborales de las subcontratistas, como de instrumentos de autorregulación de las empresas, tales como códigos de conducta y de control de las condiciones laborales de los proveedores u otro tipo de compromisos voluntarios de responsabilidad social de las empresas. Y es que sin restar valor a los códigos de responsabilidad social global u otros instrumentos para mejorar las condiciones de trabajo de suministradores y empresas contratistas que suelen establecer directrices, orientaciones, y en el mejor de los casos, controles de aplicación a los proveedores mediante auditorías, la realidad demuestra que acaban teniendo mayor peso los márgenes de precios en la subcontratación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha optado por posibilitar que pueda sentarse con el comité de huelga quien verdaderamente impone las condiciones de trabajo. Es verdad que ello no está previsto en nuestro ordenamiento en una regulación del derecho de huelga, fruto de otro tiempo, pero tampoco está prohibido. Ciertamente, existe un

autorizadísimo sector de la doctrina contrario a la posibilidad de que la normativa de huelga sea objeto de una jurisprudencia creativa. En este sector, se ha dicho, que el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977:

incorpora un modelo normativo de regulación de la huelga que es el vigente y que comporta límites, aunque dúctiles, infranqueables a las posibilidades creativas de matriz judicial (Pérez, 2013: 37; Goerlich, 2018: 6).

O que:

el legislador nada ha establecido en este terreno puesto que la disciplina normativa de las relaciones triangulares que aparecen en los supuestos de descentralización tiene un alcance limitado, que no incluye específicas reglas en este sentido. Y, por otro lado, pero en sentido convergente, el régimen legal de la huelga presupone que su desarrollo se produce precisamente en el ámbito del contrato y, en consecuencia, sus garantías quedan confinadas en su ámbito (Goerlich, 2018: 21).

Sin embargo, con el debido respeto a estas posiciones, a los que no pretendo enmendar la plana y con el que comparto la necesidad de apelación al legislador para solventar estos problemas (Grau, 2021: 179 ss.), considero que a falta de reforma legislativa, las normas deberían interpretarse conforme a la realidad del tiempo en que se aplican y la jurisprudencia debe ser un factor de actuación en el sentido de actualizar una norma anticuada a un contexto donde la externalización es un factor esencial de las condiciones de trabajo. Y ciertamente, es incontestable que muchas condiciones laborales de los trabajadores no se deciden en los contratos laborales, sino en las estrategias de contratación mercantil o en los pliegos de las contrataciones administrativas. Es decir, a través de estos contratos y de sus renegociaciones y alteraciones, la empresa cliente puede organizar aspectos básicos de la relación de trabajo, sin tener ninguna responsabilidad derivada de sus decisiones.

2.3.3. La posibilidad de repartir el trabajo de los huelguistas en la red de empresas auxiliares: el asunto Indra y las plataformas

El Tribunal Supremo tiene una nutrida doctrina en relación con los supuestos de esquirolaje mediante la externalización como arma para desactivar la huelga (que ha sido ampliamente tratada en la doctrina, Tascón, 2018; Valle, 2019 y Grau, 2021). El Tribunal Supremo ha establecido que no cabe desactivar la huelga recurriendo a empresas contratistas. Sin embargo, la doctrina no es aplicable cuando ya existe una red de empresas y se produce una huelga en las empresas contratistas. Un supuesto particular se planteó en el caso de la STS de 13 julio 2017, rec. 25/2017, asunto Indra. En el caso, la empresa principal tenía subcontratado un servicio de atención telefónica con varias empresas proveedoras del servicio entre las que los servicios atendidos se distribuían a través de una aplicación informática. Al declararse una huelga en una de las empresas subcontratistas, la aplicación, sin introducción de ningún cambio adicional, desviaba las llamadas a las

empresas contratistas restantes. En el caso Indra, el TS llegó a una solución sobre la base de tres argumentos: que las empresas implicadas no constituían un grupo, sino una red de empresas, el componente tecnológico y que el sistema venía operando con carácter previo a la huelga, de manera que no se había activado una estrategia o tecnología específica (esquirolaje tecnológico) para boicotear la huelga⁴². La solución puede ser comparable puesto que no estamos frente a un esquirolaje tradicional, pero deja sobre la mesa una cuestión que cada vez se producirá en mayor medida. Se trata de que las plataformas tecnológicas, organizando las redes de empresas auxiliares pueden actuar como un escudo muy eficaz frente a eventuales reclamaciones de los trabajadores y trabajadoras por su carácter exquisitamente neutro (Todolí, 2015 y Vidal, 2017).

Es necesario reinterpretar el concepto de grupo de empresas en las de plataforma, prescindiendo de la tradicional diferenciación entre grupos laborales y mercantiles. Si se lograra entender que la red de empresas contratistas integran un ámbito funcional unitario, cabría aplicar la doctrina jurisprudencial de la huelga en materia de grupos, que sí ofrece protección. La construcción del esquirolaje indirecto, que impide sustituir a personas trabajadoras en huelga de una empresa contratista con otras, está perfilada en el caso de huelgas en grupos de empresas o en casos de empresarios complejos (Casos Prisa, STS 11-2-15, rec. 95/14 y Coca-Cola, STS 20-4-15, rec. 354/14), pero no en supuestos donde no aparece esta vinculación. Por ejemplo, en la STS de 16-11-16, Caso Altrad, rec. 59/16), el Alto Tribunal considera como exorbitantes las consecuencias de una adecuada protección del derecho de huelga que:

impidiese a los destinatarios de los trabajadores, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que, la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios.

El Tribunal Supremo revoca la SAN 200/15, 30-11-15, proc. 278/15, que seguía la doctrina del TC en el caso Samoa (Desdentado, 2017), y en su lugar, en el caso Altrad pone el foco en que no habría vinculaciones entre Altrad (una empresa de montaje de andamios) y sus empresas clientes (trasladando una construcción jurisprudencial establecida para los grupos y su obsesión de empresario complejo). Como no existían, se argumenta que sería excesivo impedir que las empresas puedan buscar a otras empresas para que les realicen determinados trabajos⁴³.

⁴² El esquirolaje tecnológico ha sido valorado en la jurisprudencia ordinaria y constitucional en otros supuestos. Así se consideró que constituía tal forma de esquirolaje que, en una huelga en una cadena televisiva, se recurriese a terceras empresas para la emisión del contenido de los informativos (STS 15-4-05, rec. 133/04), o la emisión de publicidad o programación por medios automáticos (STS 5-12-12, rec. 265/11). Sin embargo, no lesiona el derecho de huelga la utilización de medios técnicos ya existentes para retransmitir un importante partido mediante trabajadores que no secundan la huelga y que no realizan funciones distintas a las que les corresponden (STC 17/17, 2 feb.).

⁴³ En línea con lo argumentado por el TS, *vid.* García Perrote y Mercader Uguina, 2017.

Este último argumento me parece muy controvertible si se proyecta en una huelga en una contrata de una empresa de plataforma, por cuanto la empresa principal o cliente, piénsese en el caso de una empresa de plataforma como Amazon en el ejemplo del conflicto italiano, en ningún caso ocuparía la misma posición que los consumidores, en cuanto a su obvia posición de fuerza contractual para delimitar las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras que prestan servicios en una de sus empresas contratistas, ni para beneficiarse de la prestación de servicios de las personas trabajadoras. Es decir, la posición de un consumidor y de una empresa de plataforma frente a una huelga, aunque puedan englobarse genéricamente como terceros frente a la relación bilateral de los trabajadores huelguistas y la empresa a la que están vinculados, están absolutamente distantes por mucho que en una sentencia del Tribunal Supremo en el caso de una empresa cliente de andamios los haya equiparado. Es cierto que esta afirmación del Tribunal Supremo no es novedosa en relación con la posición de los usuarios de un servicio frente a una huelga, y se había dicho en alguna sentencia anterior del alto tribunal, pero se trataba de casos diferentes⁴⁴.

3. Bibliografía

- Abiona, J. (2022) As their billionaire boss swans around London, Amazon staff walk out over 35p an hour rise. *Scottish Daily Mail*. 6-8-22.
- Baylos, A. (2021) *¿Para qué sirve un sindicato?* Fundación 1º de mayo, Catarata: Madrid.
- Casas Baamonde, M.E. (2003) La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida), *REDT*, (117).
- Crowson, I. (2022) What pay increase does £132,000,000,000 Bezos give his Amazon workers? A 35p, *The Sun*, 5-8-22.
- De Stefano, V. (2016) *The rise of the just-in time-workforce: on demand work, crowdwork and labor protection in the gig-economy*. Conditions of Work and Employment Series (7). OIT. Recuperable en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf
- Desdentado Bonete, A. (2017) Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad. *Revista de Información Laboral*, (2), 151-172.
- García Perrote, I. y Mercader Uguina, J. (2017) Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la

⁴⁴ *Vid.* STS 11-5-01, rec. 3609/00, en relación con una huelga en una empresa de radiodiagnóstico, donde el servicio autonómico de salud desviaba usuarios a otras empresas o los asumía directamente. Se señala: “los clientes o público en general que goza o se sirve de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga, por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas o por los medios que tengan por conveniente”.

- doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. *Revista de Información Laboral*, (6).
- Goerlich Peset, J.M. (2018) Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la des-centralización productiva. Recuperable en: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2018/05/3-1-JMGoerlich-derecho-de-huelga-en-des-centralizacion-productiva.pdf>
- Grau Pineda, C. (2021) *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jones, O. (2012) *Chavs: la demonización de la clase obrera*. Traducción. I. Jáuregui, Madrid: Capitán Swing.
- Lahera Forteza, J. (2019) Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 de octubre, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016), *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales, Jurisprudencia en detalle*, marzo, 307-311.
- Lecher, C.B. (2019) How Amazon automatically tracks and fires warehouse worker for 'productivity'. *The Verge*. 25-4-2019. <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations>
- Mcloughlin, M. (2022) La aldea gala de la 'gig economy': el plan de Barcelona que desquicia a las plataformas. *El Confidencial*. 3-4-22. Recuperable en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-04-03/nueva-economia-barcelona-prohibiciones_3395175/
- Montoya Melgar, A. (2011) Contratas, derechos fundamentales y «desbordamiento» de la Jurisdicción Constitucional. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 75/2010, de 18 de octubre, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 149.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2013) "A modo de prólogo: limitaciones de la regulación vigente del derecho de huelga", en AA.VV. (dir. PÉREZ DE LOS COBOS, F.), *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*. La Ley, Madrid, 31 y ss.
- Rodríguez, P. (2021) Noticia publicada en *El Diario.es*. https://www.eldiario.es/catalunya/nuevo-conflicto-laboral-cerca-glovo-arranca-huelga-supermercados-barcelona_1_8248052.html.
- Sáez Lara, C. (2021) Inteligencia artificial en la empresa y negociación colectiva. en AA.VV. (dir. J.M. Gómez Muñoz) (2021). *Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital*. Albacete: Bomarzo, 15-50.
- Sánchez, C. (2021) 'Quo vadis?' El ser o no ser del sindicalismo del siglo XXI. *El Confidencial*. 29-4-21. Recuperable en: https://www.elconfidencial.com/economia/2021-04-29/sindicalismo-sigloxxi_3055200/
- Samuels, A. (2018) How Amazon helped kill a Seattles tax on Business. *The Atlantic*. 13-6-2018. <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/06/how-amazon-helped-kill-a-seattle-tax-on-business/562736/>
- Tascón López, R. (2018) *El esquirolaje tecnológico*, Pamplona, Aranzadi.

- Todolí Signes, A. (2015) Acerca del esquirolaje tecnológico, en Sala Franco, T., López Terrada, E. y Todolí Signes (2015), *Jurisprudencia Social a debate*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2021) *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Thomson Reuters, Pamplona: Aranzadi.
- Valle Muñoz, F.A. (2019) *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico laboral del esquirolaje*, Barcelona: Atelier.
- Vanadele, K. (2019) Un futuro sombrío estudio de la afiliación sindical en Europa desde 2000. Fundación primero de mayo. Recuperable en <https://1mayo.ccoo.es/0e68135349e052f223712ced986a93e3000001.pdf>
- Vidal, P. (2017) ¿Puede la tecnología suplir a los trabajadores huelguistas?. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 928.
- Wingfield, N. (2017) Amazon to share new building with homeless shelter in Seattle. The New York Times. 10-5-2017. <https://www.nytimes.com/2017/05/10/technology/amazon-homeless-shelter-seattle.html>

La estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021

The structure of collective bargaining following the labor reform of 2021

Eva López-Terrada*

Universidad de Valencia

ORCID ID: 0000-0002-7702-2393

Recibido: 14-6-2022

Aceptado: 10-10-2022

doi: 10.20318/labos.2022.7368

Resumen: La desaparición de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial no garantiza, por sí misma, la existencia de mínimos salariales en el sector ni el desarrollo de una correcta relación entre los niveles sectoriales y de empresa. Su consecución implica una tarea de renovación de los proyectos de articulación de la negociación colectiva contenidos en convenios marco, y aconseja un replanteamiento de las reglas de concurrencia, especialmente en el caso del prior in tempore, vistas las incertidumbres que suscita el complejo juego de los cambios de unidad de negociación, carentes de una regulación legal adecuada, y su cambiante interpretación jurisprudencial.

Palabras clave: Reforma laboral, estructura de la negociación colectiva, concurrencia de convenios colectivos, cambios de unidad de negociación, acuerdos marco

Abstract: The disappearance of the applicative priority of the enterprise collective agreement regarding pay does not itself guarantee the existence of a minimum wage within the sector or the development of a correct relationship between the sectoral and enterprise levels. Achieving these aims involves updating the articulated collective bargaining projects contained in the framework agreements, as well as a rethinking of the rules of concurrence, especially in the case of the prior in tempore, given the uncertainties raised by the complex game of changes in bargaining unit, which lack any appropriate legal regulations, as well as its constantly changing jurisprudential interpretation.

Keywords: Labor reform, collective bargaining structure, concurrence between collective agreements, changes of bargaining unit, framework agreements.

*eva.lopez-terrada@uv.es

1. La correcta relación entre convenios sectoriales y de empresa en el RD-Ley 32/2021

Una lectura pausada de las reformas acaecidas en materia de negociación colectiva tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, permite advertir la existencia de un cierto desajuste entre alguno de los objetivos pretendidos –“la correcta relación entre convenios sectoriales y de empresa”– y el alcance que, verdaderamente, puede tener la modificación legal operada, consistente en la desaparición de los aspectos salariales de la letra a) del listado material incluido en el artículo 84.2 ET (“La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”).

Desde luego, el balance de la reforma solo puede ser positivo, tanto por su carácter de reforma pactada con los agentes sociales –como todos sabemos, el Real Decreto es fruto del acuerdo entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y patronales más representativas a nivel estatal alcanzado el día 23 de diciembre de 2021– como por el correcto diagnóstico de la gravedad de la situación de la que en este concreto punto se partía. En efecto, la modernización de la negociación colectiva que la reforma propone en el marco del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se fundamenta en una descripción de sus debilidades comprensiva de la utilización de los convenios colectivos como convenios empresariales de descuelgue, y de la consiguiente distorsión de la capacidad competitiva de las empresas vía reducción de las condiciones laborales. Frente a ellas, se adoptan las medidas necesarias para que “la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada”.

Los estudios sobre los efectos de la reforma de 2012 ya habían advertido que una negociación salarial a la baja o *in peius* como la que ha tenido lugar en nuevos convenios de empresa, sobre todo multiservicios, muchas veces negociados por un solo representante sin afiliación sindical, tiene estas consecuencias negativas en términos de *dumping* y devaluación del poder adquisitivo de los trabajadores¹. Ello no significa, evidentemente, que se haya producido una transformación de los rasgos característicos de la estructura negocial española que, cabe recordar, solo se explica, sin perjuicio del peso que pueda atribuirse a la orientación de las normas relativas a la estructura de la negociación colectiva, como resultado de una combinación de factores económicos y políticos y, también, de factores dependientes de los agentes sociales, como son los fenómenos de mimetismo o inercia negocial, la propia estructuración de las partes sociales o el tipo de represen-

¹ Puede verse, por todos, Consejo Económico y Social, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2016*, Madrid, CES, 2017, p. 444; Observatorio de la Negociación Colectiva, *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Madrid, Lefebvre-El Derecho, 2016, p. 121; o UGT, *Afectación práctica de la reforma laboral a las empresas multiservicios*, en <https://static.eldiario.es/eldiario/public/content/file/original/2022/0202/17/impacto-de-la-reforma-laboral-en-empresas-multiservicios-ugt-ce55c14.pdf>

tación existente a nivel de empresa². No cabe obviar, pues, que, ni han desaparecido los convenios de empresa “no devaluadores” negociados con anterioridad a la reforma 2012³, ni ha cesado el predominio de la negociación sectorial por lo que al número de trabajadores afectados se refiere⁴ propio de un tejido productivo como el español constituido, esencialmente, por pequeñas y medianas empresas carentes, en muchos casos, de representantes legitimados para negociar convenios de empresa.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021 no se refiere únicamente, sin embargo, a la necesidad de detener las negociaciones *in peius* derivadas de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial. Dando un paso más, se pronuncia sobre la “correcta relación” entre los convenios sectoriales y de empresa en unos términos que conducen a pensar en la existencia, por fin, de una voluntad legislativa tendente a propiciar su articulación: “los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada”.

El problema es que, tal y como se analiza en el presente estudio, para que esta articulación de los niveles sectoriales y de empresa sea posible, debería generalizarse un modelo de descentralización articulada o de articulación descentralizadora basado en un reparto material efectuado desde el convenio marco del artículo 83.2 del ET, cuya consecución sigue encontrándose mediatizada, a día de hoy, pese a la reforma, por diferentes tipos de obstáculos: por un lado, la continuidad en el artículo 84.2 del ET, excepción hecha de la supresión de la anterior letra a), de idéntico régimen regulador de la prioridad aplicativa del convenio de empresa; por otro, la persistencia del *prior in tempore* como regla general enunciada por el artículo 84.1 del ET y afectada por el complejo juego de los cambios de unidad de negociación, carentes de regulación legal alguna, a la luz de una doctrina jurisprudencial que suscita numerosas dudas interpretativas, máxime tras la reforma del régimen legal de la ultraactividad.

² Por todos, OIT, *La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado*, 1ª ed., Atar, Ginebra, 1974, p. 97; Windmuller, J. P., *Nueva consideración de la negociación colectiva en países industrializados*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 130; Martín Valverde, A. “Estructura y proceso de la negociación colectiva”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº 18, 1992, p. 21; Rodríguez Piñero, M., “La problemática estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 3, 1996, p. 4.

³ Así lo recuerdan, por ejemplo, Ballester Pastor, M. A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 161; Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 29; o Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”*, vol. 3, 2022, p. 113-114.

⁴ Puede consultarse la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo de 2019 (último año con resultados definitivos) en https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/cct19def/Resumen_resultados_cct_anual-2019.pdf.

2. La aplicación transitoria de la reforma del artículo 84

Con carácter previo es necesario tener en cuenta, no obstante, los términos en que la Disposición transitoria sexta del Real Decreto-ley 32/2021 modula la aplicación del fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial.

Según indica su apartado primero, esta modificación afectará, además de a los convenios suscritos y presentados a registro con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/21, a los convenios suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a esa fecha una vez que estos pierdan “su vigencia expresa” y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley. Aunque en el Estatuto de los Trabajadores el calificativo “expresa” queda referido a la denuncia (artículo 86.2 ET), necesaria para que el convenio deje de producir efectos, y no a la vigencia del convenio, el sentido de la norma –que otorga un plazo máximo de un año, hasta el 31 de diciembre de 2022, para continuar aplicando el régimen anterior– lleva a pensar en la duración inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes antes de la llegada de ese término final. En consecuencia, no parece que la aplicación de la prioridad aplicativa en materia salarial pueda persistir durante una hipotética prórroga de vigencia pactada de forma sobrevenida, que no sería hábil a estos efectos⁵, ni durante la prórroga automática del convenio por falta de denuncia del artículo 86.2, ni, desde luego, durante el período de vigencia ultraactiva, pactada o legal, del convenio⁶. Esta aplicación de la reforma a los convenios anteriores a ella se realizará, por lo demás, “sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1”, de forma que afectará en exclusiva a los convenios que, vigente un convenio sectorial, hubiesen hecho uso de la facultad otorgada en el artículo 84.2 por la reforma de 2012, pero no a los convenios de empresa anteriores negociados al amparo de la regla del *prior in tempore* o negociados tras la denuncia del convenio sectorial, en cuyo caso se habría producido un cambio de unidad de negociación “correcto” estableciéndose una nueva unidad de negociación de nivel inferior⁷.

En segundo lugar, la Disposición transitoria sexta establece, en su apartado tercero, una obligación de adaptación de los textos convencionales a la reforma del artículo

⁵ Cfr. STS de 13 de enero de 2021 (Rec. 191/2019), que considera que la prórroga pactada de vigencia del convenio (XV CC de hostelería de las Islas Baleares) no es hábil para impedir que entre en juego el convenio marco superior (I CC Estatal de restauración colectiva).

⁶ Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *Labos*, Vol. 3, No. 1, 2022, p. 137-138; Saez Lara, C., “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, p. 352; Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, *op. cit.*, p. 126, señala, además, que en algún texto preliminar se proponía la modificación del artículo 85 para incorporar entre los contenidos mínimos del convenio “los efectos del cumplimiento de la vigencia expresa”.

⁷ Ver, *infra*, apartado IV.2.1. Reviste especial interés a este respecto lo dispuesto en la STS de 30 de junio de 2009 (Rec. 91/2007), en virtud de la cual si al negociar un primer convenio de empresa ya había expirado la vigencia de los convenios del sector, queda establecida una unidad de negociación colectiva de nivel inferior a la hasta entonces existente, de forma que cuando un segundo convenio de empresa sustituya al primero no se dará una situación de concurrencia prohibida.

84 para la que se concede un plazo de seis meses desde que esta “resulte de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero”. A la vista de la literalidad de la Disposición transitoria –que diferencia “aplicación” de “adaptación”⁸– y de la remisión al apartado primero, dirigido a los convenios de empresa “devaluadores”, debe descartarse que esta exigencia de adaptación de los textos convencionales implique la concesión de un nuevo plazo para proceder a la aplicación de la cuantía salarial del convenio sectorial: ésta, en realidad, se podrá exigir desde el fin de la vigencia del convenio o, en su caso, a partir del 31 de diciembre de 2022, aunque no se proceda a la debida adaptación del texto del convenio⁹.

Finalmente, el apartado segundo de la Disposición transitoria comentada introduce un enigmático mandato, en virtud del cual las modificaciones operadas en el artículo 84 (es decir, el fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial) no podrán tener como consecuencia la “compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras”. El mandato causa desconcierto, fundamentalmente, porque en un contexto de cambio en las reglas de concurrencia de convenios no es fácil otorgar un significado preciso a la referencia a la no aplicación de la absorción y compensación o a la mención de las condiciones más beneficiosas. En efecto:

- 1º) Por un lado, no se entiende la referencia a la técnica de la absorción y compensación cuando la norma tiene por finalidad la aplicación preferente del régimen salarial del convenio sectorial. Según se ha indicado, la Disposición transitoria, dada la finalidad de la reforma, parece concernir a los convenios de empresa que usaron a la baja su prioridad aplicativa en materia salarial. Tratándose de convenios ya vigentes al entrar en vigor el Real Decreto-ley, en el momento señalado en el apartado primero de la Disposición transitoria, procederá la aplicación de la cuantía salarial (en principio mayor) fijada en el convenio sectorial. En realidad, la estructura salarial de ambos convenios debería ser idéntica, pues la prioridad aplicativa quedaba circunscrita a la cuantía, sin comprender la estructura salarial: como declaró el Tribunal Supremo, el convenio de empresa no podía tener prioridad aplicativa para suprimir el pago de conceptos salariales regulados en el convenio sectorial, pudiendo efectuar únicamente disminuciones “no disuasorias” (SSTS de 1 de abril de 2016, Rec. 147/2015 o 2 de diciembre de 2020, Rec. 86/2019). Por tanto, al aplicar de nuevo el convenio sectorial no tiene sentido hablar de pérdida de derechos ni de la necesidad de no aplicar la absorción y compensación, es decir, de no evitar o permitir la superposición de mejoras salariales.

⁸ Así lo subraya también Saez Lara, C., “Concurrencia entre convenios y modernización...”, *op. cit.*, p. 353.

⁹ Vivero Serrano, J., “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, disponible en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Juan-vivero.pdf>, enero de 2022; Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral...*, *op. cit.* p. 43.

Aceptando, no obstante, que la estructura salarial hubiera sido distinta, tampoco sería factible, por absurdo, pensar, con fundamento en la no aplicación de la absorción y compensación, en una reclamación basada en la técnica del espiguelo en virtud de la cual se tuviese derecho a los complementos establecidos en ambos convenios, aunque estuviesen presentes en uno y no en otro, y se tuviese derecho a percibir la cuantía más elevada de estar el complemento en ambos convenios¹⁰. El Tribunal Supremo tiene declarado a este respecto en casos de aplicación de un nuevo convenio colectivo que la absorción y compensación no opera entre conceptos retributivos concretos, sino que procede la comparación de todo lo percibido en su conjunto y en cómputo anual. Así lo recordaba, por ejemplo, la STS de 12 de junio de 2012 (Rec. 3518/2011): “En el presente caso se da la circunstancia de que se ha procedido a la adecuación y aplicación de un nuevo convenio colectivo cuya estructura salarial difiere del anteriormente aplicable y, no obstante, se supera con ella el salario anterior, pretendiéndose que se mantenga uno de los elementos integrantes de aquella estructura salarial, de modo que venga a sumarse a los que configuran ahora la retribución acorde con la norma convencional. No hay duda de que ello implicaría la alteración del equilibrio de esa estructura bajo la excusa de la norma más favorable. Dicha norma más favorable no se puede construir sobre la base de desmembrar el todo configurado por los conceptos salariales regulares y sumar los importes de todos ellos aunque provengan de dos regulaciones distintas, pues de ser así, se produciría la alteración del equilibrio interno del mismo, pues como con carácter general razona la sentencia de esta Sala de 8 de junio de 2009 (Rec. 67/2008), “la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia”, como recordábamos en la STS de 27 de junio de 2011 (Rec. 205/2010)”.

- 2º) Por otro lado, resulta confusa la referencia a las condiciones más beneficiosas en un supuesto relativo a la regla que debe solucionar una situación de concurrencia entre dos convenios colectivos. Como es sabido, las condiciones más beneficiosas no pueden derivar de disposiciones convencionales al regirse los convenios por el principio de modernidad, de forma que las condiciones colectivamente pactadas no generan derechos adquiridos, ya que están establecidas mediante instrumentos siempre susceptibles de variación (por todas, STS de 24 de enero de 2018, rec. 72/2017, con cita de jurisprudencia anterior)¹¹. Se ha

¹⁰ Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral de 2021...”, *op. cit.*, p. 138. Según el autor “Comoquiera que este es un resultado que conduce a un manifiesto absurdo, particularmente en términos comparativos con lo que es la regla general de concurrencia convencional y, por añadidura, iría en contra de la idea final de simple respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas que debe entenderse en su conjunto, creo que ha de superarse en este punto la lectura meramente gramatical de lo previsto en esta disposición transitoria, para interpretar, en una lectura finalista y sistemática, que realmente lo que ha querido establecer el legislador es todo lo contrario: el respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas pero a través del método tradicional de como es entendida la compensación y absorción”.

¹¹ Los convenios extraestatutarios, según la jurisprudencia (por todas, STS de 11 de mayo de 2009, Rec. 2509/2008) pese a su eficacia contractual, tampoco generan condiciones más beneficiosas que deba respetar el convenio posterior.

dicho a este respecto que, en estos casos, lo que sucedería es que se aplicaría el convenio de empresa “como norma más favorable, en su dimensión de pacto extraestatutario”¹². No parece, sin embargo, que esta conclusión pueda derivarse de lo previsto en la Disposición transitoria sexta, pues implica admitir una contractualización de condiciones pactadas en convenio estatutario similar a la muy problemática ideada por la jurisprudencia bajo el anterior régimen de ultraactividad, que resulta ajena, en todo caso, al régimen jurídico del Título III¹³.

Ambas dudas interpretativas conducen a pensar que en la equívoca literalidad de este apartado de la Disposición transitoria se está reproduciendo una confusión frecuente en la práctica convencional, donde muchas veces la cláusula de absorción y compensación de condiciones se utiliza como sinónimo de la de garantía *ad personam* y se refiere, además, a las disposiciones legales y convencionales anteriores “organizando un “totum revolutum” de muy difícil operatividad e interpretación”¹⁴. Desde este punto de vista, y al margen del respeto a las condiciones más beneficiosas de origen contractual que siempre constituye un límite para el convenio (artículo 3.1 c) ET) con independencia de la +absorción y compensación, el apartado segundo de la Disposición transitoria sexta simplemente estaría contemplando la posibilidad de que existieran convenios de empresa que no usaron a la baja su prioridad aplicativa en materia salarial. Como lo pretendido por el Real Decreto-ley 32/2021 es que la aplicación del convenio sectorial se produzca en la medida en que suponga una mejora en materia salarial para las personas trabajadoras, de no ser ello así, por resultar más favorable el convenio de empresa en su conjunto y en cómputo anual, la reforma, es decir, la pérdida de prioridad del convenio de empresa, carecerá de efectividad aplicativa en estos casos¹⁵.

Aunque la ubicación del mandato en una Disposición transitoria impide aceptar que esta regla produzca efectos hacia el futuro, lo cierto es que pone de manifiesto las disfunciones que existen en materia de concurrencia de convenios a la hora de calificar como afectación prohibida las negociaciones adaptativas y las suplementarias o de mejora. La literalidad del artículo 84.2, que en su letra c) y d) menciona “adaptaciones” permitidas (del sistema de clasificación profesional y de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el ET a los convenios de empresa), da a entender a contrario sensu que, en lo no autorizado por el precepto, estaremos ante negociaciones adaptativas que incurrirán en una concurrencia prohibida, por mucho que la “afecta-

¹² Cabeza Pereiro, J., “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET21*, nº 8, 2022, p. 4.

¹³ En el mismo sentido, Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, *op. cit.*, p. 128.

¹⁴ Sala Franco, T., *Guía de la negociación colectiva 2018*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2018, p. 113

¹⁵ UGT, “Análisis del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. Una nueva perspectiva en la negociación colectiva: la reforma laboral de diciembre del 2021”, Apuntes, nº 40, 24 de enero de 2022, p. 10; Sala Franco, T., *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 83.

ción” implique una regulación contradictoria¹⁶. Es importante recordar a este respecto que la calificación como concurrencia prohibida sigue exigiendo, salvo en las materias en las que se declara la prioridad aplicativa del convenio de empresa, una indagación en la voluntad de las partes negociadoras del primer convenio¹⁷. De esta forma si, por ejemplo, el convenio marco se declarase, sin perjuicio de lo dispuesto en el actual artículo 84.2 a), norma exclusiva y excluyente en materia salarial, probablemente habría que considerar concurrentes las negociaciones en la empresa, aun siendo adaptativas o de mejora. Sin embargo, si, por el contrario, la relación establecida entre los convenios fuese de complementariedad, sin que exista una reserva exclusiva y excluyente, la reserva material a favor del convenio sectorial estatal no sería incompatible con un mayor desarrollo o concreción por parte del convenio de ámbito inferior¹⁸. Igualmente, si la relación fuese de suplementariedad, por haberse declarado el convenio marco mínimo en una serie de materias, serían de aplicación –como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 83.2 y 84 del ET y no por tratarse de la norma más favorable– las condiciones que no supongan una minoración respecto a las pactadas en el convenio estatal¹⁹. Por todo ello, y a pesar de que siempre resulta posible pactar la mejora en un acuerdo colectivo extraestatutario o en el contrato individual²⁰, quizá habría sido preferible integrar en el artículo 84.2, como se propuso en la negociación de la reforma en algún momento²¹, la posibilidad de mejorar en la empresa las cuantías salariales mínimas negociadas en el convenio de sector.

3. La renovación de los acuerdos marco articuladores de la negociación colectiva como presupuesto del salario mínimo sectorial

La existencia de un modelo articulado de negociación colectiva implica, en esencia, una distribución de sus contenidos sustantivos efectuada desde los niveles superiores de negociación que, lógicamente, se corresponde con sistemas negociales jerarquizados caracterizados porque en el desarrollo de la actividad contractual los niveles inferiores quedan vinculados a los superiores²².

¹⁶ Por todas, STS de 24 de junio de 2008, Rec. 128/2007.

¹⁷ Martín Valverde, A., “Artículo 84. Concurrencia”. En: E. Borrajo Dacruz, *et al.*, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, vol. II, Madrid, Edersa, 1985, p. 36-39.

¹⁸ En este sentido puede verse, por ejemplo, la STS de 21 de enero de 2021 (Rec. 158/2019) relativa a la concurrencia entre un convenio marco estatal y un convenio provincial.

¹⁹ STS de 26 de mayo de 2021, Rec. 171/2019, relativa a la concurrencia entre un convenio marco estatal y un convenio autonómico.

²⁰ Sala Franco, T., *La reforma laboral. La contratación temporal y...*, *op. cit.*, p. 84.

²¹ Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa...”, *op. cit.*, p. 115.

²² Valdés Dal-Ré, F., “Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva”, *Revista de Política Social*, nº 137, 1983, p. 409-410; Mariucci, L., *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 105-106.

En el ordenamiento jurídico español, el Estatuto de los Trabajadores restableció²³ la posibilidad de introducir técnicas de articulación en la estructura de la negociación colectiva a través de la figura de los convenios marco del artículo 83.2, cuya eficacia normativa se traducía, precisamente, en la obligatoriedad que para los sujetos negociadores de los niveles inferiores tenía la ordenación de la estructura o el reparto material por ellos efectuado (en este sentido, por todas, STS de 23 de octubre de 1995, Rec. 2054/1994). Esta posibilidad de proceder a la ordenación de la estructura negocial, desaprovechada por los agentes sociales en la etapa previa a la reforma de 1994²⁴, se ha ido viendo, además, mermada como consecuencia de las sucesivas reformas que en los años 1994, 2010, 2011 y 2012 han tenido lugar tanto en la regulación de la concurrencia de convenios como en la de los descuelgues convencionales, regulación esta última que articula “en negativo” concediendo preferencia aplicativa al nivel de empresa en una serie de materias.

Aunque el seguimiento del proceso negociador demuestra que se barajaron modificaciones de mayor calado²⁵, finalmente, el Real Decreto-ley 32/2021 ha optado, como se ha dicho, por recuperar esa capacidad de ordenación de los convenios marco en materia salarial suprimiendo el grueso de dicha materia de la prioridad aplicativa del artículo 84.2. De este modo, tras la reforma, en caso de concurrencia entre la regulación del convenio sectorial y el convenio de empresa en materia salarial prevalecerá el “pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2” que menciona el artículo 84.1 ET. Es cierto que, como se dirá, las reglas de concurrencia se encuentran necesitadas de reformas más profundas, pero también lo es que la supresión de la materia salarial atiende las necesidades compartidas por los agentes sociales –evitar el *dumping* y la devaluación del poder adquisitivo de los trabajadores– “desactivando” prácticamente la prioridad del convenio de empresa, pero sin llegar a derogarla²⁶. Se logra así equilibrar, como en otros aspectos de la reforma, las tensiones existentes, incluso dentro del propio Gobierno, entre la potenciación del convenio sectorial y las garantías de flexibilidad empresarial que las instituciones europeas esperaban²⁷.

Queda claro, pues, el papel fundamental que, en lo sucesivo, deben jugar los negociadores de los convenios marco, “rehabilitados”, con alguna excepción²⁸, para efectuar el reparto de la materia salarial y para fijar, en su caso, mínimos salariales en el sector²⁹. Cabía

²³ Aunque, en realidad, el sistema de contratación articulada plasmado en la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 1973, derogado por la reforma del RDLRT 17/1977, nunca se utilizó en la práctica.

²⁴ Ampliamente, López Terrada, E., *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 124 y ss.

²⁵ La descripción de las propuestas manejadas durante el proceso negociador se remite, por todos, a Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia...”, *op. cit.*, p. 115 y 116.

²⁶ AA.VV., “La reforma laboral (II): negociación colectiva, subcontratación y seguridad social”, en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-reforma-laboral-ii-negociacion-colectiva-subcontratacion-y-seguridad-social/>

²⁷ Valorando estos equilibrios en el conjunto de la reforma, Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva...*, *op. cit.*, p. 16 y 26.

²⁸ La letra a) el artículo 84.2 se sigue refiriendo a “El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos”.

²⁹ Normalmente, en la práctica negocial española los convenios marco son “impropios” –Sala Franco, T.,

esperar que esta tarea viniera guiada por los criterios que en materia de concurrencia de convenios e incremento de los salarios se hubieran establecido en un nuevo Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva³⁰, pero las negociaciones, por el momento, se han dado por cerradas como consecuencia de las diferencias relativas a la inclusión de cláusulas de revisión salarial en el actual contexto de inflación más elevada³¹. Parece, por ello, que, igual que sucediera al final de los años ochenta tras la etapa de la concertación social, la reforma de la estructura negocial deberá realizarse desde sectores concretos.

La lectura de algunos de los proyectos articuladores vigentes en el ámbito estatal demuestra, en todo caso, que, pese a la literalidad del artículo 84.2, sigue acudiéndose a la declaración general de prevalencia del convenio estatal –que a veces reviste la forma de “principio de jerarquía”– como regla para resolver, junto a lo dispuesto por la legislación vigente, los conflictos de concurrencia³². Los matices son muchos y así, por ejemplo, tras esta declaración hay casos que incluyen como salvedad la mayor favorabilidad de lo negociado en niveles inferiores de negociación, incluso tratándose de materias reservadas al ámbito estatal³³.

También es frecuente la declaración del carácter supletorio de la regulación del convenio marco en lo no previsto en los niveles inferiores de negociación³⁴, la decla-

“Artículo ochenta y tres. Unidades de negociación. En: I. Albiol Montesinos et al., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, Edersa, 1981, p. 565– pues, además de regular aspectos procedimentales concernientes a la negociación de futuros convenios, contienen una regulación de condiciones de trabajo aplicables en su ámbito.

³⁰ Insiste en su importancia, por ejemplo, Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral...”, *op. cit.*, p. 136 y 151-152.

³¹ Se mantiene, en consecuencia, a pesar de la reforma de 2021, la pérdida del poder adquisitivo de las personas trabajadoras. Un análisis al respecto en Todolí Signes, A., “La devaluación salarial se mantiene: análisis de la reforma laboral de 2021 desde la perspectiva salarial en un contexto de inflación desbocada y propuestas de cambio”, *Labos*, en prensa, 2022.

³² Por ejemplo, CC del sector de la madera (BOE 27 de noviembre de 2012); V CC general de la industria salinera (BOE 19 de enero de 2018); CC del sector de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BE de 2 de septiembre de 2017); VI CC estatal de empresas de trabajo temporal (BOE de 28 de diciembre de 2018); VI Convenio general del sector de la construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017); VII CC estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos; o CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémola (BOE de 4 de junio de 2021); CC estatal de industrias cárnicas (BOE de 10 de abril de 2019).

³³ CC del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (BOE de 30 de julio de 2013); CC del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 7 de octubre de 2017); VIII CC nacional para el sector de auto-taxis (BOE de 17 de mayo de 2017), entre otros.

³⁴ V CC general de la industria salinera (BOE 19 de enero de 2018); CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE de 5 de mayo de 2022); CC del sector de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE de 2 de septiembre de 2017); VII CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 27 de septiembre de 2021); VI Convenio general del sector de la construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017); VIII CC nacional de colegios mayores universitarios privados (BOE de 4 de enero de 2019); VII CC estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (BOE de 28 de diciembre de 2020); CC del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 7 de octubre de 2017); o

ración expresa del papel homogeneizador del convenio sectorial³⁵ y/o la referencia al carácter mínimo de su regulación³⁶, precisándose a veces que ese carácter mínimo queda referido a empresas sin convenio o acuerdo propio, o a las materias no reservadas por el artículo 84.2 o remitidas por el propio convenio a la empresa³⁷. En algún convenio, incluso, se advierte que “la negociación de convenios de empresa en el sector no debe cumplir (...) un papel desestabilizador ni debe pretender utilizar dicho ámbito como elemento o fórmula para rebajar las condiciones laborales”³⁸.

Para desarrollar la complementariedad entre los niveles de negociación admitidos por cada convenio marco en el sector, se efectúan con frecuencia repartos materiales, obviamente influenciados por los listados del artículo 84.2 y 84.4. El alcance de esta influencia no es, sin embargo, idéntico: junto a convenios marco que reconocen la posibilidad de negociar en la empresa únicamente las materias del 84.2³⁹, pueden encontrarse otros que las amplían⁴⁰ o, incluso, declaran, acertadamente, frente a las prohibiciones absolutas de negociar en ámbitos inferiores las materias reservadas al ámbito estatal⁴¹, que la complementariedad debe ser lo suficientemente flexible como para adaptar, en cada caso, los contenidos del convenio a la realidad de las empresas dentro del sector⁴²,

CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2021-2022 (BOE de 9 de diciembre de 2021).

³⁵ CC de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2019-2022 (BOE de 7 de enero de 2020); CC de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 27 de diciembre de 2021); CC del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016); CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE de 5 de mayo de 2022); VI Convenio general del sector de la construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017); VI CC estatal de empresas de trabajo temporal (BOE de 28 de diciembre de 2018); CC del sector de grandes almacenes (BOE de 11 de junio de 2021).

³⁶ VIII CC nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE de 14 de septiembre de 2019); II CC de ámbito estatal del sector de *contact center* (antes *telemarketing*) (BOE de 12 de julio de 2017); CC del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016); CC para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre de 2021); VII CC estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (BOE de 28 de diciembre de 2020); II CC de la industria de la producción audiovisual (Técnicos) (BOE de 1 de agosto de 2009); VIII CC nacional para el sector de auto-taxis (BOE de 17 de mayo de 2017); CC estatal de las empresas de seguridad para el año 2022 (BOE de 12 de enero de 2022).

³⁷ CC de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2019-2022 (BOE de 7 de enero de 2020); CC de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 27 de diciembre de 2021).

³⁸ CC laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (BOE de 14 de enero de 2022).

³⁹ Por ejemplo, V CC general de la industria salinera (BOE de 19 de enero de 2018); VII CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 27 de septiembre de 2021); VIII CC nacional de colegios mayores universitarios privados (BOE de 4 de enero de 2019); CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 16 de diciembre de 2021).

⁴⁰ Por ejemplo, CC laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes, para el período 2019-2022 (BOE de 14 de enero de 2022).

⁴¹ V CC general de la industria salinera (BOE de 19 de enero de 2018); VI CC para la acuicultura marina nacional (BOE de 15 de diciembre de 2021).

⁴² CC de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 7 de enero de

permitiendo la negociación de contenidos no incluidos en el ámbito estatal⁴³. La relación con los convenios autonómicos es igualmente variable, de manera que, junto a los casos en que se usa expresamente por las partes firmantes la facultad que el artículo 84.3 atribuye, impidiendo que en el ámbito de una Comunidad Autónoma se negocien acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en el convenio estatal⁴⁴, están los casos en que se renuncia expresamente a ella⁴⁵.

En materia retributiva específicamente, en fin, existen también distintas opciones, si bien el denominador común sigue siendo la reserva de la estructura retributiva al ámbito estatal. Con todo, podría hablarse de dos grupos diferenciados. Al primero pertenecen los convenios marco que se reservan exclusivamente la estructura retributiva –el concepto y estructura de las percepciones económicas, sin perjuicio del artículo 84.2⁴⁶, o la estructura y naturaleza de los distintos componentes de las retribuciones económicas que puede percibir el personal afectado, aun cuando pueden negociarse las cuantías de estas⁴⁷– reconociendo en ocasiones que los incrementos salariales quedan en manos de los niveles autonómicos y provinciales⁴⁸. Al segundo pertenecen, por su parte, los convenios marco que, aun declarando su respeto por el contenido del artículo 84, integran en sus listados también cuestiones cuantitativas: conceptos, estructura y cuantía de las percepciones económicas e incrementos, tanto las salariales como las no salariales, salvo las percepciones no cuantificadas numérica o porcentualmente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 84.1 y 2⁴⁹; conceptos, estructura de las percepciones económicas y la fijación del incremento salarial correspondiente a cada año de vigencia del convenio, dejando la concreción y aplicación a los convenios sectoriales de ámbito inferior, sin perjuicio del artículo 84.2⁵⁰; conceptos y estructura de las percepciones económicas, tanto las salariales como las no salariales, así como la tabla de salarios mínimos por categorías, sin perjuicio de los que establezca “en todo momento” el artículo 84.2, y mencionando entre las materias propias de los convenios de Comunidad Autónoma el establecimiento de las bandas salariales⁵¹; régimen salarial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo

2020); CC del sector de grandes almacenes (BOE de 11 de junio de 2021); XX CC general de la industria química (BOE de 19 de julio de 2021); CC estatal de perfumería y afines (BOE de 20 de agosto de 2019).

⁴³ Por ejemplo, CC de la industria azucarera (BOE de 21 de marzo de 2022) o CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE de 15 de enero de 2022); CC nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE de 23 de noviembre de 2021); CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémola (BOE de 11 de junio de 2021); VIII CC estatal del corcho (BOE de 14 de mayo de 2020).

⁴⁴ IV CC general del sector de la construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017); CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE de 6 de mayo de 2022).

⁴⁵ IV CC del sector de la madera (BOE de 27 de noviembre de 2012).

⁴⁶ V CC general de la industria salinera (BOE de 19 de enero de 2018).

⁴⁷ CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE de 9 de diciembre de 2021).

⁴⁸ CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE de 5 de mayo de 2022).

⁴⁹ IV CC general del sector de la construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017).

⁵⁰ IV CC estatal de la madera (BOE de 27 de noviembre de 2012).

⁵¹ V CC general de ámbito estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública (BOE de 7 de marzo de 2017).

84.2⁵²; el sistema salarial, la estructura de las percepciones económicas, la retribución de los trabajos especialmente tóxicos o peligrosos y los trabajos nocturnos, la definición de las horas extraordinarias no estructurales⁵³; estructura retributiva y salarios (bases, complementos, horas extraordinarias y trabajo a turnos)⁵⁴; criterios salariales⁵⁵; condiciones salariales mínimas⁵⁶ o salarios mínimos garantizados⁵⁷.

Aunque la adaptación a la reforma de 2021 va a ser, indudablemente, más sencilla en estos casos, los sujetos negociadores tienen por delante una tarea de renovación de sus proyectos articuladores que ya ha comenzado, por cierto, en sectores como el de industrias del frío industrial o el de desinfección, desinsectación y desratización, que reproducen la nueva literalidad del artículo 84.2 ET⁵⁸, declarando uno, no obstante, su aplicación con exclusión de cualquier otro⁵⁹, y otro, su carácter de norma mínima⁶⁰.

4. El artículo 84 y su interpretación como condicionante de la nueva relación entre convenios sectoriales y de empresa

Según se adelantó, la generalización de un modelo de descentralización articulada basado en el reparto material efectuado desde el convenio marco sigue encontrando, pese a los cambios que ha supuesto reforma laboral de 2021, obstáculos de diferente tipo: por un lado, la continuidad en el artículo 84.2 del ET, excepción hecha de la supresión de la anterior letra a), de idéntico régimen regulador de la prioridad aplicativa del convenio de empresa (IV.1); por otro, la persistencia del *prior in tempore* como regla general enunciada por el artículo 84.1 del ET y afectada por el complejo juego de los cambios de unidad de negociación, carentes de regulación legal adecuada, a la luz de una doctrina jurisprudencial que suscita numerosas dudas interpretativas, máxime tras la reforma del régimen legal de la ultraactividad (IV.2).

⁵² CC estatal de empresas de trabajo temporal (BOE de 28 de diciembre de 2018).

⁵³ CC del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (BOE de 30 de julio de 2013).

⁵⁴ CC estatal de las empresas de seguridad para el año 2022 (BOE de 12 de enero de 2022).

⁵⁵ IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (BOE de 12 de enero de 2022).

⁵⁶ CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE de 29 de julio de 2021).

⁵⁷ XX CC Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 19 de julio de 2021); CC estatal de perfumería y afines (BOE de 20 de agosto de 2019).

⁵⁸ CC de ámbito estatal para las industrias del frío industrial (BOE de 2 de junio de 2022); CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE de 6 de mayo de 2022).

⁵⁹ CC de ámbito estatal para las industrias del frío industrial (BOE de 2 de junio de 2022).

⁶⁰ CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE de 6 de mayo de 2022).

4.1. La pervivencia de la prioridad aplicativa del convenio de empresa

Como ha podido comprobarse, los negociadores son, con carácter general, plenamente conscientes de la necesidad de respetar en cualquier propuesta de articulación de la negociación colectiva lo dispuesto en el artículo 84.2. En lo sucesivo, ello seguirá siendo ineludible por lo que a las materias que permanecen en el precepto respecta y, también, por lo que se refiere a la nueva y acertada referencia a la corresponsabilidad.

De esta forma, puesto que tras la reforma los acuerdos y convenios del artículo 83.2 ET continúan sin poder disponer de la prioridad aplicativa del convenio de empresa y asimilados, habrá que considerar aplicable la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual el carácter de derecho necesario absoluto del artículo 84.2 en este punto justifica la declaración de nulidad de todas aquellas cláusulas del convenio marco que traten de cercenar la mencionada prioridad aplicativa. Así lo entendió la STS de 26 de marzo de 2014 (Rec. 129/2013), que sigue la estela de la STS de 22 de septiembre de 1998 (Rec. 263/1997) y las muchas que le siguieron declarando la nulidad de las cláusulas de los convenios marco que pretendían restringir las posibilidades de afectación del convenio supraempresarial superior por parte del inferior que se permitía en anteriores versiones del precepto. No obstante, dado que la indisponibilidad se refiere a la regla en sí, pero no a la reserva material, que constituye un mínimo de derecho necesario relativo para los convenios del artículo 83.2 (artículo 84.2 f), dicha reserva podrá ser ampliada por este tipo de instrumentos negociales.

Igualmente, será necesario tener presente que se mantiene la aplicación de la jurisprudencia que ha tratado de atemperar, por vías diversas, la prioridad aplicativa que el artículo 84.2 reconoce. Permanece la exigencia del principio de correspondencia entre el ámbito del convenio y la representatividad de los interlocutores sociales, que impide negociar –por todas, SSTS de 7 de marzo de 2012, Rec. 37/2011 y 20 de mayo de 2015, Rec. 6/2014, seguidas por muchas otras– convenios de empresa que afecten a varios centros de trabajo con representantes unitarios de uno de ellos. Del mismo modo, persiste la exclusión de la prioridad aplicativa de los convenios de ámbito inferior a la empresa (SSTS de 22 de septiembre de 2016, Rec. 248/2015; 10 de noviembre de 2016, Rec. 290/2015; 9 de mayo de 2017, 115/2016; o 27 de enero de 2022, Rec. 33/2020) y, desde luego, la interpretación estricta del reparto material efectuado, que ha llevado al Tribunal Supremo a confirmar que no están en el listado del precepto ni la determinación de la jornada máxima anual, que no puede confundirse con las normas sobre su distribución (horario); ni la duración de las vacaciones y los conceptos computables en su retribución; ni las mejoras prestacionales de la Seguridad Social; o las cláusulas de absorción y compensación (SSTS de 1 de abril de 2016, Rec. 147/2015 y 2 de diciembre de 2020, Rec. 86/2019)⁶¹.

⁶¹ La STS de 26 de julio de 2022 (Rec. 23/2021) entiende, sin embargo, que debe desplegarse la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial por tener carácter salarial el complemento reconocido en convenio sectorial reclamado –de carrera profesional y de sistema de incentivación profesional– y estar probado el pacto a nivel de empresa de un sistema retributivo integral “que superó entonces y supera actualmente

La interpretación estricta de las materias objeto de prioridad aplicativa llevaría a rechazar, además, posibles interpretaciones ampliatorias de otras cuestiones o apartados del precepto. Probablemente, vendría a descartar que la “adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras” implique la posibilidad de creación de nuevos grupos profesionales⁶². No cabe desconocer, con todo, que la clasificación profesional aconseja combinar una cierta homogeneidad –no en vano es una de las materias enumeradas en el artículo 84.4 ET– con las posibles adaptaciones a nivel de empresa⁶³. Homogeneidad porque de la clasificación profesional depende, además de la determinación del trabajo debido, la modificación de funciones y la formación y promoción profesional del trabajador. Y apertura a las adaptaciones porque en una materia directamente vinculada a la organización del trabajo en la empresa no tendría sentido vetarlas prohibiendo, por ejemplo, incorporaciones de especialidades profesionales que no se hayan previsto en el sector.

La necesidad de efectuar una interpretación estricta de las materias que pueden ser objeto de la prioridad aplicativa podría haber entrado en juego, además, de haberse mantenido en materia de modalidades de contratación la literalidad inicial del Real Decreto-ley 32/2021, en la que se aludía a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos”. Sin embargo, la vuelta, tras la revisión efectuada por el artículo cuarto del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, a la literalidad anterior (“La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa”) hace que dicho criterio interpretativo añada bastante poco en este caso. En efecto, en la interpretación de las remisiones del artículo 84 a las modalidades de contratación deben primar simplemente, como ya ocurría en las anteriores versiones del precepto, las normas del ET sobre modalidades de contratación, que especifican o concretan las reglas del artículo 84, actuando como *lex specialis* frente al mismo.

Queda por aclarar la legalidad de posibles afectaciones indirectas sobre materias en las que todavía existe prioridad aplicativa –el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos– del estilo a la que se producía en el caso enjuiciado por la STSJ de Navarra de 30 de julio de 2014 (Rec. 124/2014). La sentencia se refería a la regulación contenida en el convenio de Comercio de Alimentación de Navarra que establecía una jornada laboral de 1734 horas de trabajo efectivo, reducida a 1.540 horas para toda la plantilla de aquellas empresas que, por aplicación de un Convenio de diferente ámbito (esto es, también uno de ámbito empresa-

el régimen retributivo del convenio sectorial, incluyendo la dotación reiterada, habiéndose pactado expresamente por sus negociadores que no sería aplicable el régimen retributivo del convenio sectorial, ni tampoco cualquier concepto retributivo previsto en el mismo o cualquiera otro que se pudiera regular en el futuro”.

⁶² Defiende esta posibilidad, sin embargo, Muñoz Ruiz, A. B., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo de ámbito inferior a la empresa respecto al convenio de sector: dificultades y propuestas de solución”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 9, 2015, p. 9.

⁶³ Sala Franco, T., “Las claves para una reforma de la regulación de la movilidad funcional”, *Relaciones Laborales*, nº 16-17, 1993, p. 42.

rial), abonaren a sus trabajadores una retribución inferior a la establecida en las tablas salariales del Convenio Sectorial. En este supuesto, una interpretación estricta permitió al Tribunal negar que el convenio sectorial tratara de modificar la prioridad aplicativa, con apoyo en una literalidad legal que no parece impedir la posibilidad de utilizar la cuantía salarial como referente para regular la jornada efectiva, como hizo el convenio sectorial impugnado. Pues bien, cabría preguntarse si esta interpretación debería mantenerse, permitiendo al convenio sectorial modular la duración de la jornada en caso de que, por aplicación del convenio de empresa, fuese inferior, por ejemplo, la cantidad abonada en caso de realización de horas extraordinarias o la retribución del trabajo a turnos.

4.2. *La persistencia de la regla general de no afectación*

4.2.1. Los problemas aplicativos de la prohibición de concurrencia: en especial, su término final

La posibilidad de establecer una nueva relación entre el convenio sectorial y el convenio de empresa a la que apunta el Real Decreto 32/2021 queda mediatizada, en segundo lugar y sobre todo, por la pervivencia de la regla general en la materia, la prevalencia del convenio más antiguo, recogida en el artículo 84.1.

Pese a estar presente en el texto estatutario desde su redacción original, la aplicación de la garantía de no afectación sigue siendo controvertida: ya se ha hecho referencia a algunas de las dificultades que acompañan a la propia delimitación de la noción de afectación⁶⁴, pero son muchas más las que derivan de la complejidad del supuesto de hecho de la norma –referida, exclusivamente, a las situaciones de concurrencia conflictiva que se produzcan entre convenios estatutarios de ámbito distinto⁶⁵– y del efecto que debe provocar su incumplimiento, que no es la nulidad del convenio invasor, sino la declaración de su inaplicación⁶⁶. Con todo, los problemas más graves son los relativos al establecimiento de un “criterio de prioridad temporal” que exige determinar cuándo se inicia y cuándo finaliza la prohibición legal de concurrencia entre convenios colectivos estatutarios.

Efectivamente, por un lado, debe concretarse en qué momento un convenio colectivo se entiende vigente y puede reclamar para sí su prioridad frente a otros que pretendiesen disputarle su espacio aplicativo. A mi juicio, ese momento debería identificarse con el de la fecha de solicitud de inscripción en el registro de convenios, por ser un criterio que, pese a la relativa incomunicabilidad entre los distintos registros, respeta la autonomía colectiva de las partes negociadoras, constitucionalmente exigible, por cuanto la solicitud de inscripción registral corresponde a ellas (artículo 90.2 del ET) y, al tiempo,

⁶⁴ Ver, *supra*, apartado II, párrafo final.

⁶⁵ Ello supone, entre otras cosas, descartar su aplicación cuando no se produzca entre ambos convenios una múltiple coincidencia –espacial, objetiva, subjetiva y temporal– y una regulación contradictoria (por todas, STS de 24 de junio de 2008, Rec. 128/2007).

⁶⁶ Por todas, STS de 5 de octubre de 2021 (Rec. 4815/2018), con cita de jurisprudencia anterior.

cumple suficientemente con los principios de seguridad jurídica y de publicidad, al existir una prueba fehaciente y pública de la misma⁶⁷. Los tribunales, sin embargo, entienden, en ocasiones, que la fecha se corresponde con el efectivo fin de las negociaciones, esto es, con la fecha de la aprobación y firma del convenio por las partes en la comisión negociadora (por ejemplo, STS de 12 de junio de 2009, Rec. 83/2007), pese a los problemas que ello implica desde el punto de vista de la seguridad jurídica. En otros casos, mencionan la fecha de la publicación de los convenios colectivos concurrentes en el Boletín Oficial correspondiente (por ejemplo, SSTS de 7 de mayo de 1992, Rec.1755/1991, de 28 de noviembre de 2004, Rec. 5174/2003 o de 11 de febrero de 2014, Rec. 27/2013), pese a que se trata de un criterio que, aunque garantiza la seguridad jurídica, desatiende el necesario respeto a la autonomía colectiva y presenta el problema del carácter aleatorio de la fecha de publicación oficial del convenio colectivo, que depende de cada Boletín Oficial. Finalmente, existen supuestos en los que se atiende conjuntamente a los criterios de firma, acuerdo y fecha de publicación en el Boletín Oficial correspondiente (STS de 30 de junio de 2009, Rec. 91/2007).

Por otro lado, en relación con el término final de la no afectación, resulta preciso determinar desde cuándo el convenio que finaliza su vigencia pierde su prioridad, abriendo así la posibilidad de que otro, de ámbito distinto, entre en su espacio de regulación.

En principio, queda fuera de toda duda que, durante la vigencia inicialmente pactada por las partes, durante la vigencia prorrogada expresamente por ellas, o durante la vigencia prorrogada del artículo 86.2 del ET –que se asimila a la vigencia plena del convenio por voluntad de las partes– rige la prohibición de concurrencia de convenios (SSTS de 5 de junio de 2001, Rec. 2160/2000, de 9 de marzo de 2009, Rec. 70/2008 o de 27 de enero de 2022, Rec. 33/2022). Sin embargo, el tema se complica cuando se trata de determinar si la “vigencia” del artículo 84.1 del ET comprende también la prórroga ultraactiva del convenio prevista en el artículo 86.3 del ET.

Como regla general, el Tribunal Supremo ha mantenido tradicionalmente que la prohibición de concurrencia no se aplica a los convenios colectivos en situación de ultraactividad del artículo 86.3 del ET, ya que esta prórroga de efectos “no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal”, pues otra conclusión “supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes” (por todas, SS.TS de 2 de febrero de 2004, Rec. 3069/2002 o de 17 de mayo de 2004, Rec. 101/2003). No obstante, esta regla general se exceptuó con el fin de proteger la unidad de negociación inferior preexistente frente a su absorción por las de ámbito superior cuando la negociación de sustitución de aquella estuviese activa (“es cierto que en algunas sentencias de la Sala se admite la protección de la unidad de negociación anterior –la denominada «impermeabilización»–, cuando, expirada la vigencia del convenio y denunciado éste, se ha iniciado la negociación de otro

⁶⁷ Vid. Sala Franco, T.; López Terrada, E., “El inicio y el fin de la prohibición legal de concurrencia de los convenios colectivos estatutarios”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 249, 2022, y la doctrina que allí se cita.

convenio en la misma unidad (sentencia de 29 de enero de 1997) (...) “esta conservación de la unidad de negociación tenía la finalidad de proteger las unidades inferiores, para que éstas no quedaran absorbidas por las de ámbito superior (...) esa protección requiere además que la negociación esté activa”, STS de 17 de Mayo de 2004, Rec. 101/2003, por todas). La impermeabilización no dependía, pues, “de que las condiciones laborales reguladas en el convenio de ámbito superior puedan ser más beneficiosas en su conjunto para los trabajadores que las del convenio de ámbito inferior ... sino, exclusivamente, de que deba entenderse finalizado sin acuerdo el proceso negociador “activo” (...) de la norma convencional de inferior o más reducido ámbito territorial” (STS de 20 de junio de 2012, Rec. 31/2011).

La STS de 30 de diciembre de 2015 (Rec. 255/2014) admitió al respecto, sin embargo, y sin hacer distinciones, que “la prohibición de concurrencia persiste, una vez finalizada la vigencia del convenio y durante el periodo de ultraactividad del mismo, puesto que durante este periodo se mantiene la expectativa de la negociación de un nuevo convenio. La protección legal de la unidad de negociación no se refiere a un convenio aislado, sino a la unidad de negociación delimitada históricamente por la sucesión temporal de diversos convenios”. En realidad, dicha sentencia se refería al caso en el que no se ha pactado el mantenimiento de la vigencia tras la denuncia en el convenio y regía el régimen del artículo 86.3 del ET anterior a la reforma, y afirmaba que la prohibición de concurrencia subsiste durante el anterior período de ultraactividad de un año, ya que el precepto mantenía la vigencia del convenio durante ese período (salvo las cláusulas por las que se hubiera renunciado a la huelga) que, además, tiene por finalidad la negociación de un nuevo convenio. Ello le llevaba a entender que no es posible la secesión de partes del convenio o caída de una parte de esa unidad negociadora en el ámbito de otro convenio, anterior o posterior.

No se trataba ya, por tanto, de la protección de las unidades de negociación inferiores frente a su posible absorción por las de ámbito superior que, por lo demás, el Tribunal Supremo parecía reiterar en su sentencia de 13 de julio de 2017 (Rec. 246/2016), en la que se protegía al convenio de empresa de su absorción por el sectorial. Aun así, resultaba arriesgado hablar de un cambio en la orientación jurisprudencial “clásica” sobre el tema, fundamentalmente porque la sentencia de 30 de diciembre de 2015 no se planteaba un supuesto de concurrencia de convenios, sino que resolvía un caso relativo a la adecuación del ámbito funcional del CC general de la industria química. Pese a ello, esta fue la línea interpretativa seguida por la SAN de 24 de Abril de 2017 (proc. núm. 94/2017), confirmada por la STS de 12 de diciembre de 2018 (Rec. 166/2017), que sí resolvía la concurrencia entre un convenio estatal en situación de ultraactividad y otro convenio estatal posterior de ámbito funcional más reducido.

Con posterioridad, de lo dispuesto en la STS de 21 de enero de 2019 (Rec. 25/2018) resultaba posible deducir claramente, además, si bien sin ser el argumento que sostenía la *ratio decidendi*, que en caso de no regir el régimen legal, por haberse pactado la pervivencia de la vigencia del convenio tras su denuncia, también habría que entender que estamos ante situaciones en las que, con independencia de su duración, el convenio

ultraactivo se encuentra vigente a efectos de la prohibición de concurrencia mientras esté viva la negociación, aunque no se esté impermeabilizando una unidad inferior frente a su absorción por la superior. Sin embargo, podían mencionarse otras sentencias –como la de 24 de septiembre de 2018 (rec. 173/2017), relativa a un caso de transmisión de empresa– en las que el Tribunal continuaba manteniendo la tradicional falta de vigencia del convenio ultraactivo a efectos de la prohibición de concurrencia y el consiguiente cambio de unidad de negociación (a pesar de ser la unidad inferior la que se encontrase en situación de ultraactividad).

Este posible cambio en la orientación “clásica” implicaba aceptar que el convenio ultraactivo se encontraba siempre vigente a efectos de la prohibición de concurrencia (tanto durante el año del anterior artículo 86.3 como durante la vigencia prorrogada por voluntad de las partes) y equivalía a mantener la tesis de la impermeabilización si la negociación estaba activa con independencia de que el convenio denunciado fuese el de ámbito superior o el inferior. Era posible plantearse, en consecuencia, si esta nueva postura respetaba o no los argumentos que justificaban la tesis interpretativa “clásica”.

Sea como fuere, la STS de 5 de octubre de 2021 (Rec. 4815/2018) ha supuesto la vuelta a la posición interpretativa tradicional del Tribunal Supremo sobre el tema. En ella se indica que la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos se extiende durante la vigencia del convenio preexistente, entendida “como la referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al período posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 ET”. Este cambio de orientación –plenamente compatible con el nuevo régimen de la ultraactividad– plantea, no obstante, la duda de si la vuelta a la postura “clásica” comprende o no también la impermeabilización de las unidades inferiores de negociación antes descrita que esa tesis incluía. A mi juicio, ello no debería descartarse sin más, pese a que la rotundidad con la que se manifiesta la sentencia pudiera hacer pensar que la vuelta a la tesis clásica se ha hecho “sin fisuras”: primero, porque en el supuesto planteado era el convenio colectivo sectorial –no el de empresa, que además contenía una regulación menos favorable en materia de jornada– el que se encontraba en situación de ultraactividad; segundo, porque no cabe olvidar que la tesis tradicional –y, más concretamente, la STS de 17 de mayo de 2004, Rec. 101/2003, a la que la nueva sentencia refiere expresamente– partía de la base de que la finalidad de la prórroga del artículo 86.3 es cubrir vacíos normativos y no impedir el paso a las restantes unidades de negociación y pretendía originalmente proteger la libertad de elección de unidad de negociación consagrada en el artículo 83.1 ET y el derecho a la negociación colectiva de los sujetos legitimados en los niveles inferiores de negociación frente a su absorción por los niveles de ámbito superior, siempre que se haya iniciado y esté viva, lógicamente, la negociación de otro convenio en esa misma unidad inferior.

4.2.2. Cambios de unidad de negociación e incertidumbres acerca del convenio aplicable en materia salarial

Como se ha adelantado, únicamente si se consideran este tipo de problemas resultará posible determinar el convenio que regulará, en cada momento, las cuantías salariales. Por ello, sin perjuicio de la existencia de otras muchas cuestiones sin resolver, deberán tenerse en cuenta en lo sucesivo las siguientes:

- 1º. En primer lugar, resulta claro que, vigente un convenio sectorial anterior, únicamente rige la prioridad aplicativa del convenio de empresa posterior en las materias enumeradas en el artículo 84.2, entre las que ya no se encuentra la cuantía del salario base y de los complementos salariales. Pero, según acaba de indicarse, habrá que tener presente que el convenio de sector dejará de estar vigente tras la denuncia y, a partir de ese momento, puede entrar en su espacio de regulación cualquier convenio de ámbito distinto, incluyendo convenios de empresa, cuyas condiciones salariales podrán ser más o menos favorables que las fijadas en el sector (STS de 5 de octubre de 2021, Rec. 4815/2018).
- 2º. En segundo lugar, también parece fuera de toda duda que, si no existía un convenio marco en el que se hubiese pactado lo contrario, de lo dispuesto en el artículo 84.1 ET resulta que, si el convenio de empresa es anterior al de sector, sus cláusulas prevalecerán –todas– por tratarse del convenio primero en el tiempo. Ahora bien, en este caso habría que tener en cuenta lo siguiente:

De un lado, como en el caso anterior, habría que decidir qué sucederá cuando el convenio de empresa se encuentre en situación de ultraactividad, pues la jurisprudencia todavía no se ha pronunciado acerca de los cambios de unidad de negociación en estos casos, existiendo, como se ha dicho, dudas al respecto. Si no quedara “impermeabilizada” la unidad de empresa y fuera absorbida por la de sector, se generaría un escenario de oscilaciones en las cuantías salariales aplicables muy poco recomendable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Se ha propuesto, en consecuencia, retornar a la tesis de la STS de 30 de diciembre de 2015, permitiendo la impermeabilización de las unidades convencionales con expectativas de renegociación, sean inferiores o superiores, durante el plazo de un año desde la denuncia que el nuevo artículo 86.4 menciona⁶⁸. Ciertamente, ello terminaría con la incertidumbre que siempre ha rodeado la impermeabilización de las unidades inferiores, que se produce por un tiempo indeterminado –mientras la negociación esté “viva”–, pero crearía nuevos problemas, como los ya señalados respecto a la compatibilidad de la impermeabilización de las unidades de negociación superiores y el principio de libre elección de la unidad de negociación (artículo 83.1 ET) o el derecho a la negociación colectiva de los sujetos legitimados en los niveles inferiores de negocia-

⁶⁸ Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral...*, op. cit. p. 41-42.

ción frente a su absorción por los niveles de ámbito superior. Por ello, más que una nueva intervención judicial, sería preferible que se produjera una intervención legislativa en la materia que tuviera en cuenta estos y otros inconvenientes planteados por la regla del *prior in tempore*⁶⁹. Mientras ésta llega, y a falta de un nuevo acuerdo interconfederal para la negociación colectiva, corresponderá a los convenios marco de sector determinar las reglas que deben solucionar la concurrencia de convenios en materia salarial.

De otro lado, y en relación, precisamente, con la capacidad ordenadora del convenio marco, se plantea una duda relevante en supuestos como el analizado (convenio de empresa anterior al de sector, cuyas cláusulas prevalecen por ser el primero en el tiempo): si se negociara un convenio marco con posterioridad ¿pueden quedar afectados esos convenios de empresa anteriores?

En principio, cabría pensar, de mantenerse la tesis de la impermeabilización de las unidades inferiores de negociación, que ésta podría impedir la aplicación de lo dispuesto en el convenio marco mientras estuviese activa la negociación de sustitución. En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 2017 (Rec. 246/2016), mantuvo que el convenio marco sectorial no puede afectar a un convenio de empresa anterior que considera en vigor, pese a tratarse de un convenio de empresa ultraactivo en situación de vigencia prorrogada como consecuencia del régimen de ultraactividad pactado y en fase de renegociación no culminada. Según indica el Tribunal, cabe discutir hasta qué punto pudiera afectar este convenio sectorial a los sucesivos convenios de empresa que de futuro se pacten, pero ello no puede hacerse extensivo al que se había concertado con anterioridad en el seno de la empresa y que continua vigente “que fue acordado en base a unas reglas sobre la estructura de la negociación colectiva a las que no les resultaban de aplicación las previsiones del posterior convenio sectorial en esta materia, y por otra diferente unidad de negociación legitimada para ello conforme al art. 83 ET”.

Hay que tener en cuenta, no obstante, además de que no es clara la vigencia de la tesis de la impermeabilización de los niveles inferiores tras la STS de 5 de octubre de 2021, que el convenio marco, según ha reconocido el Tribunal con posterioridad, tiene la capacidad de secuenciar su entrada en vigor en los niveles inferiores de negociación a los que afecta, definiendo su concurrencia con los convenios precedentemente aplicados en cada territorio. De esta forma, como sucedió en el sector de restauración colectiva, es perfectamente posible que el convenio marco, al declarar que su aplicación se producirá cuando pierdan convenios anteriores su “vigencia inicial ordinaria” (es decir, cuando se agote el plazo fijado inicialmente para su duración), excluya el mantenimiento de los convenios anteriores en fase de ultraactividad (por todas, STS de 13 de enero de 2021, Rec. 191/2019, con cita de jurisprudencia anterior).

- 3º. Finalmente, y sin que sea este el lugar para tratar las nuevas reglas relativas al convenio colectivo de aplicación a las empresas contratistas y subcontratistas, sí debe subrayarse que el artículo 42.6 ET indica que, no obstante las reglas

⁶⁹ En este sentido, Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral de 2021...”, *op. cit.*, p. 137.

establecidas en su párrafo primero⁷⁰, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este “en los términos que resulten del artículo 84”. La literalidad de la norma, que envía al artículo 84 en su totalidad, ha llevado a la doctrina mayoritaria a entender que en estos casos no se están introduciendo excepciones a las reglas generales de concurrencia de convenios, por lo que la regla del *prior in tempore* podrá resultar de aplicación⁷¹. De este modo, la regulación salarial del convenio de la empresa contratista o subcontratista será la que deba aplicarse cuando se trate de un convenio de empresa primero en el tiempo, o también cuando no exista convenio de sector, o cuando el reparto material ideado en el convenio marco correspondiente lo permita, pues, según se ha indicado, todavía son muchos los que, ajustándose a la anterior literalidad del artículo 84.2, únicamente se reservan las cuestiones relacionadas con la estructura salarial. Hay que insistir, pues, en la importancia que presenta la articulación efectuada desde el sector, pues de ella va a depender la existencia de mínimos salariales que resulten de aplicación en él.

5. Conclusiones

El análisis realizado pone de manifiesto, en primer lugar, el relevante papel que están llamados a desempeñar –o a seguir desempeñando– los convenios o acuerdos marco del artículo 83.2. Es cierto que el actual contexto de inflación, y la consiguiente pérdida de poder adquisitivo que está produciendo, ha desdibujado lo que podría haber sido uno de los principales logros de la reforma, que pretendía evitar devaluaciones salariales promoviendo la fijación de mínimos salariales en el sector. También hay que admitir que los proyectos articuladores diseñados en los acuerdos marco pueden adaptarse al reparto material del artículo 84.2, pero, como se ha puesto de relieve, difícilmente pueden acabar con las incertidumbres y complejidades que derivan del *prior in tempore*, en especial por lo que se

⁷⁰ El artículo 42.6 ET establece en su párrafo primero que “El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”.

⁷¹ Entre otros, Nores Torres, L. E., La reforma del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, *Labos*, vol. 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, p. 80-81; De la Puebla Pinilla, A., “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”. En: Goerlich Peset, J. M.; Mercader Uguina, J.; De la Puebla Pinilla, A., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 147; Ballester Pastor, M. A., *La reforma laboral de 2021... op. cit.*, p. 166; o Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral... op. cit.* p. 54. Para Sala Franco, T., *La reforma laboral. La contratación temporal y... op. cit.*, p. 86, sin embargo, la finalidad de la reforma podía hacer pensar en una remisión al artículo 84.2 en exclusiva, de forma que, en materia salarial, por aplicación de dicho precepto, no se aplicará, salvo mayor favorabilidad, el convenio de la empresa contratista o subcontratista, sino el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la empresa principal.

refiere a los cambios de unidad de negociación. Sin embargo, a nadie escapa que, pese a ello, es muy amplio el margen con que cuentan los negociadores de los convenios marco.

Por un lado, pueden diseñar, a través de repartos materiales adecuados, una “correcta relación” entre convenios sectoriales y de empresa. En realidad, como constató en su momento el lejano AINC de 1997, es escaso el número de materias que debería reservarse a la regulación uniforme del convenio estatal de sector. Además, muchas veces son únicamente determinados aspectos de dichas materias los que deben “retenerse” a efectos de evitar devaluaciones o situaciones de *dumping*. En consecuencia, los convenios marco pueden favorecer la consecución de las dosis necesarias de flexibilidad permitiendo en las unidades empresariales, sin tratar de cerrarles el paso, negociaciones adaptativas o de mejora y, desde luego, la negociación de los aspectos organizativos que le son propios. Al margen de ello, los convenios y acuerdos del artículo 82.3 pueden colaborar en la conquista de la vieja aspiración de disminuir la centralidad de los niveles provinciales –cuya desaparición tajante podría crear problemas de cobertura– no limitándose a homogeneizar la regulación de materias básicas o a desempeñar un papel supletorio en lo no previsto en dichos niveles.

Por otro lado, los acuerdos y convenios del artículo 83.2 sí tienen la capacidad de paliar en parte, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente estudio, algunos de los problemas que derivan del *prior in tempore*. Ello es consecuencia, como es obvio, de su potencial para fijar reglas de concurrencia distintas, que serán las definitorias de la existencia o no de una “afectación” prohibida por parte de los convenios de ámbito distinto; pero también puede ser consecuencia de la negociación de cláusulas, expresamente admitidas por el Tribunal Supremo, que, al programar la entrada en vigor del convenio marco, haciéndola coincidir con el momento en que los convenios anteriores e inferiores pierdan su “vigencia inicial ordinaria”, solucionan el problema de la posible impermeabilización de dichos convenios anteriores en fase de ultraactividad.

Con todo, aunque la articulación de los niveles de negociación sea cuestión de la autonomía colectiva y ninguna modificación legislativa pueda racionalizar por sí misma la estructura negocial, lo cierto es que ciertas reformas del marco legislativo podrían facilitar su desempeño por parte de los agentes sociales. Ello exigiría repensar los repartos materiales actualmente existentes e intervenir en la solución de los complejos problemas que derivan del mantenimiento de la regla del *prior in tempore*, especialmente en el momento del cambio de unidad de negociación, o, incluso, debería conducir a una reformulación de las reglas de concurrencia de convenios.

En este difícil replanteamiento serían muchas las cuestiones a considerar. Así, no cabría ignorar que el objetivo último pasa por lograr que, a falta de resolución de los conflictos de concurrencia por parte de los propios interlocutores sociales, estos se solucionasen a partir de un reparto material que, sin necesidad de ser exhaustivo, garantizase la aplicación de ciertos contenidos mínimos del convenio sectorial –preferentemente estatal– en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito inferior. Como bien se apunta en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, entre estas cuestiones deberían encontrarse la jornada y los aspectos retributivos y salariales, pero, probablemente, también deberían encontrarse otras cuestiones “clásicas”, como la cla-

sificación profesional, u otras nuevas, como las medioambientales, ya presentes en sectores como la industria química. La reformulación de las reglas de concurrencia debería incidir, además, en la regulación de los descuelgues, cuyas causas resultan sin duda “excesivas”, ya que, como se advirtió, los descuelgues convencionales, llamados a tener un mayor protagonismo en lo sucesivo, también conceden preferencia aplicativa al nivel de empresa en una serie de materias. Y, desde luego, ningún replanteamiento de las reglas de concurrencia debería ignorar el “componente” autonómico y la relación entre convenios marco de distinto nivel, o las dificultades derivadas de una estructura eminentemente provincial como la española que, no hay que olvidar, propicia una poco deseable aparición de diferencias territoriales entre trabajadores de las mismas características.

6. Bibliografía

- AA.VV, “La reforma laboral (II): negociación colectiva, subcontratación y seguridad social”, en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-reforma-laboral-ii-negociacion-colectiva-subcontratacion-y-seguridad-social>.
- Ballester Pastor, M. A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- Cabeza Pereiro, J., “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET21*, nº 8, 2022.
- Consejo Económico Y Social, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2016*, Madrid, CES, 2017.
- Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *Labos*, Vol. 3, No. 1, 2022.
- De la Puebla Pinilla, A., “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”. En: Goerlich Peset, J. M.; Mercader Uguina, J.; De la Puebla Pinilla, A., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- López Terrada, E., *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Mariucci, L., *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985.
- Martín Valverde, A., “Artículo 84. Concurrencia”. En: E. Borrajo Dacruz, *et al.*, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, vol. II, Madrid, EDER-SA, 1985.
- Martín Valverde, A. “Estructura y proceso de la negociación colectiva”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº 18, 1992.
- Mercader Uguina, J., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”*, vol. 3, 2022.

- Muñoz Ruiz, A. B., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo de ámbito inferior a la empresa respecto al convenio de sector: dificultades y propuestas de solución”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 9, 2015.
- Nores Torres, L. E., La reforma del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, *Labos*, vol. 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022.
- Observatorio de la Negociación Colectiva, *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Madrid, Lefebvre-El Derecho, 2016.
- OIT, *La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado*, 1ª ed., Atar, Ginebra, 1974.
- Rodríguez Piñero, M., “La problemática estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 3, 1996.
- Saez Lara, C., “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022.
- Sala Franco, T., “Artículo ochenta y tres. Unidades de negociación. En: I. Albiol Montesinos et al., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, Edersa, 1981.
- Sala Franco, T., “Las claves para una reforma de la regulación de la movilidad funcional”, *Relaciones Laborales*, nº 16-17, 1993.
- Sala Franco, T., *Guía de la negociación colectiva 2018*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2018.
- Sala Franco, T., *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Sala Franco, T.; López Terrada, E., “El inicio y el fin de la prohibición legal de concurrencia de los convenios colectivos estatutarios”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 249, 2022.
- Todoí Signes, A., “La devaluación salarial se mantiene: análisis de la reforma laboral de 2021 desde la perspectiva salarial en un contexto de inflación desbocada y propuestas de cambio”, *Labos*, en prensa, 2022.
- UGT, *Afectación práctica de la reforma laboral a las empresas multiservicios*, en <https://static.eldiario.es/eldiario/public/content/file/original/2022/0202/17/impacto-de-la-reforma-laboral-en-empresas-multiservicios-ugt-ce55c14.pdf>
- UGT, “Análisis del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. Una nueva perspectiva en la negociación colectiva: la reforma laboral de diciembre del 2021”, Apuntes, nº 40, 24 de enero de 2022.
- Valdés Dal-Ré, F., “Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva”, *Revista de Política Social*, nº 137, 1983.
- Vivero Serrano, J., “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, disponible en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Juan-vivero.pdf>, enero de 2022.
- Windmuller, J. P., *Nueva consideración de la negociación colectiva en países industrializados*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

El correo electrónico como medio de prueba en el proceso laboral*

The email as a mean of evidence in the labour process

Francisco Andrés Valle Muñoz**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social****

Acreditado a Catedrático de Universidad.

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

ORCID ID: 0000-0002-7468-0796

Recibido: 2/9/2022

Aceptado: 11/10/2022

doi: 10.20318/labos.2022.7369

Resumen: En el presente estudio se aborda el valor del correo electrónico como medio de prueba en el proceso laboral sobre la base de analizar tres temas: el primero de ellos es la licitud de este medio de prueba cuando el correo electrónico se obtiene con vulneración de derechos fundamentales del trabajador; el segundo tema es su naturaleza jurídica, y concretamente su calificación como prueba documental y no como prueba electrónica; y el tercer tema es su eficacia probatoria y la necesidad de acudir a otros medios de prueba alternativos para constatar la autenticidad e integridad del correo electrónico en el proceso cuando el mismo ha sido impugnado en el acto de juicio por la parte a quien perjudica.

Palabras clave: Correo electrónico, medio de prueba, proceso laboral.

Abstract: In this study, we analyse the value of electronic mail as a means of proof in the labour process. For this, we study three issues: the first one is the legality of this proof, when the information contained in them violates fundamental rights of the worker. The second issue is the legal nature of this means of proof and its qualification as a documentary evidence and not as an electronic evidence. The third issue is the effectiveness of electronic mail and the use of other alternative means of proof to verify its authenticity and integrity in the process when the person who harms it challenges this proof in the act of trial.

Keywords: E-mail, mean of evidence, labour process.

*El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: “Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio” (2021-2025) a cargo del Ministerio de Ciencia e Innovación y con número de referencia: PID2020-115304GB-C21.

**francisco.valle@upf.edu

***Miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya: “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

1. Introducción

El artículo 2 h) de la Directiva 58/2002/CE, de 12 de julio, sobre privacidad de las comunicaciones electrónicas, define el correo electrónico como: “*todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo*”, por lo que, desde un punto de vista técnico, es un fichero guardado en un dispositivo de almacenamiento masivo de la red o en el disco duro de un servidor que permite el envío y recepción de mensajes y archivos adjuntos entre distintos usuarios¹.

En todo correo electrónico cabe diferenciar dos partes: una es el mensaje comunicado, con sus adjuntos o anexos (texto, archivos, audio, video, fotos), y la otra está integrada por los datos de tráfico, que son los que indican el origen de la comunicación, el destino, la fecha, la hora y la duración, el equipo y la localización de la comunicación, entre otros datos².

En aquellos casos en que la empresa facilita a sus trabajadores una cuenta corporativa de correo electrónico para su uso profesional, será posible dotar de eficacia jurídica a los correos electrónicos enviados desde esa dirección o recibidos a la misma como medio prueba en un proceso laboral, principalmente para justificar la sanción empresarial ante un eventual incumplimiento contractual del trabajador por el uso indebido de dicha cuenta.

En esta materia, tres han sido los temas que merecen especial atención desde un punto de vista jurídico procesal: el primero de ellos es el relativo a obtención del correo electrónico y concretamente a la licitud de este medio de prueba cuando la información contenida en los mismos se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal, o el derecho al secreto de las comunicaciones, así como los efectos que ello comporta a nivel procesal.

El segundo tema está relacionado con la aportación del correo electrónico al proceso, lo que nos lleva a abordar la naturaleza jurídica de los mismos y concretamente su calificación como prueba electrónica o como prueba documental, cuestión sobre la que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse afirmando que estamos ante una prueba documental que legitima la revisión de los hechos declarados probados en una sentencia a través de los recursos de suplicación y de casación ordinaria.

Y el tercer tema está relacionado con la eficacia probatoria y la valoración judicial de los correos electrónicos y más específicamente con los medios alternativos de prueba sobre la autenticidad e integridad de los mismos, cuando son impugnados en el seno del proceso laboral por la parte a quien perjudican. En este punto merece especial atención

¹ González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2019, pp. 3 y ss.

² Armenta Deu, T., “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, UOC, nº 27, 2018, pp. 1 y ss.

la prueba de interrogatorio de parte, la prueba de interrogatorio de testigos, la de reconocimiento judicial, y muy especialmente la prueba pericial informática.

2. La obtención del correo electrónico: la licitud de la prueba

2.1. La licitud de la prueba y su tratamiento jurídico procesal

El artículo 24.2 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en un proceso judicial para articular la defensa y formar la convicción del juzgador. Pero el ejercicio de ese derecho debe limitarse a la práctica de la prueba lícita, es decir, aquella que no se haya obtenido o se haya incorporado al proceso con vulneración de derechos fundamentales.

Por tal motivo el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone que: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. Y de manera paralela, el artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) señala que: “*No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas*”.

Aunque el artículo 11.1 de la LOPJ alude a “*derechos o libertades fundamentales*”, se impone una interpretación estricta de lo que el legislador entiende por “*derechos fundamentales*” cuya violación genera la ilicitud de la prueba y serían concretamente los contenidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE. Se trata por tanto de los “*derechos fundamentales y libertades públicas*”, con exclusión de los derechos contenidos en la Sección 2ª, cuya rúbrica es la de: “*derechos y deberes de los ciudadanos*”, ya que, de no ser así, sería difícil justificar la limitación del derecho a la prueba (que también es un derecho fundamental), por otro derecho de un rango constitucional inferior. Quedan por tanto excluidos los derechos constitucionales que no sean derechos fundamentales³.

El artículo 90.2 de la LRJS recuerda que la ilicitud de una prueba podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la misma una vez admitida. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan llevar a cabo en el acto del juicio sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a

³ Lousada Arochena, J.f., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, 2006, pp. 1 y ss.; Gil Plana, J., *La prueba en el proceso laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 202 y ss.

reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia⁴.

Y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que es de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Cuarta de la LRJS, prevé de manera similar en su artículo 287, el incidente que ha de seguirse en el proceso civil cuando en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales.

De ambos preceptos se desprende que, si la ilicitud resulta clara, el juzgador debe inadmitir la prueba, sin perjuicio del oportuno recurso de reposición contra la resolución de inadmisión por la parte perjudicada. Pero también es cierto que, si le ofrece dudas, no admitirla podría vulnerar el derecho a la prueba, de ahí la conveniencia de su admisión, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda efectuar la oportuna protesta en el acto de juicio a los efectos del posterior recurso contra la sentencia, una vez ésta hubiera sido dictada⁵.

Esta prohibición de admitir en el seno del proceso pruebas que hayan vulnerado derechos fundamentales se fundamenta en la posición preferente de éstos en el ordenamiento jurídico en su condición de derechos inviolables, de modo que, admitida la ilicitud de una prueba, la consecuencia será la eliminación de la misma del proceso, no debiendo tenerla en consideración el juez a ningún efecto.

En cualquier caso, para que una prueba sea calificada de ilícita, será necesaria la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, que se haya vulnerado algún derecho fundamental sin que sea suficiente que en el control empresarial que está en el origen se pueda haber cometido alguna irregularidad; y en segundo lugar que exista una conexión funcional entre la vulneración del derecho fundamental y el resultado probatorio⁶.

Por otra parte, un análisis de los supuestos de licitud probatoria en el proceso laboral pone de manifiesto dos datos: el primero de ellos es que la prueba ilícita se obtiene en un momento previo al proceso, y como consecuencia del ejercicio del poder empresarial de control de la relación laboral. Y el segundo dato es la desigualdad real existente entre las partes contractuales, circunstancia ésta que hace que los poderes empresariales de control facilitados por las nuevas tecnologías, puedan fomentar situaciones de abuso.

Desde esta perspectiva se ha afirmado que, aunque la prohibición de la prueba ilícita en el proceso laboral se proponga como una regla de alcance procesal, en realidad se trata de una aplicación más de la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación de trabajo que impone tener en cuenta la desigualdad de origen existente entre empresario y el trabajador, desigualdad que ha de reequilibrarse de forma patente en el proceso de trabajo⁷.

⁴ Véase: Aramendi Sánchez, J.p., “Comentarios al artículo 90 de la LRJS”, en AA.VV. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 648 y ss.

⁵ Lousada Arochena, J.f., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, ob. cit. p. 5.

⁶ Muñín Sánchez, L.m., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, en AA.VV. *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho español y comparado*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 341 y ss.

⁷ Baylos Grau, A., “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en AA.VV. *La prueba en el proceso laboral*, CGPJ, 1998, p. 245; DEL REY GUANTER, S.,

2.2. Los derechos fundamentales afectados

Los principales derechos fundamentales que pueden verse afectados por el control empresarial del uso indebido de la cuenta corporativa de correo electrónico puesta a disposición del trabajador son: el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal, y el derecho al secreto de las comunicaciones⁸.

El derecho fundamental a la intimidad, previsto en el artículo 18.1 de la CE, es aquél que protege la dimensión íntima de las personas. Al respecto, la doctrina constitucional⁹ ha afirmado que: “la función del derecho fundamental a la intimidad es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”. Se trata de un derecho que confiere el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, pese a su estrecha vinculación con el derecho a la intimidad, es sin embargo un derecho autónomo, con una regulación propia en el artículo 18.4 de la CE. En este punto, la doctrina constitucional¹⁰ ha insistido en que es un derecho que: “persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado”. Se trata de un derecho que confiere un poder de disposición sobre los datos personales y que permite también al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Y el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, previsto en el artículo 18.3 de la CE, es un derecho que, tal y como expresa la doctrina del Tribunal Constitucional¹¹: “consagra la libertad de las comunicaciones implícitamente y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas”. Por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones tiene el objetivo de proteger las comunicaciones frente a

“Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales en el proceso laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 37, 1989, pp. 65 y ss.; García-Perrote Escartín, I., *La prueba en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 139 y ss.

⁸ Salas Velasco, A.c., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, CEJFE, Barcelona, 2019, p. 230; Munín Sánchez, L.m., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, ob. cit. pp. 333 y ss.; Bonilla Blasco, J., “Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 13, 2001, pp. 1177 y ss.; Armenta Deu, T., “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre”, ob. cit. pp. 1 y ss.

⁹ STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000.

¹⁰ STC 29/2013 de 11 de febrero de 2013.

¹¹ STC 123/2002 de 20 de mayo de 2002.

cualquier interferencia o intromisión ilegítima por terceros ajenos a la comunicación, pero no impide que el destinatario divulgue el contenido del mensaje.

Como puede comprobarse, se trata de una materia en la que entran en conflicto ciertos derechos fundamentales del trabajador frente al derecho constitucional a la libertad de empresa. Y a la hora de proteger estos derechos fundamentales, los tribunales debieran hacerlos prevalecer frente a la potestad de control del empresario.

2.3. El tratamiento jurisprudencial

El control empresarial sobre el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores (especialmente el correo electrónico) ha dado pie a una importante jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos los cuales han fijado las reglas y criterios interpretativos a tener en cuenta a la hora de valorar si existe un adecuado equilibrio entre el control de la actividad laboral y el respeto a los derechos fundamentales del trabajador¹², y que interesa abordar antes de efectuar cualquier reflexión sobre la licitud de los correos electrónicos aportados al proceso como medio de prueba.

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo¹³ en materia de control empresarial sobre el uso de los medios electrónicos por parte los trabajadores puede resumirse del siguiente modo: a) el trabajador tiene derecho a que se respete su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empresario; b) la empresa debe dejar claro e informar al trabajador que el contenido del ordenador o de las comunicaciones puede ser examinado, de donde se desprende la necesidad de que haya una política de uso y control de las herramientas informáticas; c) son válidas las prohibiciones absolutas del uso personal de las herramientas informáticas, y esta prohibición absoluta descarta cualquier margen de tolerancia para el uso personal del correo electrónico y rompe toda expectativa de intimidad, al tiempo que comporta la implícita advertencia sobre su posible control y neutraliza igualmente el secreto de las comunicaciones; d) a la hora de llevar a cabo el control empresarial se debe tener en cuenta el conocido test de proporcionalidad, de modo que dicho control sólo será constitucional cuando tal medida sea idónea para conseguir el objetivo propuesto, cuando sea necesaria por no existir otra medida más moderada o menos lesiva, y finalmente cuando sea equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo¹⁴ entiende que incurre

¹² López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, en AA.VV. *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías, estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 387 y ss.

¹³ Entre otras: STS de 26 de septiembre de 2007 (Rº. 966/2006, Sala de lo Social); STS de 8 de marzo de 2011 (Rº. 1826/2010, Sala de lo Social); STS de 6 de octubre de 2011 (Rº. 4053/2010, Sala de lo Social); y STS de 8 de febrero de 2018 (Rº. 1121/2015, Sala de lo Social).

¹⁴ STS de 22 de abril de 2021 (Rº. 715/2020, Sala de lo Social).

en delito de descubrimiento y revelación de secretos el empresario que accede a la cuenta personal de correo electrónico del trabajador sin su conocimiento.

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, éste también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto¹⁵. A juicio de este Tribunal, es perfectamente admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales y al principio de proporcionalidad. Además, según el alto Tribunal no puede haber expectativa razonable y fundada de intimidad cuando exista una prohibición convencional del uso extra laboral de los medios informáticos que lleva implícito el poder fiscalizador del empresario. Ello significa que, si el convenio colectivo aplicable tan sólo permite el uso del correo electrónico por parte del trabajador con fines profesionales y no personales, el poder de control empresarial “ex” artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) puede legítimamente ejercerse, y el acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reuniría las exigencias requeridas por el juicio de proporcionalidad¹⁶.

Por lo que se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, existen varios pronunciamientos de interés¹⁷. Con carácter general este Tribunal¹⁸ ha censurado la recogida y almacenamiento de información efectuada por la empresa sobre correos electrónicos sin que el trabajador lo supiera ya que esa conducta implica una injerencia en la vida privada y en la confidencialidad de la correspondencia. Entiende este Tribunal que los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo están incluidos en el ámbito de protección del artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por cuanto pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada.

En otros pronunciamientos¹⁹ este mismo Tribunal ha aceptado el control empresarial del uso privado de las herramientas informáticas puestas a disposición de sus trabajadores cuando la empresa lo había prohibido expresamente. Si bien ha precisado

¹⁵ STC 241/2012 de 17 de diciembre de 2012 y STC 170/2013 de 7 de octubre de 2013.

¹⁶ Véase: Monereo Pérez, J.I., Lopez Insúa, B., “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, 2014, pp. 19 y ss.; Rodríguez Escanciano, S., “El control empresarial del correo electrónico de los trabajadores: posibilidades y límites (a propósito de la STC de 7 de octubre de 2013)”, *Relaciones Laborales*, nº 10, 2014, pp. 125 y ss.; Richard González, M., “Reglas para la investigación forense y aportación como prueba al proceso de correos y mensajes electrónicos del trabajador”, *Diario La Ley*, nº 9323, 2018, pp. 6 y ss.; Carrasco Durán, M., “El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2014, pp. 1 y ss.

¹⁷ Richard González, M., “Reglas para la investigación forense y aportación como prueba al proceso de correos y mensajes electrónicos del trabajador”, *Diario La Ley*, nº 9323, 2018, pp. 9 y ss. Pérez De Los Cobos Orihuel, F., García Rubio, M.a., “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 196, 2017, pp. 41 y ss.

¹⁸ STEDH de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido).

¹⁹ STEDH de 12 de enero de 2016 (caso Barbulescu contra Rumanía).

en pronunciamientos posteriores²⁰ que cualquier fiscalización de este tipo debería tener en cuenta: a) si el empleado fue informado por su empresa de que existían medidas de vigilancia de sus comunicaciones; b) cuál fue el alcance de la supervisión realizada y si se limitó a constatar el flujo de comunicaciones o si se accedió también a su contenido; c) si existía una justificación empresarial para la vigilancia efectuada; d) si existían medios menos intrusivos que los utilizados por el empresario para conseguir el objetivo propuesto; e) cuál fue el uso que hizo el empresario de la información obtenida; y f) las garantías ofrecidas al trabajador, incluida la información previa de la posible revisión.

Por último, este Tribunal también ha señalado que si la empresa ha negociado protocolos de uso de dispositivos digitales que permiten el uso privado por parte de los trabajadores, le sería posible acceder y abrir los archivos profesionales que estén almacenados en el disco duro de los ordenadores cuando no estén identificados correctamente como privados²¹.

2.4. El tratamiento normativo

Actualmente, y desde un punto de vista estrictamente legal, el control empresarial del uso de dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores viene contemplado en el artículo 20.3 del ET, según el cual, el empresario podría adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y de control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad. Y según el artículo 20.bis del ET los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Ello significa que cuando estos derechos fundamentales del trabajador están en juego, tanto la obtención como la aportación de las preceptivas pruebas por parte del empresario en el seno del proceso laboral, deberá ser respetuosa con la normativa reguladora de los mismos y especialmente con la normativa reguladora de la protección de datos personales, contenida en el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea, de 27 de abril, sobre protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y la libre circulación de los mismos (RGPD), y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)²², norma ésta última, que ha establecido una regulación específica en su artículo 87.

²⁰ STEDH de 5 de septiembre de 2017 (caso Barbulescu II).

²¹ STEDH de 22 de febrero de 2018 (caso Libert contra Francia).

²² Salas Velasco, A.C., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, ob. cit. pp. 223 y ss. López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 387 y ss.

El artículo 87 de la LOPD con el título: “*Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral*”, señala expresamente que los trabajadores tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empresario. Éste podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de garantizar la integridad de dichos dispositivos. Los empresarios también deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente y en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. Además, el acceso por el empresario al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Y los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se ha hecho referencia.

Sobre esta premisa, el artículo 87.2 de la LOPD reconoce al empresario un poder de acceso al contenido de las cuentas corporativas de correo electrónico puestas a disposición de los trabajadores exclusivamente con dos objetivos: controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales, y/o garantizar la integridad de las mismas. Con ello el legislador traslada a la norma, lo que los tribunales habían dado en llamar la “justificación legítima” para que el empresario pudiera acceder a los dispositivos digitales que utilizaban los trabajadores impidiendo con ello un acceso injustificado, indiscriminado o constante.

Pero dicho control no es ilimitado, de modo que para verificar si la prueba obtenida mediante la actuación controladora del empresario vulnera o no el derecho fundamental a la intimidad del trabajador afectado, habrá que estar a los límites dispuestos por la norma. Y según la ley, es requisito imprescindible que la prohibición o admisión del uso privado del correo electrónico haya sido comunicada de manera previa a los trabajadores, en lo que vendría a ser un deber empresarial de información.

Ello significa que, si los criterios de uso del correo electrónico (en cuya elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores) se limitan exclusivamente al ámbito profesional, el empresario, deberá respetar los estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente.

Y si los criterios de uso permiten la utilización del correo electrónico con fines privados, la consecuencia será que el empresario deberá especificar los usos autorizados y establecer las garantías precisas para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que el correo electrónico podrá utilizarse para fines privados²³.

²³ Richard González, M., “Reglas para la investigación forense y aportación como prueba al proceso de correos y mensajes electrónicos del trabajador”, ob. cit. pp. 9 y ss.

En consecuencia, la licitud de la prueba obtenida mediante el control del uso de la cuenta de correo electrónico por los trabajadores dependerá de si el empresario admite o no el uso de la misma para fines estrictamente profesionales o, por el contrario, también lo admite para fines privados²⁴.

En el supuesto en que el empresario solo admita su uso para fines estrictamente profesionales, el trabajador no tendrá derecho a utilizarla para fines privados, y al no existir una situación de tolerancia del uso personal, no habrá una expectativa razonable de intimidad o de respeto al secreto de las comunicaciones²⁵. La expresa prohibición del uso extra laboral de la cuenta corporativa de correo electrónico, y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaría implícita la facultad empresarial de controlar su utilización al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, y, en consecuencia, la prueba obtenida sería plenamente lícita²⁶.

Y para el supuesto de que el empresario permita el uso privado de la cuenta corporativa de correo electrónico, la información deberá ser más detallada incluyendo el derecho de los trabajadores al uso personal y concretando las garantías que los mismos tienen al respecto. Con ello el legislador ha reforzado el estándar de intimidad del trabajador, y la delimitación de dicho espacio será decisiva a la hora de valorar si el procedimiento de control de la cuenta de correo electrónico para la obtención de la prueba ha sido o no respetuoso con el derecho a la intimidad del trabajador.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que la licitud de los correos electrónicos como medio de prueba dependerá en última instancia del respeto a los límites antes descritos en los términos expresados por el artículo 87 de la LOPD y precisados por la jurisprudencia a la que hemos hecho referencia²⁷.

En cualquier caso interesa recordar que cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos en cualquier tipo de soporte que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados, a través del juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación, aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos en su caso (artículo 90.4 de la LRJS).

Y si como resultado de las medidas anteriores se obtuvieran datos innecesarios, ajenos a los fines del proceso o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o a libertades públicas, se resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados (artículo 90.6 de la LRJS).

²⁴ López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 397 y ss.

²⁵ STS de 6 de octubre de 2011 (Rº. 4053/2010, Sala de lo Social).

²⁶ STC 170/2013 de 7 de octubre de 2013.

²⁷ López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, ob. cit. pp. 393 y ss.

3. La aportación del correo electrónico al proceso: la naturaleza jurídica de la prueba

3.1. La necesaria identificación de la naturaleza jurídico probatoria del correo electrónico

Según el artículo 90.1 de la LRJS, las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren “*regulados en la Ley*” para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos.

Los medios de prueba “*regulados en la Ley*” y admisibles en el proceso laboral son los descritos, con carácter general, en el artículo 299.1 de la LEC, y concretamente: el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial, y el interrogatorio de testigos.

Pero el artículo 90.1 de la LRJS también admite los medios electrónicos antes descritos, y de hecho el artículo 299.2 de la LEC, señala que también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. Este precepto reconoce a la prueba electrónica como un medio de prueba autónomo cuya regulación se desarrolla en los artículos 382 y 383 de la LEC con la terminología legal de “*instrumentos de filmación, grabación y semejantes*”, y en el artículo 384 de la LEC con la denominación de “*instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso*”.

En el proceso laboral suele ser habitual que las partes aporten al acto de juicio los mensajes de correo electrónico que han enviado o recibido, bien mediante la impresión en papel de su contenido, o bien mediante la transcripción en papel de dichos mensajes²⁸. Siendo ello así, se ha discutido cuál sería el régimen jurídico aplicable a los correos electrónicos que se aportan impresos al proceso y si los mismos han de ser considerados como una prueba documental o si por el contrario nos encontramos ante una prueba electrónica o digital.

La cuestión sobre la naturaleza jurídico probatoria del correo electrónico no es baladí si se tiene en cuenta que la consideración de los correos electrónicos como una prueba documental o como una prueba electrónica tendrá un efecto directo en la posibilidad de revisar los hechos declarados probados en una sentencia a través del recurso de suplicación o del recurso de casación ordinario.

Y es que según el artículo 193.b) de la LRJS, el recurso de suplicación tendrá por objeto “*revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y peri-*

²⁸ Barrios Baudor, G., “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 415, 2017, pp. 31 y ss.

ciales practicadas”, sin hacer mención a la prueba electrónica. Y según el artículo 207.d) de la LRJS, el recurso de casación habrá de fundarse en un error en la apreciación de la prueba “*basado en documentos obrantes en autos que demuestren la equivocación del juzgador*”, sin hacer tampoco mención a la prueba electrónica.

De esta regulación se desprende que, si el correo electrónico se considera una prueba electrónica o digital, el mismo no sería hábil a los efectos de articular una revisión de los hechos declarados probados en la sentencia a través del recurso de suplicación o de casación ordinaria. Por el contrario, de entenderse que es una prueba documental, sí que tendrían eficacia revisoria.

3.2. El correo electrónico como prueba electrónica o digital

La mayoría de la doctrina científica²⁹ ha entendido que el correo electrónico es un medio de prueba electrónico o digital y no un documento, de donde se desprende que no sería hábil a efectos de revisar los hechos declarados probados en una sentencia a través de los recursos de suplicación o de casación.

Ello sería así porque, como vimos, en todo correo electrónico cabe diferenciar dos partes: el mensaje comunicado, con sus archivos adjuntos (de texto, audio, video, fotos, etc.); y los datos de tráfico, que son los que indican el origen de la comunicación, el destino, la fecha, la hora y la duración, el tipo, el equipo y la localización de la comunicación, entre otros. Y, en sentido amplio, el correo electrónico sería un medio de prueba electrónico, al incluir una información producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos.

La doctrina judicial³⁰ también ha entendido de manera mayoritaria, que los correos electrónicos no son un medio hábil a los efectos de revisar los hechos declarados probados de una sentencia a través del recurso de suplicación, al no tener la naturaleza jurídica de un documento. El argumento utilizado es que las comunicaciones entre las partes remitidas por vía telemática, como son los correos electrónicos, no constituyen una prueba documental que permita concluir de forma clara y absolutamente incontrovertida, los asertos que contienen.

Estos medios de comunicación no hacen otra cosa que reflejar las comunicaciones que las partes intercambian entre sí, y como tales, pueden ser objeto de valoración en la fase de instancia, en donde el juzgador puede contrastar su contenido y considerarlo acreditado mediante la valoración de otras pruebas, especialmente la testifical o los interrogatorios, pero no pueden considerarse una prueba documental fehaciente a los efectos del artículo 193.b) de la LRJS.

²⁹ González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 3 y ss.; BARRIOS BAUDOR, G., “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 31 y ss.

³⁰ STSJ de Madrid, de 20 de abril de 2017 (Rº. 978/2014); STSJ de Madrid, de 29 de noviembre de 2017 (Rº. 1039/2017); STSJ de Cantabria, de 1 de febrero de 2019 (Rº. 858/2018); STSJ de Galicia, de 28 de marzo de 2019 (Rº. 2467/2018); STSJ de Madrid, de 29 de marzo de 2019 (Rº. 514/2018); STSJ de Galicia, de 24 de julio de 2020 (Rº. 4949/2019).

Entienden estos pronunciamientos que el correo electrónico no constituye un documento fehaciente dotado de la eficacia y valor probatorio que impone el artículo 326 de la LEC ni por lo tanto constituye un instrumento hábil a los efectos de fundamentar la alteración de los hechos probados de la sentencia de instancia. Se trata de la expresión escrita de las declaraciones de un tercero, que no pierden este carácter de manifestación personal por el hecho de haberse plasmado por escrito.

En definitiva, constituyen un testimonio documentado y por lo tanto sujeto a la libre apreciación y exclusiva valoración del órgano jurisdiccional de instancia, pudiendo ser valorado con el resto y en conjunto con los demás elementos probatorios aportados al acto del juicio oral dentro de los parámetros y facultad que otorga el artículo 97.2 de la LRJS, pero en cuyo ámbito el recurso de suplicación no podría entrar.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo³¹ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la prueba electrónica y su consideración o no como prueba documental a los efectos de articular la revisión de los hechos declarados probados en una sentencia mediante el recurso de suplicación. Y en este punto ha señalado que la prueba electrónica prevista en los artículos 382 a 384 de la LEC (y concretamente los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido) no tiene la consideración de prueba documental y por tanto no sería hábil a los efectos revisorios antes indicados. La construcción del Tribunal Supremo, descansa sobre dos hilos argumentales:

En primer lugar, en la regulación y el tratamiento separado que la LEC dispensa a la prueba electrónica (arts. 382 a 384) respecto de la prueba documental (arts. 317 a 334), y es que limitándose la ley procesal laboral a establecer en el artículo 90 que se admiten como prueba los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, sin establecer cuál es su naturaleza y qué tratamiento ha de dárseles, habrá que acudir a lo dispuesto en la LEC, y en este sentido, el artículo 299.2 de la LEC ha dado un tratamiento autónomo a estos medios, diferenciándolos así de la prueba documental prevista en el apartado primero, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental ha de efectuarse de forma restrictiva.

Además, la diferencia entre una y otra se aprecia no solo en la forma de aportación de la prueba documental frente a la prueba electrónica o digital (“ex” artículos 265, 267, 268, 270 y 273 de la LEC)³², sino también en la práctica de dichas pruebas, ya que mientras que en la prueba documental ha de darse traslado a las partes en el acto del juicio, la

³¹ STS de 16 de junio de 2011 (Rº. 3983/2010, Sala de lo Social) y STS de 26 de noviembre de 2012 (Rº. 786/2012, Sala de lo Social).

³² El artículo 265 de la LEC, al disponer los documentos, escritos u objetos que han de acompañar a la demanda, distingue en el apartado 1º: “*los documentos en que las partes funden su derecho*” y en el apartado 2º: “*los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, si en ellos se fundaran las pretensiones*”. Los artículos 267 y 268 establecen la forma de presentación de documentos públicos y privados, no resultando estos preceptos de aplicación a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen. El artículo 270, que regula la presentación en momento no inicial del proceso, se refiere tanto a la presentación de documentos, como de medios e instrumentos, diferenciando, pues, unos de otros. Y el artículo 273 exige que todo documento que se aporte ha de acompañarse de tantas copias literales cuantas sean las otras partes del proceso, lo que no se exige respecto de la aportación de instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen.

práctica de la prueba electrónica se realiza en último lugar, una vez que se han practicado todas las pruebas (“ex” art. 300 de la LEC).

Y la diferencia no solo se aprecia en la forma de aportación y práctica de la misma sino también en la valoración por el juez ya que mientras la prueba documental está sometida a un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados y libre en los restantes “ex” artículos 319 y 326 de la LEC), en cambio la prueba electrónica está sometida a un sistema de valoración libre ya que tanto en el supuesto del artículo 382.3 como en el del artículo 384.3 LEC se insiste en que el juez la valorará según las reglas de la sana crítica.

En segundo lugar, el alto Tribunal insiste en la no aplicación al proceso laboral de la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que viene a reconocer el carácter de prueba documental a los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido. Tal entendimiento del concepto de prueba documental no resultaría de aplicación al proceso laboral porque en el mismo opera como supletoria la LEC, en la que se establece la diferenciación entre prueba documental y prueba por instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido, y porque en el proceso penal se realiza dicha interpretación amplia del concepto de documento a la luz de lo establecido en el artículo 26 del Código Penal, donde expresamente se reconoce que se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, lo que no sucede en el proceso laboral.

Además, la idoneidad de esta prueba para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, se enmarca legalmente dentro de un recurso de carácter extraordinario como es el recurso de suplicación, tal y como resulta de su configuración legal, y consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia³³.

En consecuencia, la prueba electrónica y más específicamente de los instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen no sería hábil a los efectos de revisar los hechos declarados probados en una sentencia a través del recurso de suplicación. Y de interpretarse que los correos electrónicos son también un medio de prueba electrónico y no una prueba documental, por aplicación de esta línea jurisprudencial, los mismos tampoco serían hábiles a estos efectos revisorios.

3.3. El correo electrónico como prueba documental

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo³⁴ ha tenido ocasión de pronunciarse posteriormente de manera expresa ya no sobre la naturaleza jurídico probatoria de los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, sino específicamente sobre la natu-

³³ CECA MAGÁN, E., “Proceso laboral. Ineficacia revisora de la prueba de grabación de imagen y sonido, por no tener naturaleza de prueba documental”, en AA.VV. *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 1 y ss.

³⁴ STS de 23 de julio de 2020 (Rº. 239/2018, Sala de lo Social).

raleza jurídica de los correos electrónicos, calificándolos abiertamente como de prueba documental³⁵ y permitiendo que los mismos puedan ser hábiles a los efectos de revisar los hechos declarados probados en una sentencia a través del recurso de casación, y por extensión, del recurso de suplicación. Con ello, parece haberse zanjado la polémica sobre la naturaleza jurídico probatoria de los correos electrónicos en el ámbito del proceso laboral.

El Tribunal Supremo construye su argumentación del siguiente modo: con carácter previo distingue entre lo que son las fuentes de prueba y los medios de prueba. Las fuentes de prueba serían fuentes de información del mundo exterior susceptibles de ser ofrecidas a través de un medio de prueba, y los medios de prueba serían aquellos instrumentos de intermediación requeridos en el proceso para la constancia material de los datos existentes en esa realidad exterior. Las fuentes de prueba se incorporan al proceso a través de los medios de prueba, y mientras que las fuentes de prueba serían ilimitadas, los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC.

Con este panorama, y según el Tribunal Supremo, la controversia radica en determinar si la concisa regulación de los medios de prueba electrónicos prevista en los artículos 299.2 y 382 a 384 de la LEC convierte a éstos en unos medios de prueba autónomos, o si, por el contrario, dichas normas no contemplan unos medios de prueba independientes, debiendo éstos ponerse en relación con la prueba documental. Y a juicio del Tribunal Supremo, los artículos 299.2 y 382.1 y 384.1 de la LEC tan solo establecen las peculiaridades de ciertos instrumentos en una regulación brevísima, señalando que, a diferencia de los documentos escritos, no basta con dar traslado de estas pruebas a la parte contraria, sino que normalmente es preciso proceder al visionado del vídeo, a la escucha del audio o al examen del instrumento de archivo.

Siendo ello así, afirma que los medios de prueba en sentido estricto serían los enumerados en el art. 299.1 de la LEC, los cuales constituyen un “*numerus clausus*”. Y, de hecho, la LEC contendría preceptos favorables a una interpretación amplia del concepto de prueba documental, como sucedería, por ejemplo, con los artículos 326.3, 333 y 812.1.1. Además, el concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos, es el que impera en el resto del ordenamiento jurídico, con el que tiene que resultar coherente la interpretación de la LEC³⁶.

³⁵ Véase: Martínez Moya, J., “El correo electrónico como medio probatorio: su naturaleza de prueba documental a los efectos de recurso de casación y suplicación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 9, 2020; Chocrón Giráldez, A.m., “El valor procesal del correo electrónico tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020”, *Diario La Ley*, n.º 9811, 2021.

³⁶ En ese sentido el Tribunal Supremo cita el artículo 26 del Código Penal; el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el artículo 24.2 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; el artículo 3 de la derogada Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; el artículo 17 bis de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; el artículo 49.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; el artículo 76.3 “*in fine*” del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; el artículo 41.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre; y el artículo 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

Concluye el Tribunal señalando que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegaría un momento en que la revisión fáctica a través del recurso de casación quedaría vaciada de contenido si se limitase a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo.

Dicho esto, y como precisión a esta jurisprudencia, habría que señalar que la consideración del correo electrónico como una prueba documental lo sería estrictamente a los efectos revisorios antes descritos, y por otro lado el correo electrónico sería, si acaso, un “documento electrónico”, cuyo régimen jurídico habría que ubicarlo en la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, y en el Reglamento (UE) nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior³⁷.

En cualquier caso, aunque el Tribunal Supremo atribuye la naturaleza de prueba documental a los correos electrónicos, reconoce que para que puedan acreditar el error fáctico en la sentencia a los efectos revisorios (como si se tratase de un documento privado), será necesario valorar si se ha impugnado o no su autenticidad por la parte a quien perjudique, si ha sido autenticado en su caso, y si goza de literosuficiencia, temas estos que merecen ser analizados con detenimiento.

4. La eficacia probatoria del correo electrónico

4.1. La autenticidad e integridad del correo electrónico y su acreditación mediante medios de prueba alternativos

La eficacia de los correos electrónicos como medio de prueba puede generar toda una problemática derivada de la autenticidad e integridad de los mismos³⁸. La autenticidad implica que el mensaje ha sido enviado por quien dice ser su autor y no por otra persona, pero también que se garantiza el origen de los datos y la fuente de la que proceden. Y la integridad significa que el correo electrónico no ha sido manipulado, modificado o alterado desde el momento de su extracción o acceso hasta el momento de su aportación al juicio.

Pensemos que en aquellos casos en que el remitente da la orden de enviar un mensaje de correo electrónico, este no se dirige directamente a su destinatario, sino que el mismo

³⁷ Reglamento que en su artículo 3. 35) define el “documento electrónico”, como todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual.

³⁸ Barrios Baudor, G., “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 26 y ss.; Salas Velasco, A.c., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, ob. cit. pp. 221; González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 6 y ss.

pasa por diversos terminales que se encargan de dirigirlo y que van insertando huellas digitales en el mismo. Es posible que los mensajes puedan quedar almacenados por su emisor o por su destinatario tanto en el dispositivo electrónico como en el servidor. También pueden ser borrados o, a veces incluso de ser borrados, pueden guardarse copias de seguridad por parte de las operadoras y servidores durante algún tiempo. Y todas estas circunstancias han de ser tenidas en cuenta cuando se aporta un correo electrónico como medio de prueba para el caso de que sea impugnado al negarse su autenticidad o integridad³⁹.

El problema de la autenticidad y más concretamente de la autoría de un correo electrónico no se resuelve en su totalidad con la introducción de un nombre de usuario y de una contraseña en el momento del encendido del ordenador o del acceso a la cuenta de correo electrónico, dado que resulta común en la práctica de las empresas dejar el ordenador encendido mientras el trabajador no está en su puesto de trabajo, o comunicar la clave de usuario y contraseña a otras personas de la empresa. Por ello puede resultar difícil probar la participación del emisor cuando un terminal es de uso compartido, o si el mensaje se envía desde un terminal de uso público o de libre acceso⁴⁰.

Y otro tanto sucede respecto a la integridad del correo electrónico enviado o recibido. Se ha demostrado que el contenido de un correo electrónico puede ser manipulado, suprimiéndose parte del mismo o utilizando tan sólo partes que sean de interés en lo que vendría a ser una intervención y modificación efectuada en el tránsito entre el emisor y el destinatario.

Para acreditar la autenticidad o integridad del correo electrónico, se debe aportar la información que se contiene en el mismo en soporte adecuado, o en el modo más adecuado a la naturaleza de este concreto medio de prueba. Y precisamente la determinación de cuál ha de ser el modo más adecuado es donde reside la principal dificultad en orden a la constatación de la autenticidad e integridad de los correos electrónicos como medios de prueba en el proceso laboral.

Como dijimos en su momento, las partes suelen aportar los correos electrónicos a través de su volcado en papel⁴¹. Ahora bien, el soporte documental impreso, sin otras garantías adicionales o sin la aportación y práctica de otras pruebas adicionales, no permite en ningún caso dar por válida la autenticidad e integridad del correo electrónico⁴². Lo único que presentará cierta garantía es la aportación del correo electrónico en el soporte informático, pero no el mero soporte impreso en papel.

En esta materia la doctrina científica⁴³ ha puesto de manifiesto las facultades del juez o tribunal a la hora de advertir o alertar a las partes sobre la conveniencia de aportar

³⁹ Delgado Martín, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley, Madrid, 2016, pp. 167 y ss.

⁴⁰ González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 8 y ss.; Bonilla Blasco, J., “Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral”, ob. cit. pp. 1120 y ss.

⁴¹ Barrios Baudor, G., “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 34 y ss.

⁴² Bonilla Blasco, J., “Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral”, ob. cit. pp. 1121 y ss.

⁴³ González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, ob. cit. pp.12 y ss.

otras pruebas que sean coadyuvantes a la hora de acreditar la autenticidad e integridad de ciertos medios de prueba, y todo ello a la luz de las previsiones del artículo 429.1 de la LEC, según el cual, si el tribunal considera que las pruebas propuestas pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo podrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

De este tenor se desprende que el juez queda facultado para introducir estas advertencias a las partes, lo cual es especialmente importante en el proceso laboral, que dota al juez de importantes facultades en la intervención de la práctica de la prueba, sin que ello ponga en cuestión la imparcialidad del mismo, habida cuenta las especialidades respecto de los valores y bienes jurídicos tutelados en el proceso social.

En estos casos, habrá que acudir a los medios de prueba tradicionales previstos en el artículo 299.1 de la LEC y concretamente: al interrogatorio de las partes, a los documentos públicos y privados, al dictamen de peritos, al reconocimiento judicial, y al interrogatorio de testigos.

De hecho, un sector de la doctrina científica⁴⁴ incluso ha creído oportuno acudir a la prueba de presunciones ya que si la empresa ha instalado unos sistemas de seguridad en los que el trabajador necesita una clave de acceso y una contraseña personal para acceder a su ordenador, debe presumirse que el mensaje enviado desde la dirección correspondiente a tal empleado ha sido enviado por éste, siendo responsabilidad del trabajador dar cumplimiento a los deberes mínimos de seguridad en los equipos, y principalmente a la hora de comunicar la clave de acceso a terceras personas.

4.2. El interrogatorio de las partes: la impugnación del correo electrónico por la parte a quien perjudica

En base al interrogatorio de parte (art. 91 de la LRJS y arts. 301 y ss. de la LEC), se podría interrogar a la parte contraria sobre si tiene conocimiento de los correos electrónicos enviados o recibidos de modo que, si la parte interlocutora los reconoce expresamente, cabría entender como válida dicha prueba. Es decir, si se reconoce la autenticidad e integridad del correo electrónico y la parte a quien pueda perjudicar no lo impugna, estaríamos ante el reconocimiento de hechos no controvertidos que desplegarían plenos efectos⁴⁵ y, de hecho, según el artículo 326.1 de la LEC los documentos privados harán prueba plena en el proceso cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique.

Por tanto, la conducta procesal de la parte a la que perjudique la aportación del correo electrónico, consistente en aceptarlo, debe ser interpretada como una expresa ad-

⁴⁴ Bonilla Blasco, J., “Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral”, ob. cit. pp. 1121 y ss.

⁴⁵ Salas Velasco, A.c., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, ob. cit. pp. 232.

misión de la autenticidad e integridad de la comunicación electrónica⁴⁶. El problema se plantea cuando la parte contraria no reconoce o impugna el correo en cuestión.

Se puede impugnar la autoría del mensaje sosteniéndose la suplantación del titular del terminal o del dispositivo desde el que el mensaje ha sido enviado. Se puede impugnar la exactitud del mensaje cuando el impugnante alega que se ha procedido a una transcripción parcial, seleccionando las palabras o expresiones que interesan y evitando las que perjudican. Se puede impugnar la integridad del mensaje cuando el impugnante alega que éste ha sido manipulado mediante la sustitución o adición de palabras o expresiones. Y se puede impugnar la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones contenidas en el correo electrónico con la realidad de lo sucedido.

Además, al ser el mensaje de correo electrónico un documento electrónico, la impugnación del mismo por falta de autenticidad, puede dar pie a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 86.2 de la LRJS, según el cual, en el supuesto de que fuese alegada por una parte de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito, porque no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de ésta, continuará el acto de juicio hasta el final y en el caso de que el juez o tribunal considere que el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto acordará la suspensión de las actuaciones posteriores y concederá un plazo de ocho días al interesado para que aporte el documento que acredite haber presentado la querrela. La suspensión durará hasta que se dicte sentencia o auto de sobreseimiento en la causa criminal, hecho que deberá ser puesto en conocimiento del juez o tribunal por cualquiera de las partes.

En consecuencia, la impugnación del correo electrónico, puede provocar la suspensión del proceso laboral en los términos expresados en el precepto, en una suerte de prejudicialidad penal suspensiva por falsedad documental hasta que se dicte sentencia o auto de sobreseimiento en vía penal.

Pero el tema de la impugnación de esta prueba tampoco está exento de polémica. Una cuestión relevante es la relativa a si quien aporta el correo electrónico tiene la carga de probar la autenticidad e integridad del mensaje o, por el contrario, ésta carga le corresponde al impugnante.

La doctrina científica⁴⁷ ha entendido que, por aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba (“ex” art. 217. 2 y 3 de la LEC) es quien aporta los mensajes de correo electrónico a quien corresponde acreditar la autenticidad e integridad de los mismos, por lo que la impugnación de un correo electrónico, va a suponer, automáticamente, un desplazamiento de la carga de probar su autenticidad e integridad hacia la parte que los presentó como medio de prueba.

Se trata de consecuencias que se anudan de manera automática a la impugnación de esta prueba y que favorecen que esta actitud procesal impugnatoria se acabe convirtiéndose en una tónica general en el marco de una estrategia defensiva como reacción

⁴⁶ González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 8 y ss.

⁴⁷ Barrios Baudor, G., “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 38 y ss.

procesal. Si a ello se suma el hecho de que la prueba pericial informática acabará siendo a la que se recurra para verificar el contenido de la comunicación, el resultado viene a ser que se deja la eficacia de dicha prueba en manos de la parte perjudicada por ella.

Por tal motivo, algún autor⁴⁸ ha apuntado la conveniencia de que, para paliar el desequilibrio que las consecuencias de la impugnación de este tipo de prueba provocan en las partes (básicamente económicas y dilatorias), los tribunales deberían comenzar a plantearse la necesidad de exigir una cierta justificación o fundamentación de dicha impugnación exigiendo que se esgrimieran argumentos razonados y serios y no meramente espurios. Es decir, debería exigirse una cierta justificación o fundamentación de dicha impugnación y, junto a ello, la proposición de algún mecanismo probatorio alternativo.

La regulación legal ha intentado dar una solución a esta problemática. Siendo el correo electrónico un documento electrónico, a la hora de abordar su eficacia probatoria en caso de impugnarse habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 326. 3 y 4 de la LEC, teniendo siempre como referencia la regulación contenida en el Reglamento (UE) nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, y en la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que completa la regulación contenida en dicho Reglamento.

De esta normativa (art. 3 de la Ley 6/2020 y artículo 326.3 y 4 de la LEC) se desprende que cuando se impugne la autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características de un documento electrónico como es un mensaje de correo electrónico, habrá que distinguir si para el envío del mismo se ha utilizado algún servicio de confianza cualificado para las transacciones electrónicas de los previstos en el Reglamento 910/2014 (como es la firma electrónica) o no.

De haberse utilizado algún servicio de confianza cualificado para la identificación electrónica, se presumirá que el documento reúne la característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si figuraba, en el momento relevante a los efectos de la discrepancia, en la lista de confianza de prestadores y servicios cualificados (art. 326.4 de la LEC). Si aun así se impugnara el documento electrónico la carga de realizar la comprobación corresponderá “a quien haya presentado la impugnación”, y si dichas comprobaciones obtienen un resultado negativo, serán las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación, pudiendo además el tribunal imponer una multa si la impugnación hubiese sido temeraria (art. 326.4 “in fine” de la LEC).

Y de haberse utilizado algún servicio de confianza no cualificado para la identificación electrónica e impugnarse la autenticidad, integridad y precisión del mismo, la parte a la que le interese su eficacia y lo hubiera presentado podrá pedir otros medios para acre-

⁴⁸ Fuentes Soriano, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, *Práctica de los Tribunales*, nº 135, 2018, pp. 31 y ss.

ditar la autenticidad e integridad del mismo y concretamente el cotejo pericial o cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto (art. 326.2 de la LEC por remisión del art. 326.3). Y cuando de un cotejo o comprobación resulte la autenticidad o exactitud de dicho documento, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de “quien hubiese formulado la impugnación”, pudiendo también el tribunal imponer una multa si la impugnación hubiera sido temeraria.

La imposición de multas por temeridad a la parte que impugna el correo electrónico cuando el mismo resulta ser auténtico y exacto, pretende evitar prácticas impugnatorias meramente dilatorias o temerarias, si bien es cierto que el artículo 97.3 de la LRJS⁴⁹ contiene para el proceso laboral, una regulación específica respecto a las sanciones y condenas en costas de los litigantes que obrasen de mala fe o con temeridad.

4.3. *El interrogatorio de testigos*

Al margen del interrogatorio de parte y de la prueba documental, de entre los otros medios probatorios alternativos a que se puede acudir para demostrar la autenticidad e integridad del correo electrónico, destaca la prueba de interrogatorio de testigos (art. 92 de la LRJS y arts. 360 y ss. de la LEC).

En el acto de juicio pueden intervenir como testigos quienes estuvieran presentes en el momento de la remisión o recepción del correo electrónico pudiendo declarar en tales casos sobre la autoría y contenido del mensaje, adverando la autenticidad e integridad del correo electrónico⁵⁰.

Pero también pueden intervenir como testigos quienes conozcan de la realidad de los hechos reflejados en el texto del correo electrónico y más específicamente sobre su contenido si también fue dirigido con copia a ellos y es que, según el artículo 360 de la LEC, podrán intervenir como testigos aquellas personas conocedoras de los hechos controvertidos relativos al objeto del juicio⁵¹. Los testigos pueden en este punto dotar de credibilidad a la información incorporada al proceso por la vía de estos correos electrónicos.

4.4. *El reconocimiento judicial y la intervención del letrado de la Administración de Justicia*

Por lo que se refiere a la prueba del reconocimiento judicial (arts. 353 y ss. de la LEC), la misma también está prevista para el esclarecimiento o apreciación de los hechos de-

⁴⁹ La STS de 28 de febrero de 2018 (Rº. 2661/2015, Sala de lo Social) al interpretar el artículo 97.3 de la LRJS en relación al artículo 75.4, ha precisado que: “El tenor literal que acabamos de reproducir no deja margen de duda acerca del cual es el sujeto procesal al que se refiere la condena al pago de honorarios de letrado cuando ésta acompaña a la imposición de la multa por temeridad: Tan solo el litigante que ostenta la condición de empresario es susceptible de la condena en relación al pago de honorarios”.

⁵⁰ González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 14 y ss.

⁵¹ STSJ de Canarias, de 27 de julio de 2016 (Rº. 385/2016).

batidos mediante el examen directo por parte del juez o tribunal de algún objeto, lugar o persona, por lo que puede ser un medio de prueba adecuado para incorporar al juicio este tipo de prueba. El juez puede examinar por sí mismo el contenido del propio dispositivo electrónico o terminal desde el que se ha enviado o recibido el correo electrónico, o incluso acceder a la cuenta de correo electrónico previa introducción de la clave de contraseña por el propio interesado. Ahora bien, el juez en ningún caso podrá verificar la autenticidad o integridad del correo electrónico para el caso de que fuese impugnado.

Otra opción es solicitar al letrado de la Administración de Justicia que realice un cotejo o comprobación a presencia de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto (art. 326.2 y 320.2 de la LEC). Pero al respecto cabe señalar el escaso o nulo valor añadido de esta intervención, desde el mismo momento en que aquello de lo que el letrado de la Administración de Justicia dará fe, es que el documento que se le presenta impreso coincide con el que se le muestra en el dispositivo electrónico. Pero nada puede decir sobre la autenticidad e integridad del mensaje, o sobre su posible manipulación⁵².

4.5. El levantamiento de acta notarial

Por tal motivo, otra opción sería aportar las certificaciones electrónicas de los prestadores de servicios de certificación, o, también, acudir al levantamiento de un acta notarial⁵³, la cual tendría la consideración de documento público. El Notario, como fedatario público, hará constar mediante un acta de protocolización la existencia de los mensajes de correo mediante el acceso a la cuenta de correo electrónico e imprimiendo los mensajes elegidos incorporándolos al acta notarial e incluyendo: el terminal desde el que se han enviado o recibido, las fechas de los referidos mensajes, así como las identidades de los intervinientes⁵⁴.

Respecto al contenido del acta notarial cabe decir lo siguiente: a) el requerimiento de la actuación notarial solamente podrá hacerlo quien tenga interés legítimo en ello, y así, el requirente deberá explicar la razón de por qué desea hacer constar ante Notario los mensajes de correo enviados o recibidos con otras personas; b) el Notario debe informar al requirente de que la existencia de una copia notarial no supone el permiso para una publicidad indiscriminada de su contenido, y por tanto al requirente le incumbe la responsabilidad de no divulgar indebidamente datos personales; c) el Notario debe hacer una serie de comprobaciones técnicas, para verificar que la cuenta de correo electrónico pertenece al requirente; d) será necesario incluir en el acta todo lo necesario para que se comprenda bien el sentido del correo electrónico; e) se pueden hacer constar en el acta textos, y también imágenes, vídeos o audios; f) a la hora de transcribir el contenido del correo electrónico, el Notario solamente puede reproducir aquello expresado por quien ha participado materialmente en él.

⁵² Fuentes Soriano, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, ob. cit. pp. 11 y ss.

⁵³ Barrios Baudor, G., “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos”, ob. cit. pp.43 y ss.

⁵⁴ González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 15 y ss.

Ahora bien, el acta notarial tampoco puede dar certeza sobre la autenticidad e integridad del correo electrónico dado que la fe pública sólo se refiere a lo percibido por el fedatario, pero no a la veracidad de las declaraciones realizadas por las partes. Es decir, la actuación del Notario no puede garantizar que los mensajes enviados a través del correo electrónico hayan sido manipulados, ni la certeza de los mismos, de ahí que sea conveniente que en el acta notarial el requirente declare expresamente que no se ha manipulado el contenido de la conversación, advirtiéndole el Notario de las responsabilidades que asume en caso contrario.

4.6. La prueba pericial informática

Por todo lo expuesto, y ante las dificultades de detectar la manipulación, es recomendable acudir a una prueba pericial (art. 93 de la LRJS y arts. 335 y ss. de la LEC) en orden a demostrar la autenticidad e integridad del correo electrónico. En este sentido, el artículo 335.1 de la LEC recuerda la utilidad de elaborar un dictamen pericial cuando sean necesarios conocimientos técnicos para valorar hechos o adquirir certeza sobre ellos, pudiendo este ser un medio útil para verificar la fecha, los intervinientes, y el dispositivo desde el cual se remitió el correo electrónico.

Los informes periciales informáticos pueden ser aportados por las propias partes, o pueden ser solicitados por el juzgador en caso de duda, como diligencia final. Y la labor del perito informático resulta indispensable para dar garantías a esta prueba, al disponer de los conocimientos especializados sobre la materia, conocimientos que puede aportar ante el juez mediante el oportuno dictamen pericial.

Dicha prueba permite resolver las carencias del acta notarial, al dar certeza tanto sobre la autenticidad como de la integridad del contenido del mensaje, certificando la inexistencia de alteración del mismo, y garantizado así la ausencia de manipulación. Dicho informe pericial habrá de poner de manifiesto la identidad del emisor del correo electrónico, la del destinatario, las direcciones de IP de origen y de destino, y el conjunto de servidores por los que ha pasado el correo electrónico hasta ser entregado. Por lo que se refiere a la autenticidad, el experto informático puede acreditar la titularidad de la cuenta desde la que se envió el mensaje. Y por lo que se refiere a la integridad, puede garantizar que el contenido del mensaje no ha sido alterado, modificado o manipulado.

En la investigación pericial se distinguen tres fases: la primera es el análisis preliminar para la identificación de la prueba que se desea obtener; la segunda es la adquisición de los datos electrónicos, conservando las copias y la constatación de las técnicas empleadas para garantizar la integridad de la información; y la última fase es la del análisis forense de la información digital, a cuyo efecto es conveniente que el perito tenga un mínimo conocimiento de la normativa legal⁵⁵.

⁵⁵ Barrios Baudor, G., “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos”, ob. cit. pp.46 y ss.

En cualquier caso, será necesario que el informe pericial sea ratificado en juicio por parte del perito informático que lo haya elaborado, al exigirlo así el artículo 93 de la LRJS, que dispone expresamente que la práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto de juicio presentando el perito su informe y ratificándolo, por lo que no será suficiente con la mera presentación del informe pericial, quedando en tal caso a expensas de lo que decida el juez.

Además, la prueba pericial no solo resulta la más garantista y segura, sino que los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a través de la misma, son revisables a través del recurso de suplicación según dispone el artículo 193.b) de la LRJS.

Ahora bien, como ha evidenciado la doctrina científica⁵⁶, aunque la prueba pericial sea la única vía posible para poder llegar a conocer la autenticidad e integridad del correo electrónico, también es cierto que es una prueba altamente compleja, que, para que esté realizada con todas las garantías, resultará lenta y costosa.

4.7. Eficacia probatoria y valoración judicial del correo electrónico

A la vista de la regulación legal, cabe concluir que, si la autenticidad e integridad del correo electrónico no resulta impugnada, estaríamos ante hechos no controvertidos, que desplegarían plena eficacia en el seno del proceso.

Es más, de considerarse al correo electrónico como un documento privado, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 326 de la LEC: *“harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen”*.

Y si fueran incorporados en un acta notarial o en una diligencia de constancia del letrado de la Administración de Justicia, también tendrían la consideración de documento público, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 319 de la LEC: *“harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esta documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”*.

A idéntica conclusión cabría llegar si su eficacia resulta probada expresamente como resultado de las pruebas adicionales llevadas a cabo (como es la prueba testifical o la prueba pericial informática).

Por el contrario, si impugnada la autenticidad o integridad del correo electrónico por la parte a la que perjudique, no puede deducirse su autenticidad del cotejo pericial o de la prueba practicada a tal efecto, o si no se hubiera propuesto prueba alguna por la parte que lo haya presentado, dicho correo electrónico no quedaría privado automáticamente de eficacia probatoria, sino que el juez o tribunal lo valoraría conforme a las reglas de la sana crítica (art. 97.2 de la LRJS y art. 326.2 de la LEC)⁵⁷.

⁵⁶ Fuentes Soriano, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, ob. cit. pp. 11 y ss.

⁵⁷ González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, ob. cit. pp. 8 y ss.; Bonilla Blasco, J., “Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral”, ob. cit. pp. 1121 y ss.

5. Conclusiones

- I. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y la evolución de Internet ha propiciado la aparición de nuevos medios de comunicación como es el caso de los correos electrónicos, los cuales se han convertido en un medio de prueba con el que el empresario puede justificar en el proceso laboral la imposición de determinadas sanciones disciplinarias ante incumplimientos contractuales del trabajador derivados del uso indebido las cuentas corporativas de correo electrónico.
- II. Al acceder a la cuenta de correo electrónico del trabajador el empresario puede vulnerar ciertos derechos fundamentales como son: el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho al secreto de las comunicaciones. A tales efectos, el empresario deberá respetar los límites establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, así como en la jurisprudencia ordinaria, constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que, de no hacerlo, la prueba obtenida sería ilícita y no desplegaría efectos en el proceso laboral.
- III. El Tribunal Supremo ha entendido que el correo electrónico tiene la consideración de prueba documental y por tanto sería hábil a los efectos de solicitar la revisión de los hechos declarados probados en una sentencia. A su juicio, el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones. Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegaría un momento en que la revisión de los hechos declarados probados en una sentencia a través del recurso de casación ordinario quedaría vaciada de contenido.
- IV. A la hora de abordar la eficacia probatoria del correo electrónico los principales problemas que plantea la misma están relacionados con la autenticidad o integridad del correo electrónico cuando es impugnado por la parte a quien perjudica. A tales efectos, resultará necesario acudir a otros medios de prueba alternativos, como son la prueba de interrogatorio de parte, la prueba testifical, el reconocimiento judicial, y especialmente la prueba pericial informática.

6. Bibliografía

- Aramendi Sánchez, J.p., “Comentarios al artículo 90 de la LRJS”, en AA.VV. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2015.
- Armenta Deu, T., “Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incerti-

- dumbre”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, UOC, nº 27 2018.
- Barrios Baudor, G., “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 415, 2017.
- Baylos Grau, A., “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en AA.VV. *La prueba en el proceso laboral*, CGPJ, 1998.
- Bonilla Blasco, J., “Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 13, 2001.
- Carrasco Durán, M., “El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2014.
- Ceca Magán, E., “Proceso laboral. Ineficacia revisora de la prueba de grabación de imagen y sonido, por no tener naturaleza de prueba documental”, en AA.VV. *Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2012.
- Chocrón Giráldez, A.m., “El valor procesal del correo electrónico tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020”, *Diario La Ley*, nº 9811, 2021.
- Del Rey Guanter, S., “Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales en el proceso laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 37, 1989.
- Delgado Martín, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley, Madrid, 2016.
- Fuentes Soriano, O., “Vídeos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones probatorias”, *Práctica de los Tribunales*, nº 135, 2018.
- García-Perrote Escartín, I., *La prueba en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1994.
- González González, C., “Valor probatorio de los correos electrónicos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2019.
- López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, en AA.VV. *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías, estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Lousada Arochena, J.f., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, 2006.
- Martínez Moya, J., “El correo electrónico como medio probatorio: su naturaleza de prueba documental a los efectos de recurso de casación y suplicación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 9, 2020.
- Monereo Pérez, J.l., Lopez Insúa, B., “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, 2014.
- Munín Sánchez, L.m., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, en AA.VV. *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho español y comparado*, Dykinson, Madrid, 2017.
- Pérez De Los Cobos Orihuel, F., García Rubio, M.a., “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia”

- dencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 196, 2017.
- Richard González, M., “Reglas para la investigación forense y aportación como prueba al proceso de correos y mensajes electrónicos del trabajador”, *Diario La Ley*, nº 9323, 2018.
- Rodríguez Escanciano, S., “El control empresarial del correo electrónico de los trabajadores: posibilidades y límites (a propósito de la STC de 7 de octubre de 2013)”, *Relaciones Laborales*, nº 10, 2014.
- Salas Velasco, A.c., “La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso”, en AA.VV. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, CEJFE, Barcelona, 2019.

Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social

Recent examples of how the gender perspective is integrated into the interpretation of Social Security rules

Carolina Blasco Jover

*Profesora Titular Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante*

ORCID ID: 0000-0002-4938-2762

Recibido: 25/8/2022

Aceptado: 3/10/2022

doi: 10.20318/labos.2022.7370

Resumen: Conocidos son los estragos que causa la maternidad en la carrera profesional, pero también prestacional de las mujeres. En lógica consecuencia y a raíz de la interrelación que existe entre el ámbito laboral y el de la Seguridad Social, las asimetrías, perjuicios y patrones estereotipados por razón de género que se observan en el ámbito de la relación individual de trabajo tienen su reflejo en el campo de la Seguridad Social, siendo del todo punto necesaria o bien la intervención legislativa para corregir esta debilidad del sistema o bien la intervención judicial para acometer una interpretación transformadora o rupturista que integre la perspectiva de género correctora del Derecho en su aplicación e interpretación proyectada al caso. En este trabajo, se pretende dar cuenta de forma crítica de los argumentos que, a nivel judicial, se han ofrecido para interpretar, bajo la lupa del género, una serie de artículos de la Ley General de Seguridad Social, concretamente, el art. 163 (incompatibilidad de pensiones en el mismo régimen), el art. 183 LGSS (prestación por el cuidado corresponsable del lactante) y el art. 235 LGSS (períodos de cotización asimilados por parto).

Palabras clave: género, compatibilidad de pensiones, familia monoparental, prestación por el cuidado del lactante, subsidio por desempleo.

Abstract: Motherhood causes disarray not only in women's professional careers, but also in their benefit allocations. Due to the connection between work and Social Security, the gender asymmetries, prejudices and stereotyped patterns one can observe in individual work relationships are reflected in the Social Security domain. It is wholly necessary either for legislative intervention to correct the

*carolina.blasco@ua.es

system's weakness, or for judicial interventions to adopt a transformative or a disruptive interpretation that integrates the Law's corrective gender perspective in its application and interpretation of a case. The objective of this work was to give a critical account of the arguments that, at the judicial level in Spain have been advanced to interpret, through the prism of gender, a series of articles of Spain's General Social Security Law. We focused specifically on article 163 (incompatibility of pensions in the same regime), article 183 LGSS (allowance for co-responsible care of the infant) and art. 235 LGSS (equivalent contribution periods for childbirth).

Keywords: gender, pension compatibility, single-parent family, infant care benefit, unemployment benefit.

1. A modo de introducción

El género, la edad, la discapacidad, la enfermedad, el origen racial o la orientación sexual, entre otros, son factores todos ellos que, ya de forma aislada o ya de forma combinada, suponen un fuerte hándicap en el acceso al empleo y/o en su mantenimiento. Conscientes cada vez más de ello, los diversos organismos e instituciones actuantes en el ámbito nacional y supranacional concentran sus esfuerzos en intentar frenar ciertos patrones estereotipados, asimetrías o conductas o a remover ciertos obstáculos en pos de la consecución de una igualdad real y efectiva. Encomiable es, por ejemplo, la labor, en este punto, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues con su función interpretativa u orientadora está marcando el camino a seguir de jueces y legisladores nacionales para lograr alcanzar la meta que se pretende. Otra cosa, esto dicho, es que aún quede camino por recorrer y desafíos que superar; pero los avances para frenar las distintas discriminaciones existentes en el ámbito de las relaciones laborales son cada vez más visibles y certeros. Este hecho acontece también en el campo de la Seguridad Social en tanto vaso comunicante que es de las relaciones individuales de trabajo. Y aquí los esfuerzos se han concentrado especialmente en paliar de alguna forma la brecha de género existente en materia de pensiones.

Y es que hasta parece que se ha convertido ya en una fórmula casi arquetípica señalar los estragos que causa la maternidad en la carrera profesional, pero también prestacional de las mujeres, que son las que, aún hoy y aún en mayor medida que los varones, se dedican a las tareas del cuidado de descendientes, pero también –no se olvide– de ascendientes. En lógica consecuencia y a raíz de esa interrelación entre el ámbito laboral y el de la Seguridad Social a la que antes se aludía, las asimetrías, perjuicios y patrones estereotipados por razón de género que se observan en el ámbito de la relación individual de trabajo tienen su reflejo en el ámbito de la Seguridad Social, siendo del todo punto necesaria o bien la intervención legislativa para corregir esta debilidad del sistema (como ya está haciendo, introduciendo, dicho muy resumidamente, ciertos ajustes o matizaciones en determinadas normas que atiendan a la perspectiva de géne-

ro) o bien la intervención judicial para acometer una interpretación transformadora o rupturista que integre la perspectiva de género correctora del Derecho en su aplicación e interpretación proyectada al caso. Ejemplos de esto último es posible encontrar especialmente en los últimos tiempos y ello tanto en el ámbito interno como en el europeo. Baste recordar así la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto Rossi, C-389/20) sobre el reconocimiento de la prestación por desempleo a las empleadas de hogar¹, la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15, Espada Recio) relativa a la protección por desempleo de las personas con relación de trabajo vertical a tiempo parcial o la STS de 6 de febrero de 2020 (Rº. 3801/2017) sobre el cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada.

Las mencionadas son sólo una pequeña muestra de las resoluciones judiciales que están marcando el camino a seguir en la materia para intentar corregir de alguna forma las desigualdades de género existentes también en el campo de la Seguridad Social. Porque el sistema, es evidente, padece de fisuras, tiene grietas por las que se escapa –si se permite la expresión– la igualdad real entre hombres y mujeres y, ante ello, tan sólo cabe que actúe el legislador o bien y en su defecto o a modo de complemento, que la labor interpretativa de los jueces y Tribunales incorpore la perspectiva de género a nuestro marco legislativo. Se podrá estar en mayor o en menor medida de acuerdo con esta labor integradora, reformista o transformadora de los órganos judiciales, pero de lo que no cabe duda es de que, para construir sociedades más justas e inclusivas, es necesario erradicar ciertos componentes de nuestro marco legislativo del sistema público de pensiones y sustituirlos por otros cuyo diseño tenga en cuenta la cuestión o el enfoque de género. Sólo así se podrá hacer frente, también desde el campo de la Seguridad Social, a ciertos estereotipos, perjuicios o conductas que dañan inexorablemente la carrera profesional, pero también prestacional de las mujeres.

Pues bien, siguiendo la estela de los pronunciamientos anteriormente mencionados, han coincidido en el tiempo una tríada de resoluciones judiciales, dictadas por instancias judiciales diferentes, que merecen que se les preste la atención debida por la labor continuista –y hasta rupturista con el *status quo*– que realizan en esta materia. De este modo, las tres coinciden en la necesidad de interpretar, bajo la lupa del género, una serie de artículos de la Ley General de Seguridad Social para no lastrar, aún más si cabe, la situación prestacional del colectivo femenino. Los preceptos que, en concreto, se cuestionan son el art. 163 (incompatibilidad de pensiones en el mismo régimen), el art. 183 LGSS (prestación por corresponsabilidad para el cuidado del lactante) y el art. 235 LGSS (períodos de cotización asimilados por parto). Al análisis de los argumentos que se emplean para integrar en ellos la perspectiva de género se destinan las páginas que siguen.

¹ Sentencia que ha dado lugar al Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar y que garantiza, ahora ya sí, la cobertura por desempleo a las personas integrantes de este colectivo.

2. De la incompatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente total del mismo régimen a la compatibilidad

La incompatibilidad entre pensiones derivadas del Régimen General de la Seguridad Social cuando coincidan en un mismo beneficiario se encuentra regulada en el art. 163 LGSS. El precepto, además, no sólo insta ese mandato, sino que también indica a la entidad gestora el *iter* administrativo a seguir cuando ello acontece: iniciar el pago de la nueva prestación o, en su caso, “continuar con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, procediendo a la suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda”. El beneficiario, ello no obstante, tiene la opción de solicitar la revocación de esta medida adoptada por la entidad gestora y solicitar el percibo de la pensión suspendida, produciendo su decisión “efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud”. La regla acabada de exponer, sin embargo, puede quedar exceptuada cuando “expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente”. Esta exigencia, que también aparece en el RETA o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, ha sido, además, refrendada en numerosas sentencias por el Tribunal Supremo. Así por ejemplo, en la STS de 14 de julio de 2014 (R.º. 2057/2013), se ofrecen, para apuntalar esta idea de una sola pensión en el mismo régimen, cuatro criterios básicos, que son los que siguen. En primer lugar, que los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen. En segundo lugar, que la incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos pensiones que tengan la misma finalidad de sustitución. En tercer lugar, que, en caso de concurrencia de pensiones, lo jurídicamente correcto en tal supuesto es reconocer la nueva pensión, ya que así se permite que el asegurado ejercite el derecho de opción recogido en la norma. Y, en cuarto lugar, que la misma naturaleza contributiva del sistema determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas.

Ciertamente, se entiende el fundamento que subyace en esta regla anticúmulo. El legislador no contempla que una persona, un mismo beneficiario de la Seguridad Social, pueda lucrar en el Régimen General dos o más pensiones distintas a fin de que ello no repercuta negativamente en la sostenibilidad económica del sistema y en un reparto equitativo de los fondos públicos. Ahora bien, esto dicho, una cosa es que el diseño de esta regla se ajuste a parámetros razonables desde un punto de vista aséptico o, incluso, economicista, y otra muy distinta obviar las consecuencias que su interpretación literal puede conllevar para las mujeres. Porque sobre este mandato de la incompatibilidad parece planear la sombra de la discriminación indirecta por razón de género.

El asunto, como se conoce, ha sido resuelto por sentencia del 30 de junio de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-625/20) a causa de la elevación de una cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona, de 13 de octubre de 2020 (Rec. n.º 253/2019) en el que se discutía sobre el derecho de una mujer trabajadora a percibir dos pensiones de incapacidad permanente total del Régimen General, una

reconocida en el año 1999, derivada de enfermedad común y generada con cotizaciones anteriores y la segunda reconocida en el año 2018 por accidente no laboral y sin mediar más requisito que el alta en la Seguridad Social.² En el auto, el órgano de instancia realizaba el siguiente planteamiento: si la norma del art. 163 LGSS no impide (porque no lo hace)³ la compatibilidad entre pensiones ganadas en distintos regímenes de la Seguridad Social (normalmente, en el Régimen General y en el RETA), sobre la base, incluso, de las mismas lesiones, y “si la proporción de trabajadores varones en el RETA es muy superior a la de mujeres⁴, puede llegarse a la conclusión de que el reconocimiento de la compatibilidad de pensiones será mucho más factible en caso de hombres que de mujeres”. O, dicho de otro modo, la pregunta que surge realizando una interpretación ya no literal del art. 163 LGSS, sino desde un enfoque de género, es la siguiente: ¿se vislumbra en el redactado legal una posible discriminación indirecta por razón de género al ser las mujeres las que, por su condición de cuidadoras y su más débil situación con respecto al mercado de trabajo, tienen más complicado acceder al empleo autónomo, al tiempo y a la financiación y al capital necesario para el desarrollo de una actividad por cuenta propia que les obstaculizaría quedar afiliadas al RETA y, por lo tanto, sin posibilidad de lucrar una pensión en ese régimen que pudiera compatibilizarse con otra ganada en el Régimen General?

A esta pregunta intenta dar respuesta la sentencia europea, aunque bien es verdad que con ella no se zanja de modo definitivo la controversia. Y es que, como ya viene siendo habitual, el Tribunal procede al reenvío de la cuestión al órgano remitente, aunque, eso sí, ofreciéndole ciertas pautas –acordes con lo dispuesto en la Directiva 79/77/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social– que le marcan a éste el camino a seguir en su resolución. De este modo, comienza señalando que, en efecto, la incompatibilidad entre pensiones de un mismo régimen y la compatibilidad entre pensiones de diversos regímenes parece provocar una diferencia de trato, aunque no entre hombres y mujeres, sino, más bien, entre el colectivo de personas trabajadoras en general. Y ello en tanto en cuanto habrá un grupo que pueda compatibilizar diversas cuantías económicas (los incluidos en dos o más regímenes) y, en consecuencia, disfrutar de una pensión global

² Para esta segunda, ello no obstante, y de haber requerido cotizaciones previas, la actora también acreditaba cotización suficiente posterior al año 1999 para acceder a la pensión.

³ De nuevo, STS de 14 de julio de 2014 (Rº. 2057/2013) y también STS de 21 de febrero de 2018 (Rº. 1498/2016). Ilustrativa también es la STSJ País Vasco de 5 de marzo de 2013 (Rº. 345/2013) que afirma: “si atendemos a la doctrina jurisprudencial unificada referida y a los datos que concurren en el presente supuesto, debemos confirmar la compatibilidad declarada en la instancia. En efecto, nos encontramos ante dos pensiones reconocidas por regímenes distintos y como consecuencia de cotizaciones no simultáneas, siendo irrelevante que la lucrada por el RETA no precisara de cotización previa por razón de su contingencia. Por otra parte los cuadros clínicos que determinaron los dos reconocimientos no fueron los mismos, siendo buena muestra de ello que la contingencia rectora en los dos casos no fue la misma, estando ante dos panoramas diferentes que fueron puestos en relación con profesiones distintas ejercidas en períodos no coincidentes”.

⁴ Para realizar esta afirmación, el juzgador trae a colación datos estadísticos, en concreto, la cantidad de hombres y mujeres afiliados en los distintos regímenes de la Seguridad Social, aunque poniendo el acento en los dos regímenes con más afiliados, el Régimen General y el RETA.

de mayor cuantía y otro grupo que no pueda hacerlo (los incluidos en uno sólo) y deba conformarse con el monto económico correspondiente a una única pensión. Para la Sala, esta diferencia de trato, ya de entrada, parece no estar justificada en tanto que ninguna causa logra encontrar para ello, máxime teniendo en cuenta que la incapacidad permanente total (que, recuérdese, es la pensión en liza) sirve al mismo propósito tanto en el Régimen General como en el RETA, compensar por la pérdida de ingresos que supone no poder ejercer la actividad profesional habitual.⁵

Dejando esto apuntado, acomete entonces el Tribunal la tarea de deslindar si la norma contenida en el art. 163 LGSS implica una discriminación indirecta hacia las mujeres. Y, para despejar la duda, pone en la balanza dos cuestiones. De un lado, los datos estadísticos, cuyo valor probatorio a estos efectos –y como también viene siendo habitual–⁶ deja fuera de toda duda, siempre que sean fiables y lo suficientemente significativos y no respondan a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales. De otro, los objetivos pretendidos con la inclusión de esta incompatibilidad en la norma. Con respecto a los primeros, señala el Tribunal que el órgano remitente no debe quedar limitado por el porcentaje de hombres y mujeres afiliados al Régimen General y al RETA, en tanto que no existe una relación directa entre la afiliación a un régimen en concreto y el número de perjudicados por regla de la incompatibilidad. Por lo tanto, para comprobar si existe una desigualdad que deba corregirse, indica la Sala que el órgano remitente debe tomar en consideración, en primer lugar, al conjunto de trabajadores y trabajadoras que, en principio, pudieran tener derecho a más de una incapacidad permanente total. Partiendo de este dato, se debe confrontar el número de trabajadores a los que no se les permite compatibilizar las pensiones por la regla anticúmulo con el número de trabajadores varones a los que sí se les permite hacerlo por derivar aquéllas de regímenes distintos y actuar de igual forma con las mujeres. Obtenidos esos porcentajes, deben compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre el número de trabajadores varones afectados negativamente por la incompatibilidad y el número de trabajadoras en igual situación.

Aun con revestir cierta complejidad, se entiende el modo de razonar del Tribunal. No se trata tanto de ver y analizar toda una serie histórica o el número total de afiliados hombres y mujeres a los distintos regímenes de la Seguridad Social y derivar de ahí, en bruto, una serie de consecuencias, sino, más bien, de comprobar si entre los concretos afectados por el mandato anticúmulo puede apreciarse o no la discriminación indirecta que se alega. Será interesante comprobar qué resultados arrojan las estadísticas, porque, más allá de las operaciones que señala la Sala que deben realizarse, sí que es cierto que, según datos requeridos al INSS por el propio TJUE y a diciembre de 2021, había un porcentaje mayor de trabajadores varones (69.06%) que de mujeres que, en principio, podían acumular al menos dos pensiones de IPT (30.93%), pero un porcentaje similar de hombres (54.43%)

⁵ Lo que implica “su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física la persona trabajadora, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez” (STS de 18 de enero de 2002, Rº. 2479/2001).

⁶ Por ejemplo, STJUE de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19).

y de mujeres (45.56%) afectados negativamente por la regla del art. 163 LGSS, al menos, eso sí, en el Régimen General.⁷ Con todo y por si las cifras arrojaran unos resultados no muy abultados, el Tribunal recuerda que ello no impediría apreciar una apariencia de discriminación indirecta por razón de sexo, en tanto que una diferencia menos importante, pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo entre trabajadores y trabajadoras podría, también, poner de manifiesto esa desigualdad.

En cualquier caso y como antes se ha dicho, la Sala coloca en la balanza no sólo las estadísticas, sino también el propósito que pretende alcanzarse con una exigencia como la que es objeto de controversia, esto es, la sostenibilidad del sistema de pensiones al evitarse en estas situaciones el pago de dos pensiones del mismo régimen a un mismo beneficiario de la Seguridad Social y el reparto equitativo de los fondos públicos. En este punto, el Tribunal recuerda que la preservación de la viabilidad del sistema de Seguridad Social puede considerarse un objetivo legítimo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo. No obstante y con todo, reconoce que la regla anticúmulo no se aplica de forma coherente y sistemática y no puede ser adecuada para alcanzar el objetivo invocado. Y no puede serlo por una razón muy sencilla: porque si de lo que se trata es de garantizar la viabilidad presupuestaria y garantizar una asignación racional de los fondos públicos, no parece tener mucho sentido que se permita la acumulación y, por lo tanto, el pago de dos pensiones cuando éstas derivan de dos regímenes distintos y denegarla cuando provienen del mismo régimen. Si de lo que se trata, dicho de otro modo, es de evitar un dispendio público adicional, no se entiende cómo se permite la acumulación para unos casos y no para otros, máxime cuando ello implica conceder una ventaja económica para un grupo de beneficiarios sobre otro.

A mi modo de ver, creo que es certero el Tribunal con este último argumento. Más allá de lo que puedan demostrar los datos estadísticos sobre los distintos porcentajes de hombres y de mujeres penalizados por la norma del art. 163 LGSS (datos que, posiblemente, evidencien que la regla coloca a las mujeres en una clara posición de desventaja sobre los trabajadores varones), lo cierto es que la viabilidad del sistema no puede servir de excusa para ofrecer a ciertos trabajadores, sean hombres o mujeres, una sobreprotección, una ventaja económica sobre el resto. Si de lo que se trata es de realizar un gasto racional de los recursos públicos, no parece existir justificación alguna para denegar la compatibilidad en un mismo régimen y para aceptarla cuando las pensiones provienen de diferentes regímenes. El criterio para ambos casos, que debería ser homogéneo, no lo es, lo que implica la generación de situaciones poco equitativas y que merecen ser corregidas o, como poco, tomarlas en consideración.

En este sentido, podría defenderse la incompatibilidad entre las pensiones, sean de un mismo régimen o de distintos, de forma generalizada y ello habida cuenta de las consabidas dificultades presupuestarias por las que atraviesa el sistema de la Seguridad Social. Con todo, a nadie se le escapa que esta solución no sería completamente satisfactoria, primero porque supondría impedir u obstaculizar el pluriempleo o la pluriac-

⁷ El INSS no le remitió al TJUE los datos correspondientes al RETA.

tividad de los trabajadores, algo que, a su vez, el propio sistema no puede permitirse, y segundo, porque chocaría frontalmente con la idea motriz que inspira, en concreto, a la pensión de incapacidad permanente total, la reinserción laboral de las personas que padecen algún tipo de circunstancia inhabilitante para prestar servicios en su profesión habitual, pero no en otra o en otras. Y así, tratando de conciliar todos los intereses en juego, podría pensarse, en línea de principio, en una modificación legislativa, acaecida al socaire de la sentencia europea, por la que se permitiera compatibilizar, ya sea en el mismo régimen o en regímenes distintos, dos pensiones ganadas en sucesivos momentos y con distintas cotizaciones y con fundamento en distintas actividades. Con todo, la aplicación de esta regla, que supondría superar el alcance limitado o *ad intra* del actual art. 163 LGSS (y sus homólogos), debería quedar sujeta, en mi opinión, a tres condicionantes. En primer lugar, al consabido criterio de que la posterior pensión no absorba a la anterior (caso de una incapacidad permanente total inicial y una incapacidad permanente absoluta posterior). En segundo lugar, a que la suma de ambas pensiones quede topada en un máximo, precisamente para que la medida fuera acorde con ese principio de racionalidad de los recursos propios del sistema de la Seguridad Social al que anteriormente se aludía. Y tercero y por último, a que las dolencias causantes fueran de distinta índole, de modo tal que pudieran ser valoradas de forma independiente. En caso contrario, esto es, si existiera un mismo estado patológico, generando una limitación acumulada en el mismo beneficiario de la Seguridad Social, creo que la incompatibilidad debería desplegar todos sus efectos, si quiera sea en atención al principio de evitación del enriquecimiento injusto, que es lo que sería percibir dos prestaciones por el mismo estado patológico. La incompatibilidad, pues, sólo estaría justificada en caso de que las pensiones sucesivas se hubieran reconocido en atención a las mismas dolencias, pues, si de lo que se trata es de evitar que se lucren pensiones por el mismo esfuerzo contributivo y que se duplique la protección ante un mismo estado de necesidad, lo más coherente es entender que las dolencias que provoquen las diversas pensiones habrían de ser distintas.

Ciertamente, esta medida constituiría –si se permite la expresión– una suerte de “café para todos”, puesto todo aquel, hombre o mujer, que estuviera en esta circunstancia tendría derecho a la compatibilidad; pero, sin embargo, no parece que ello pudiera ser suficiente para eliminar cualquier atisbo de discriminación. La reduciría notablemente eso seguro, porque las mujeres, sin necesidad de estar en dos o más regímenes, tendrían la opción de compatibilizar pensiones en un mayor número de ocasiones que ahora. Pero ¿sería ésta una medida que erradicaría totalmente la discriminación existente? Para responder a esta pregunta, hay que, necesariamente, dar un paso hacia atrás para ofrecer una visión de conjunto más amplia. Porque sobre lo que hay que reflexionar es sobre si las trabajadoras acceden en menor proporción que los hombres a las pensiones de incapacidad permanente. Éste, sin duda, es otro problema distinto a la compatibilidad entre pensiones, añadido, desde luego, a la situación, pero distinto porque entonces la discriminación ya no derivaría de la aplicación del art. 163 LGSS, que es la norma que la sentencia europea pone en cuestión, sino de otro u otros condicionantes. Pero, vayamos por partes.

Porque, a bote pronto, llegar a la conclusión de que existe un mayor número de trabajadores varones a los que se les reconoce una pensión de incapacidad permanente con respecto a las mujeres puede ser tarea no tan sencilla de emprender. Ciertamente, sí lo es de fijarse en los datos estadísticos y comprobar el número de mujeres que en el Régimen General y en el RETA acceden a la pensión de incapacidad permanente frente a los hombres.⁸ De acometer ese ejercicio, resulta que, a junio de 2022⁹ y tomando como referencia las pensiones en vigor, hay, en total, un número mayor de pensionistas varones por incapacidad permanente (598.125, el 62.79%) que de pensionistas mujeres (354.311, el 37.21%). Y, si prestamos atención al desglose entre el Régimen General y el RETA, se aprecia que, en el Régimen General, un 59.43% de los pensionistas varones perciben la prestación, mientras que las pensionistas representan el 40.57%. Mientras, en el RETA, un 68.05% son pensionistas varones, mientras que las mujeres representan el 31.95%. A ello se añade la cuantía de la pensión media que, proporcionalmente, es mayor en los hombres que en las mujeres.

	Incapacidad permanente					
	Total		Hombres		Mujeres	
	Núm.	P. Media	Núm.	P. Media	Núm.	P. Media
Total sistema	952.436	1.035,43	598.125	1.089,41	354.311	944,31
RGSS	726.616	1.055,33	431.828	1.110,56	294.788	974,42
RETA	115.212	787,84	78.403	816,23	36.809	727,36

*Fuente: Seguridad Social.

Esta tendencia es constante en todos los meses del año 2022, pero incluso en los años precedentes. Como botón de muestra, véanse, por ejemplo, años alternos, el año 2020 y el 2018. En el 2020, en el Régimen General había un 59.99% de pensionistas varones por incapacidad permanente frente al 40.01% de pensionistas mujeres, mientras que, en el RETA, había un 68.46% de pensionistas varones frente al 31.54% de pensionistas mujeres. En el 2018, por su parte, en el Régimen General había un 60.82% de pensionistas varones por incapacidad permanente frente al 39.18% de pensionistas mujeres, mientras que, en el RETA, había un 68.82% de pensionistas varones frente al 31.18% de pensionistas mujeres.

De completar y seguir con la serie histórica, se apreciaría una tendencia evidente que mostraría que, en efecto, más hombres que mujeres acceden a la pensión de incapacidad permanente. Y podríamos quedarnos ahí y, desde ese punto, intentar proponer soluciones para solventar tal problema. Ahora bien, conviene tener en cuenta, antes de continuar, que estos datos tan sólo ofrecerían una visión parcial de la situación.¹⁰ Y ello

⁸ Así afronta la tarea Arenas, Miguel, 2022. Comentario de urgencia respecto a la STJUE 30/06/2002 (asunto C-625/2020). Derecho a percibir dos pensiones de IPT en el mismo régimen". Disponible en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2022/07/comentario-de-urgencia-respecto-la.html> [consulta 10 de julio de 2022].

⁹ En tanto que junio de 2022 es el último mes con datos a fecha de cierre de este trabajo.

¹⁰ Por realizar una operación matemática sencilla, imagínese lo siguiente: si las mujeres afiliadas en el Régimen General en junio de 2022 fueran tan sólo 300.000 y a 294.788 de ellas se les hubiera concedido la

porque justamente extraer conclusiones de toda una serie histórica es lo que proscribe el TJUE, es el error que comete el juez de instancia al elevar la cuestión prejudicial y que es puesto de manifiesto por la Sala mostrándole otro método de cálculo: la comparación entre proporciones o magnitudes. Algo que, a mi modo de ver, debería hacerse en tres pasos: primero, comparando el número de trabajadores varones afiliados al Régimen General con el número de pensionistas varones que perciben una pensión de este tipo; segundo, comparando el número de trabajadoras afiliadas al Régimen General con el número de pensionistas mujeres que perciben una pensión de este tipo; y, tercero, comparando ambas proporciones. Desde luego y para obtener una fotografía más detallada, la operación se repetiría en el RETA.

AÑO	RÉGIMEN	PENSIONES				AFILIADOS				RELACIÓN ENTRE PENSIONES CON EL NUM. DE AFILIADOS		
		HOMBRES	V. HOMBRES	MUJERES	V. MUJERES	HOMBRES	V. HOMBRES	MUJERES	V. MUJERES	HOMBRES	MUJERES	DIFERENCIAL
2022	RGSS	431.828		294.788		8.564.813		8.124.014		5,04%	3,63%	38,95%
	RETA	78.403	-8,38%	36.809	-4,94%	2.125.058	1,69%	1.213.334	6,30%	3,69%	3,03%	21,62%
2021	RGSS	431.038		290.373		8.199.734		7.701.875		5,26%	3,77%	39,43%
	RETA	79.624	-7,17%	36.965	-5,71%	2.120.881	2,75%	1.192.255	6,69%	3,75%	3,10%	21,09%
2020	RGSS	433.151		286.706		7.835.658		7.337.446		5,53%	3,91%	41,47%
	RETA	81.203	-6,36%	37.266	-9,70%	2.085.673	4,79%	1.160.884	9,98%	3,89%	3,21%	21,28%
2019	RGSS	436.805		284.776		8.312.545		7.789.345		5,25%	3,66%	43,73%
	RETA	83.424	-2,51%	38.081	-1,65%	2.110.507	1,00%	1.176.935	3,11%	3,95%	3,24%	22,17%
2017	RGSS	435.019		270.518		7.716.185		7.180.727		5,64%	3,77%	49,65%
	RETA	85.573	-0,23%	38.720	-1,23%	2.089.643	1,24%	1.141.411	2,14%	4,10%	3,39%	20,72%
2015	RGSS	428.119		256.249		7.120.554		6.705.949		6,01%	3,82%	57,34%
	RETA	85.771	-1,09%	39.203	-5,00%	2.064.083	3,70%	1.117.521	5,87%	4,16%	3,51%	18,45%
2013	RGSS	428.627		250.648		6.775.079		6.457.719		6,33%	3,88%	63,00%
	RETA	86.716	-1,18%	41.267	-4,02%	1.990.382	-1,17%	1.055.570	0,09%	4,36%	3,91%	11,44%
2012	RGSS	432.112		249.945		7.105.237		6.605.172		6,08%	3,78%	60,72%
	RETA	87.751		42.994		2.014.011		1.054.626		4,36%	4,08%	6,88%

Ésta sería una forma de acercarse al problema estadístico más acorde con lo que el TJUE requiere. Partiendo, pues, este método de cálculo, para este trabajo se ha optado por comprobar las estadísticas de tres años en concreto (2022, 2017 y 2012). Es decir, se analiza una línea de tiempo de tres años no consecutivos, pero separados entre sí por un intervalo de cinco años, para ofrecer, de este modo, un muestreo de un arco temporal de diez años. Con todo y para comprobar líneas de tendencia, se han analizado también otros años intermedios (2013, 2015, 2019, 2020 y 2021). A partir de ahí, se ha comparado el número de afiliados en el mes de junio en alta en el Régimen General¹¹ y en el

pensión, es evidente que ninguna problema de acceso a la misma tendrían por el hecho de ser mujeres, pues prácticamente a todas ellas se les habría otorgado.

¹¹ En el Régimen General, además de a los trabajadores propios de este régimen, se han sumado los trabajadores del sistema especial agrario y del sistema especial de empleados de hogar.

RETA¹² (realizando la segregación entre sexos) con el número de pensionistas hombres y mujeres también para esos años y para ese mes. Y los resultados en página anterior.

La tabla (página 46), ciertamente, puede tener dos lecturas, en absoluto excluyentes. Por un lado, es notorio, si nos fijamos en la columna del diferencial, el hecho de que un mayor porcentaje de hombres que de mujeres tiene derecho a la pensión de incapacidad permanente (un 38.95% más en el Régimen General y un 21.62% más en el RETA). Desde este punto de vista, puede decirse que esta pensión se encuentra masculinizada y que la eliminación de la incompatibilidad entre pensiones del mismo régimen ayudaría a paliar la discriminación por razón de género, pero no la eliminaría de raíz.¹³ Pero, sin negar aquella conclusión, lo cierto es que también puede apreciarse, si ahora ponemos la lupa sólo sobre el Régimen General, cómo las mujeres van accediendo a lo largo de los años con más facilidad a este tipo de pensiones. De hecho y de nuevo con los datos que arroja la columna del diferencial, las cifras se van reduciendo notablemente: 11.07 puntos de diferencia entre el 2012 y el 2017 (de 60.72% a 49.65%) y 10.7 puntos de diferencia entre el año 2017 y el 2022 (de 49.65% a 38.95%). A mi modo de ver, este dato evidencia claramente que, a pesar de todo, a pesar de que la pensión presenta un sesgo de género evidente, cada vez hay más mujeres que acceden a ella, lo que conduce, al tiempo, a la conclusión de que no existe o, mejor dicho, no parece existir *a priori*, una barrera de acceso a la misma a partir, como se ha apuntado¹⁴, de la configuración de la propia incapacidad permanente por grados. No creo, con estos resultados en la mano, que la Disposición Transitoria 26ª LGSS sea el problema. A mi juicio, más bien, se trata de que, también aquí, se evidencia ese trasvase que existe de la brecha de género en el empleo a la Seguridad Social. Se muestra ello en el menor número de mujeres afiliadas y en alta al Régimen General, en el menor número de pensiones que, por ende, perciben respecto de los hombres e, incluso, en la menor cuantía económica que se les abona, fruto todo ello de las dificultades que encuentran las mujeres en el acceso y en el mantenimiento del empleo y en su menor remuneración a causa de factores tan diversos como su habitual prestación de servicios en sectores o profesiones de más bajo nivel económico o los riesgos que para su carrera profesional conlleva la maternidad y los cuidados. Y, además de todo esto, tampoco puede pasarse por alto que las mujeres se dedican en mayor número que los hombres a profesiones o sectores con menor exigencia física que tal vez no desencadenen tantas patologías como

¹² En el RETA, se han incluido a los trabajadores autónomos propiamente dichos y a los autónomos del SETA.

¹³ Como tampoco solventaría el problema, vistos los datos, el caminar hacia la fórmula del principio de pensión única en el sistema equiparando el régimen de pluriactividad con el de pluriempleo. En esta postura, Trillo García, Andrés Ramón, 2022. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de junio de 2022 recaída en el asunto C-625/20, KM contra el INSS". En Brief de la AEDTSS. Disponible en <https://www.aedtss.com/a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-30-de-junio-de-2022-recaida-en-el-asunto-c-625-20-km-contra-el-inss/> [consulta 10 de julio de 2022].

¹⁴ Arenas, Miguel, 2022. Comentario de urgencia respecto a la STJUE 30/06/2002 (asunto C-625/2020). Derecho a percibir dos pensiones de IPT en el mismo régimen". Disponible en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2022/07/comentario-de-urgencia-respecto-la.html> [consulta 10 de julio de 2022].

en las que están empleados los hombres¹⁵, como por el hecho de que ellas, por regla general, cuidan mejor de su salud y tienen una mayor capacidad para tolerar sus dolencias y continuar trabajando.

La situación de las trabajadoras autónomas es más compleja porque, si se observa la columna del diferencial, en el año 2012 tan sólo había un 6.88% más de hombres que accedieron a la pensión respecto de las mujeres, pero en los años 2017 y 2022 el diferencial ya crece al 20%. Ciertamente, con estos datos, sería fácil llegar a la conclusión de que, en el RETA, pesa sobre las mujeres pensionistas una clara discriminación que ha ido aumentando a lo largo del tiempo. Algo que se vería corroborado por el hecho de que este régimen se encuentra fuertemente masculinizado. Esta sería una forma de verlo, cierto; pero existe otra, más cercana a la lógica matemática, que podría –y debe subrayarse ese “podría”– ofrecer otra solución. Veamos.

Las primeras columnas de “V. Mujeres” y “V. Hombres” representan la velocidad a la que crecen las pensiones o, dicho de mejor forma, decrecen. Porque, si se observa, el número de pensiones en el RETA, ya sea su destinatario hombre o mujer, experimenta descensos, más acusados ciertamente en los años 2020, 2021 y 2022, años pandémicos y, por lo tanto, años con mayor número de fallecimientos en España. Por su parte, las otras columnas marcadas con “V. Mujeres” y “V. Hombres” representan la velocidad a la que se afilian los hombres y las mujeres al RETA y, si se observan con detalle, es fácil vislumbrar que las mujeres se afilian a este régimen a una mayor velocidad que sus compañeros varones. Pues bien, si aunamos todos estos datos, se observa que el diferencial resultante (recuérdese, un mayor porcentaje de hombres que de mujeres percibiendo la prestación) viene condicionado por el hecho de que es más rápida la velocidad de afiliación de las mujeres en el RETA que la velocidad a la que se generan pensiones que, además, mantiene una velocidad negativa a los largo de los años.

Esta sería la explicación que ofrece el modelo matemático y, de aceptarla, habría de concluirse que, aunque en el año 2012 la diferencia en el porcentaje de hombres sobre mujeres que accedieron a la pensión era muchísimo menor que en el año 2022, la cifra actual viene condicionada por la mayor celeridad que se observa en la afiliación de mujeres en este régimen sobre la que corresponde a la de varones. Ciertamente, es alta la diferencia (un 21.62% de los hombres sobre las mujeres en el momento actual disfrutaban de una pensión de incapacidad permanente) y ello puede hacer pensar, de nuevo, en todos esos factores que se reseñaron cuando se aludió más arriba a las cifras del Régimen General; pero es que, a su vez, también se ha producido de forma más acusada la afiliación de las mujeres en el RETA, con lo cual unas cifras compensan –o parecen compensar– a las otras. A mayor abundamiento, ese dato de la mayor rapidez con que las mujeres se afilian a este régimen tampoco cabe minusvalorarlo. Y es que es del todo punto significativo, desde el punto de vista de la igualdad, que cada vez más mujeres opten por afiliarse al

¹⁵ Como botón de muestra, sirvan tres ejemplos: a junio de 2022 y sumados el Régimen General y el RETA, en la construcción de edificios hay empleados 434.983 hombres frente a las 65.717 mujeres, en el sector del transporte terrestre y por tubería hay 542.556 hombres frente a las 78.632 mujeres y en la fabricación de productos metálicos hay 226.457 hombres frente a las 39.174 mujeres.

RETA, lo que puede ser debido a condicionantes tan diversos como el relevo generacional en las empresas, el mayor atractivo que puede tener el emprendimiento a la hora de conciliar mejor la vida familiar con la laboral o la búsqueda de un segundo empleo que complemente los ingresos que se perciben en un trabajo por cuenta ajena.

Hechas, pues, todas estas consideraciones y descartadas, en consecuencia, otras propuestas que se han realizado, tal vez una solución que podría plantearse para atajar las diferencias existentes pudiera ser la de integrar la perspectiva de género en el tratamiento de salud laboral, lo que pasaría, a los efectos que aquí importan, por integrar los riesgos psicosociales, que presentan un sesgo fuertemente feminizado¹⁶, en el anexo I (o, incluso, en el II) del RD 1299/2006. Como se sabe, el anexo I contempla seis grupos de patologías relacionadas con agentes o sustancias contaminantes presentes en el entorno de trabajo que son consideradas, *per se*, como enfermedades profesionales.¹⁷ En el anexo II, por su parte y de modo complementario, se relaciona una lista de enfermedades, también derivadas de agentes y sustancias contaminantes, cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro. Pues bien, en la medida en que los riesgos psicosociales son “invisibles”, es decir, más difíciles de demostrar que éstos últimos y de vislumbrar el nexo causal directo con la prestación de servicios y el entorno de trabajo¹⁸, se comprende la reticencia del legislador a incluirlos en estos listados.

Ello no obstante, a mi modo de ver, convendría tener en cuenta también que tales riesgos son susceptibles, de igual forma que los anteriormente mencionados, de sustentar una incapacidad o de mantenerla, pues pueden condicionar y mucho el estado psíquico, pero también físico, de la persona trabajadora y la manera en que afronta su trabajo, pueden agravar otras enfermedades o iniciarlas, condicionar una respuesta no óptima al tratamiento médico que se prescriba y retardar con todo ello la vuelta al puesto de trabajo. Listarlas –tarea no sencilla, pero no por ello imposible de acometer– podría sacar a la luz muchos trastornos de la salud en profesiones o sectores altamente feminizados (piénsese en el sector educativo, sanitario, de asistencia social o servicios sociales) y provocar, en consecuencia, un aumento en el número de mujeres beneficiarias de una

¹⁶ Sobre ello, vid. los estudios “Guía género y riesgos psicosociales en el trabajo”, publicado en <https://www.ugt.es/sites/default/files/guiageneroyriesgosweb.pdf> y “New risks and trends in the safety and health of women at work, European Risk Observatory, European Agency for Safety and Health at Work”, publicado en <https://osha.europa.eu/sites/default/files/new-risks-safety-health-women-work.pdf>. Y también Rodríguez Muñoz, Alfredo, Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género. En Blázquez Agudo, Eva María (Dir.), *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, 16-26 y Cifre, Eva, Agut, Sonia y Salanova, Marisa, Demandas y características del trabajo como predictores de la salud mental en el trabajo en función del sexo. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 3, n.º 16, 2000, 243-258.

¹⁷ A estos efectos, señala el art. 157 LGSS que “se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

¹⁸ Por poner un ejemplo, los factores que provocan una enfermedad mental pueden ser multicausales, no necesaria y estrictamente de índole laboral.

pensión de incapacidad permanente.¹⁹ Sería ésta, en definitiva, una propuesta a partir de la cual afrontar también el problema de la discriminación en esta pensión, que tal vez podría contribuir, junto con la eliminación de la regla de la incompatibilidad, a reducir en una mayor medida la brecha existente entre hombres y mujeres en este ámbito.²⁰

3. La prestación por el cuidado corresponsable del lactante: cuando no extenderla a las familias monoparentales puede suponer (¿o tal vez no?) una discriminación por razón de género

El art. 2.9 RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación modifica el apartado cuarto del art. 37 ET con el fin de otorgarle una nueva redacción al permiso por lactancia más ajustada a los cánones que marca la corresponsabilidad entre progenitores. De esta forma, se modifica su denominación, se clarifican aspectos tales como su finalidad y su titularidad, se realizan ajustes en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada y se introduce como novedad lo que bien podría pasar a denominarse “reducción de jornada corresponsable” que se extiende de los nueve a los doce meses de vida del menor. Precisamente a esta extensión del derecho a la reducción de jornada se le anuda una prestación económica a cargo de la Seguridad Social contemplada en los arts. 183 a 185 LGSS y cuya finalidad es paliar la reducción salarial que se sufrirá durante esos tres meses de más que se conceden más allá de los nueve meses de vida del lactante. Su cuantía está tasada en un “subsido equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo” y se extinguirá cuando el menor cumpla los doce meses.

Lo que se pretendió en su momento por quien legisla era claro: incentivar el ejercicio masculino del derecho y promover la corresponsabilidad para no hacer recaer sobre la mujer la carga del cuidado. Ahora bien, tanto el permiso en sí como la prestación llevan, en su virtud, la penitencia, si se permite la expresión porque, en efecto, al intentar favorecer la situación del colectivo femenino, terminan por perjudicar a un modelo de familia distinto del tradicional o biparental, esto es, a las familias monoparentales encabezadas, precisamente, en su mayor parte, por mujeres.²¹ Y es que con ser muy loable el propósito

¹⁹ A fin de cuentas, para lucrar la pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional no se exige período de cotización, hecho éste que podría favorecer a muchas mujeres con períodos de cotización irregulares en el tiempo a causa de las labores de cuidado o sin la cotización suficiente.

²⁰ De hecho, de no poderse integrar en el anexo I del RD 1299/2006, hay quien ha propuesto contemplarlas en el anexo II, conformando así una suerte de listado de enfermedades psicosociales que gozarían de una presunción *iuris tantum* de laboralidad, admitiéndose, pues, en ellas la prueba en contrario. Así, Contreras Hernández, Óscar, La inclusión de los riesgos psicosociales en el cuadro de enfermedades profesionales: evidencias y propuestas para una revisión legal. En AA.VV., *Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y Desafíos de una protección social centenaria*, Murcia, Laborum, vol. I, 2020, 433-444.

²¹ Tomando como referencia los datos estadísticos del INE del año 2020 (último año a la fecha de cierre

que inspira el RD Ley 6/2019, lo cierto es que ciertas matizaciones que introdujo esta norma colocan en una muy difícil tesitura a las mujeres que, bien por decisión bien por otras circunstancias, deciden afrontar la maternidad en solitario, con todo lo que innegablemente ello comporta. Si como muestra un botón, véase el caso de la suspensión por nacimiento de hijo (entendida en su más amplia expresión). Muy sorprendentemente, se indica en el actual art. 48.6 ET, en la redacción dada por el Real Decreto antes mencionado, que las dieciséis semanas que disfruta cada progenitor quedan ampliadas en dos más en el supuesto de discapacidad del hijo o en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, pero siempre que una de esas dos semanas de más sea disfrutada por cada uno de los dos progenitores. Y resulta este hecho sorprendente en tanto en cuanto, como se recuerda, con anterioridad a la reforma operada, ninguna distribución imperativa se realizaba de este período adicional. Simplemente, se añadían, de concurrir las circunstancias, dos semanas más a las dieciséis ya previstas de suspensión, advirtiéndose –eso sí– de que si ambos progenitores trabajaban, ese período adicional se distribuiría a opción de los interesados, pudiendo disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, pero en todo caso ininterrumpida. No obstante, la actual redacción, que no deja margen a la interpretación, implica que deban existir dos progenitores necesariamente y que entre ambos se procederá a realizar el reparto de las dos semanas adicionales, pues a cada uno de ellos se le otorgará una semana de más. La diferencia es notable, como puede apreciarse y, evidentemente, se entiende cuál ha sido el modo de discernir del legislador y, en consecuencia, desde esa óptica, nada podría objetarse. Ahora bien, de nuevo no hace falta agotar muchos argumentos para sostener que nos encontramos con una norma que favorece un único modelo de familia, el biparental, en el que ambos progenitores pueden asumir el cuidado del menor y que excluye o, al menos, no parece tener en cuenta la existencia de hogares con un único cabeza de familia que asume él solo la responsabilidad en el cuidado del hijo. La retirada en estos supuestos de una semana más de suspensión no tiene justificación objetiva y razonable posible porque simplemente no se entiende el motivo por el que, en supuestos en los que la carga de la crianza es mayor, deba el padre o la madre titular de un hogar monoparental disfrutar de una única semana de más por encima de su período de suspensión. Afortunadamente y aunque lo correcto sería que esta deficiencia se corrigiera legislativamente (algo que,

de este trabajo), el total de hogares en España era de 18.754.800. De ellos, el tipo de hogar más frecuente en fue el formado por parejas, con o sin hijos, que supuso el 54% del total, lo que conduce a la conclusión de que, en España, el prototipo de familia lo conforma la pareja. Pero, si ponemos ahora el foco en las familias monoparentales, se puede observar cómo experimentan un ascenso en el año 2020, llegando a un total de 1.944.800 frente a los 1.887.500 hogares del año 2019 (variación anual del 3%). Y lo cierto es que esta cifra no ha parado de crecer. Si en el año 2000, los hogares monoparentales eran en torno a los 182.000, en la actualidad, como se ha apuntado, existen casi un total de dos millones de hogares en esa situación, por lo que puede decirse que son el único modelo de familia que dibuja, a lo largo de los años, una clara línea ascendente. En los hogares monoparentales, además, se observa un evidente sesgo de género, pues son las mujeres las que mayoritariamente están al frente de los mismos. En concreto, en el año 2020, había 1.582.100 hogares con una mujer a la cabeza de estas familias (el 81,35% del total), mientras que los hogares con padres al frente representaban, por el contrario, el resto, 362.700 (18,65%).

de nuevo, incomprensiblemente no se ha hecho a pesar de las oportunidades que se han tenido para ello), la redacción de la norma ha sido rectificada por criterio técnico del INSS²² en el sentido de conceder las dos semanas de más cuando exista la suspensión de un único contrato de trabajo, la del único progenitor existente, dejando sin efecto en estos casos el inciso que introduce el reparto entre los dos progenitores.²³

Problema distinto al anterior, pero que también concierne a las familias monoparentales, es el que acontece con la duración de esta suspensión por nacimiento de hijo. Como es conocido, el RD Ley 6/2019 convirtió a este derecho en intransferible, por lo que cada progenitor lo puede hacer valer de forma independiente al otro. Ello quiere decir, por lo que ahora importa, que los hijos nacidos en una familia biparental o tradicional dispondrán de más tiempo de cuidados que los nacidos en el seno de una familia monoparental, puesto que en las primeras el tiempo sumado de suspensión de ambos progenitores alcanzará las treinta y dos semanas, pero en las segundas, en las que existe un único progenitor, el tiempo de cuidado sólo seguirá siendo de dieciséis semanas. Esta anómala situación ha llegado ya a sede judicial, donde es posible encontrar tanto resoluciones que abogan por sumar ambos períodos en estos casos (el que le corresponde al progenitor solo y el que le correspondería al otro progenitor si existiera), determinando ello, además, el acrecimiento del tiempo de la correspondiente prestación²⁴, como otras que niegan el derecho al ser las finalidades de las suspensiones de ambos progenitores diferentes y corresponder una decisión de tal calibre al legislador.²⁵ Todo está a la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie al respecto. Pero mientras tanto, se van sucediendo sentencias en las que la primera opción interpretativa, basada en el interés superior del menor y en la proscripción de toda discriminación por razón de filiación y sexo, está siendo extendida a otros derechos conexos, como el que ahora aquí importa, justamente el del permiso para el cuidado del lactante y el de la prestación que lleva anudada la denominada anteriormente “reducción de jornada corresponsable”.

Concretamente, el art. 183 LGSS dispone que “a efectos de la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad”. Se configura, de este modo, una situación protegida que da derecho a la co-

²² Criterio de gestión 16/2019, de 31 de julio de 2019.

²³ Sobre todo ello, vid. Blasco Jover, Carolina, La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 2020, 139 y 140.

²⁴ Entre otras, SSTSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2020 (Rº. 941/2020) y Cantabria, de 8 de abril de 2022 (Rº. 234/2022) y STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de octubre de 2021 (Rº. 268/2021).

²⁵ Por ejemplo, STSJ Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2021 (Rº. 2089/2021).

respondiente prestación y que parte de la base de que ambos progenitores, los dos, han reducido su jornada para cuidar del menor desde que éste cumple los nueve meses y hasta que cumpla los doce. El dato relevante es, pues, la existencia de ambos progenitores en tanto que la finalidad de esta previsión, junto con el carácter intransferible del permiso, es promover y fomentar el cuidado corresponsable del menor. No obstante, a pesar de esta encomiable finalidad y respecto de la cual nada se puede objetar, fíjese que una previsión como ésta deja fuera de su ámbito de aplicación al progenitor solo o sin pareja, que no podrá extender la duración de este permiso más allá de los nueve meses de vida del menor y que, por ello, tampoco podrá acceder a la correspondiente prestación pública. ¿Plantea este hecho una discriminación indirecta sobre la mujer en tanto que es ella la que, en su mayoría, opta por asumir la maternidad en solitario conformando una familia monoparental?

A este problema se enfrenta la ya firme STSJ País Vasco, de 12 de abril de 2022 (Rº. 265/2022), que tiene que decidir si es posible, aun con todo, conceder la prestación a la madre sola. La conclusión a la que se llega es afirmativa, es decir, la Sala trasciende de la interpretación literal de la norma y aboga por otra hermenéutica más favorable a la protección tanto de los intereses de la madre como del niño. Sostiene, de este modo, que la pretensión no ha de ser estudiada únicamente desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, sino también atendiendo a su dimensión constitucional habida cuenta de la discriminación por motivo de filiación en la que se puede incurrir y también por la discriminación, otra vez indirecta, que sufrirían las mujeres que deciden optar por la monoparentalidad.

Por lo que atañe al primer punto y sobre la base del principio del interés superior del menor contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero también en otras normas²⁶, se plantea si esta opción legislativa de considerar que necesariamente haya dos progenitores para que se pueda disfrutar tanto de un mayor tiempo de reducción de jornada como de la prestación que lleva anudada esta posibilidad constituye una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE. En opinión de la Sala, así es, porque el menor nacido (o adoptado o acogido) en el seno de una familia en la que se encuentran los dos progenitores disfruta de un mayor período de cuidado y atención de éstos a través de la reducción de jornada que el nacido (o aco-

²⁶ Cabe recordar que el art. 39.2 CE consagra la primacía del interés y protección de los hijos menores y el art 39.1 CE establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Y, según art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales se han de interpretar conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales. Siendo que los Tratados Internacionales válidamente celebrados forman parte del ordenamiento jurídico (art. 96 CE), ha de estarse a lo que indica la Convención sobre los Derechos del Niño que señala que “los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención, sin distinción alguna por la condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, debiéndose adoptar todas las medidas para que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares”. De igual forma, dictamina que “todas las medidas que se adopten por las instituciones públicas o los Tribunales considerarán primordialmente el interés superior del niño”. En términos semejantes, se pronuncian la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y el art. 24 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea.

gido o adoptado) en el seno de una familia con único ascendiente. No contemplar en la norma este hecho supone, pues, introducir un factor discriminatorio en absoluto deseable hacia el menor que se integra en ellas por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor, que debería quedar proscrita.

Pero, es más, calibrando también el asunto desde la perspectiva de género, resulta que, como antes se ha comentado, son las mujeres las que se encuentran a la cabeza de un mayor número de hogares monoparentales. Y si esto es un dato incontestable, la Sala llega a la conclusión de que el legislador, al introducir derechos cuyo disfrute hace depender de la existencia de dos progenitores, perjudica, aunque sea de forma indirecta, a la mujer: si ésta opta por la monoparentalidad, se encontrará con que el mayor tiempo de cuidado, dedicación y atención que debe prestar al menor (y que, a su vez, desgasta su carrera profesional) no es tenido en cuenta por una legislación que prioriza un determinado modelo de familia; una legislación, además, que la expulsa de la protección que dispensa una prestación pública como la prevista en el art. 183 LGSS cuando el estado de necesidad, en verdad, realmente existe e, incluso, hasta puede llegar a ser más acuciante que el que se genera en el seno de una familia biparental.

Siendo éstos los dos pilares fundamentales sobre los que el Tribunal asienta su razonamiento, creo que acierta cuando otorga la prestación a la progenitora sola, en tanto que existe una quiebra del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 CE, que debería ser corregida. Pero, en mi opinión, esta quiebra acontece no tanto por los argumentos que se ofrecen, sino por la diferenciación que, indirectamente, se realiza entre familias biparentales y familias monoparentales. Y es que ni creo que se produzca, en este contexto, sobre esta prestación, una discriminación respecto del hijo por razón de filiación o estado civil de su progenitor, ni creo que exista una discriminación indirecta hacia la mujer. Lo primero porque, de no existir esta “reducción de jornada corresponsable” y la prestación que lleva anudada, el hijo podría disfrutar, si así quisiera o pudiera su progenitor, de una reducción de jornada ordinaria, esto es, la prevista en el art. 37.6 ET. Nada se lo impediría, más allá, obviamente de la consabida disminución de ingresos que ello le generaría. Y, lo segundo, porque, a pesar de que son las mujeres las que predominantemente encabezan las familias monoparentales, no creo que pueda derivarse de ahí que planee sobre el art. 183 LGSS la sombra de la discriminación indirecta por razón de sexo. No lo creo porque, en su mayoría, las mujeres, el colectivo en general, no opta por la monoparentalidad, por lo que entiendo que no estaría plenamente justificado extraer de la norma una discriminación de este tipo cuando sólo a un grupo de mujeres le afectaría negativamente. Si acaso, podría decirse que sobre este grupo pesa una discriminación múltiple, por ser mujer y cabeza de un hogar monoparental, pero, a mi modo de ver, sería rozar la hipérbole entender que en el art. 183 LGSS existe una discriminación indirecta por razón de género.

Con todo y como antes he comentado, el diseño de la prestación propicia una fractura del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 CE y ello habida cuenta de que se ha previsto que una familia formada por dos progenitores pueda disfrutar de esta prestación (o, más correctamente, que uno de sus miembros pue-

da disfrutarla) mientras se le niega, por omisión, el derecho a un progenitor solo. Ahí es donde, en mi opinión, debe ponerse el acento, en la diferenciación que se acomete entre un modelo de familia y otro. No existe motivo alguno que la justifique, ni siquiera la libertad que cada cual tiene para elegir formar una familia en pareja o estando solo o las dificultades presupuestarias del sistema. Es más, la monoparentalidad, por la mayor carga en la crianza que recae sobre un único progenitor que dispone de unos únicos ingresos, es una situación jurídica distinta, en absoluto comparable a la biparentalidad, que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas, como, en ocasiones, las normas laborales han previsto para las familias numerosas. No contemplar su realidad supone introducir un factor discriminatorio en absoluto deseable hacia este tipo de familias que bien podrían tener su encaje en el art. 14 CE. Ciertamente, la labor del legislador se torna aquí en fundamental, pues a él le corresponde determinar las condiciones de acceso a una prestación para adaptarlas a las necesidades del momento, por lo que el trato diferenciado que supone que el progenitor de la familia monoparental tenga acceso a una prestación que requiere de la existencia de dos progenitores reclama una regulación que así lo establezca de manera explícita. Ocurre, sin embargo, que, al igual que sucedía con el reparto de las dos semanas adicionales de suspensión por nacimiento de hijo, quien legisla ha mantenido, de momento, silencio sobre el particular. Por ello y a la espera de una Ley de Familias que tenga en cuenta la realidad de las monoparentales, han de ser bien recibidas resoluciones que reinterpretan, conforme a los cánones propios de la igualdad y no discriminación, las normas laborales y de Seguridad Social. En esta sentencia que se comenta, creo, por lo expuesto más arriba, que la Sala yerra en sus argumentos, pues bien podría haber utilizado otro tal vez más adecuado técnicamente hablando. Pero, hasta en tanto el legislador no se pronuncie, este tipo de resoluciones suponen un avance en derechos, que, en absoluto, se puede desdeñar.

4. El cómputo de los períodos de cotización asimilados por parto: su extensión al subsidio por desempleo

Se ha integrado también la perspectiva de género en la interpretación del art. 235 LGSS. Como se conoce, éste dispone que “a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple”. La norma es, pues, meridiana: se reconocen cotizaciones ficticias sólo a las trabajadoras madres, reconociéndose así las dificultades que el cuidado de los hijos acarrea especialmente para este colectivo. O, dicho de otra forma, en tanto que los períodos de cotización de este colectivo son más irregulares que los de sus compañeros varones, se les otorga el derecho a incrementarlo con un total de

ciento doce días (o el tiempo correspondiente por varios hijos) para que puedan tener la oportunidad de alcanzar los períodos de carencia que se exigen legalmente para lucrar o bien la pensión de incapacidad permanente o bien la pensión de jubilación, ambas en su modalidad contributiva.

La previsión es perfectamente acorde con lo que dispone el art. 1 LOIMH en tanto que, con ella, pretende alcanzarse ese horizonte tan anhelado de efectiva igualdad entre hombre y mujer también en el ámbito de la Seguridad Social. Su aportación a la consecución de esta meta no es en absoluto irrelevante... aunque cierto es que, bien mirada, puede quedarse corta al no extenderse a otras prestaciones, ayudas o subsidios distintos a los que el art. 235 LGSS alude. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de junio de 2022 (R^o. 646/2022) toma buena nota de esta problemática y, a través de una interpretación correctora de la norma con base en lo dispuesto en el art. 4 LOIMH, ha considerado que, a efectos del subsidio por desempleo para mayores de 55 (52) años, los períodos de cotización asimilados por parto han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos para la obtención de esta ayuda.²⁷

Ciertamente, la literalidad del art. 235 LGSS y el hecho de que esta previsión, durante todo el período de su vigencia, no se haya visto alterada por modificaciones ulteriores que ampliaran su ámbito de aplicación eran obstáculos a los que la Sala debía enfrentarse. Con todo, los salva con holgura, empleando para ello una serie de argumentos contundentes, a la par que didácticos. De esta forma, y en primer lugar, se pasa revista a sentencias anteriores del Tribunal Supremo en las que integra la perspectiva de género en la interpretación de las normas laborales y de Seguridad Social, ampliando su protección.²⁸ Con ello, respalda una decisión como la que toma, pues confirma que no es un supuesto aislado, sino más bien el fruto de la aplicación de un criterio hermenéutico de interpretación integrado en la aplicación de las normas jurídicas que ha permitido extender a supuestos no expresamente contemplados por el legislador lo previsto para otros.

A continuación, acomete la tarea de recordar cuál es la principal premisa que guía el diseño de un artículo como el 235 LGSS: beneficiar, logrando incrementar su cotización, a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral en tanto que la misma se ha visto afectada por una circunstancia atinente única y exclusivamente a su sexo. De este punto de vista, la norma constituye una clara medida de acción positiva a favor de las mujeres con hijos que han llevado a cabo una actividad laboral (por eso, la medida entronca con la protección contributiva del sistema) y que, por ello, han tenido que compaginar trabajo y familia, con todos los estragos que este hecho es susceptible de provocar en la carrera de cotización de aquéllas.

²⁷ En el caso enjuiciado, ello sólo se cumplía de tenerle en cuenta a la solicitante del subsidio las cotizaciones ficticias por nacimiento de hijo.

²⁸ Sin ánimo de exhaustividad, SSTs de 12 de febrero de 2021 (R^o. 2839/2019), de 2 de julio de 2020 (R^o. 201/2018), de 12 de marzo de 2020 (R^o. 209/2018), de 6 de febrero de 2020 (R^o. 3801/2017), de 29 de enero de 2020 (R^o. 3097/2017), de 26 de septiembre de 2018 (R^o. 1352/2017) y de 7 de diciembre de 2010 (R^o. 77/2010).

Finalmente, se pasa revista a la naturaleza del subsidio de desempleo para mayores de 55 (52) años para concluir que es una ayuda muy próxima a la pensión de jubilación, pensión que, recuérdese, sí se beneficia del cómputo de las cotizaciones ficticias. Los motivos que se arguyen son dos. De un lado, porque, de suyo, el subsidio se concede para cubrir una situación más parecida a la que se genera con la jubilación que a una situación transitoria, de ahí que no se considere subsistente la relación laboral. De otro, porque su disfrute se condiciona al cumplimiento de los requisitos propios de la pensión contributiva de jubilación. En efecto, señala el art. 274.4 LGSS que los beneficiarios de este subsidio serán “los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, que hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social”. Pues bien, en tanto que existe un reenvío de las normas sobre desempleo a las normas propias de la jubilación, si el beneficio de las cotizaciones ficticias opera cuando se trata del acceso a una pensión contributiva de jubilación y si se exige acreditar el cumplimiento de los requisitos propios de esta pensión cuando se solicita el subsidio, resulta meridiano, entonces, que la cotización ficticia ha de desplegar sus efectos, también, en lo que al subsidio por desempleo se refiere.

Desde la atalaya que conforman todos estos planteamientos y haciendo jugar, al tiempo, el mandato contenido en el art. 41 CE y, por ende, la especial protección que debe prestarse a la situación de necesidad que conlleva el desempleo, se llega a la conclusión de que la cotización ficticia, a pesar del tenor literal del art. 235 LGSS, debe tenerse en cuenta para comprobar el cumplimiento de los dos condicionantes que impone el art. 274.4 LGSS para acceder al subsidio (reunir los quince años de carencia específicos propios de la pensión de jubilación y contar con seis años cotizados por desempleo a lo largo de la vida laboral), siendo este resultado al que se llega, al decir del Tribunal, razonable y deseable en el marco de las normas que proscriben toda discriminación por razón de género y por guardarse con él la coherencia interna de la LGSS.

A la resolución, ciertamente, no se le puede oponer tacha alguna. Porque, aunque está por ver su impacto directo a efectos numéricos, lo que resulta innegable es su trascendencia práctica desde el punto de vista de la perspectiva de género, tanto por lo que pone sobre la mesa (la necesidad de tener en cuenta las dificultades laborales que la maternidad ocasiona en las mujeres y en sus carreras de cotización hasta tal punto que las hace no ser merecedoras de ciertas prestaciones o ayudas en situaciones como las propias del desempleo de especial vulnerabilidad) como por el revulsivo que para el legislador debe suponer a efectos de modificar una norma cuyo texto, como se dijo, se ha mantenido inalterado en el transcurso de los años.

5. A modo de conclusiones

Las tres resoluciones judiciales que en este trabajo se han tratado evidencian que aún queda camino por recorrer para desterrar del sistema de la Seguridad Social ciertas diferencias de trato provocadas por la diferente posición que hombres y mujeres ocupan en el mercado laboral y en la tarea de cuidados. Tercia, en consecuencia, realizar una reflexión crítica y en profundidad sobre el particular para hacer frente, sin medias tintas, a este escenario. La jurisprudencia ya está acometiendo esta labor con interpretaciones de las normas jurídicas que intentan corregir las distorsiones existentes utilizando la perspectiva de género como palanca de cambio para avanzar hacia la igualdad real también en este campo. Pero ello ni puede ni debe silenciar la actuación de quien legisla, una actuación que ha de ser firme y contundente, con la articulación de medidas más preventivas que reactivas o coyunturales, que supongan una reforma en bloque del sistema de Seguridad Social y que se enmarquen, a su vez, en una estrategia reformista integral que actúe desde diversos frentes para intentar atacar de raíz y de una vez por todas el problema de fondo. Estando como parece que estamos a las puertas de un tan aclamado Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI y constituyendo la igualdad de género y la reducción de las desigualdades sendos objetivos de desarrollo sostenible que marcan la Agenda 2030, quizá sea el momento también para que, de modo simultáneo, se haga la reflexión y se acometa la tarea por las que desde estas páginas se apuesta.

6. Referencias bibliográficas

- Arenas, Miguel, 2022. Comentario de urgencia respecto a la STJUE 30/06/2002 (asunto C-625/2020). Derecho a percibir dos pensiones de IPT en el mismo régimen”. Disponible en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2022/07/comentario-de-urgencia-respecto-la.html> [consulta 10 de julio de 2022].
- Blasco Jover, Carolina, La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 2020, 109-148.
- Cifre, Eva, Agut, Sonia y Salanova, Marisa, Demandas y características del trabajo como predictores de la salud mental en el trabajo en función del sexo. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 3, n.º 16, 2000, 243-258.
- Contreras Hernández, Oscar, La inclusión de los riesgos psicosociales en el cuadro de enfermedades profesionales: evidencias y propuestas para una revisión legal. En AA.VV., *Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y Desafíos de una protección social centenaria*, Murcia, Laborum, vol. I, 2020, 433-444.
- Rodríguez Muñoz, Alfredo, Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género. En Blázquez Agudo, Eva María (Dir.), *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, 16-26.

Trillo García, Andrés Ramón, 2022. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de junio de 2022 recaída en el asunto C-625/20, KM contra el INSS”. En Brief de la AEDTSS. Disponible en <https://www.aedtss.com/a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-30-de-junio-de-2022-recaida-en-el-asunto-c-625-20-km-contra-el-inss/> [consulta 10 de julio de 2022).

DEBATES

Transición energética y políticas de empleo verde: el caso de la minería del carbón en el noroeste de España*

Energy transition and green employment policies: the case of coal mines in northwestern Spain*

Henar Álvarez Cuesta

Universidad de León

ORCID ID: 0000-0003-0957-1515

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7372>

Resumen: Ante la necesaria transformación que ha de sufrir el modelo productivo, especialmente el sector energético e industrial con un consumo intensivo de energía, y frente a decisiones improvisadas, conviene diseñar una hoja de ruta que permita configurar un modelo productivo asentado en el concepto de empleo verde y trabajo decente. Para ello, se realiza un rápido recorrido por la Ley española de Cambio climático y transición energética y sus instrumentos de desarrollo, se profundiza en el concepto de empleo verde y las características que ha de contener y, por último, se analiza como estudio de caso la minería del carbón, que ha constituido el campo de pruebas para llevar a cabo la transición justa en el ámbito energético en España.

Palabras clave: Transición energética, transición justa, empleos verdes, trabajo decente, energías renovables.

Abstract: Faced with the necessary transformation of the production model, especially the energy sector, and instead of improvised decisions, it is necessary to design a roadmap that allows for the configuration of a production model based on the concept of green employment and decent work. For this reason, a brief overview is given of the Spanish Law on Climate Change and Energy Transition and its development instruments, the concept of green employment and the characteristics it should contain are examined in depth and, finally, the coal mining industry is analysed as a case study, which has been the testing ground for carrying out a just transition in the energy sector in Spain.

Keywords: Energy transition, just transition, green jobs, decent work, renewable energies.

*Esta investigación ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación TED2021-129526B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación titulado “Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación.

halvc@unileon.es

1. Los peligros del cambio climático y la necesidad de una transición ecológica y energética

Resulta un lugar común las referencias (o advertencias) a la emergencia climática mundial, a la pérdida catastrófica de biodiversidad y a la contaminación del aire, del agua y del suelo que están socavando las bases de la prosperidad en Europa y en todo el mundo, como así están concluyendo (sin actuaciones visibles) las sucesivas Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (la COP27 está celebrándose en el mes de noviembre de 2022 en Egipto).

Los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) han advertido desde los años 1990 la existencia de esta emergencia y sus consecuencias, hasta el punto que ya ha producido mutaciones irreversibles cuyos efectos se prolongarán durante milenios debido a la acción humana¹. No cabe duda que resulta de extrema urgencia e inaplazable una intervención que evite el empeoramiento de las condiciones climáticas mediante la búsqueda de vías de mitigación y métodos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, para eliminarlos de la atmósfera y, al tiempo, consensuar y seguir opciones de adaptación a las condiciones climáticas ya causadas por el ser humano². La conclusión, no por catastrofista, deja de ser real: en un planeta degradado, no habrá vida, ni empleo, ni empresas³.

Las medidas a adoptar, y más teniendo en cuenta la coyuntura actual marcada por la guerra en Ucrania y una tendencia alcista en los precios del gas y de la electricidad, hacen necesario que se impulse una transición energética mediante el desarrollo y utilización de las energías renovables.

Esta transición, desde la perspectiva jurídico-laboral, ha de aunar el calificativo de justa, comprendiendo el trabajo decente, la inclusión social, la erradicación de la pobreza⁴ y el respeto y defensa del medioambiente⁵, es decir, un sistema productivo capaz de aunar ecología y empleo⁶.

2. El impulso dado por la Unión Europea en la denominada “Ley del Clima”

Ante el reto inaplazable, la Unión Europea, a través del Pacto Verde europeo (apostando por la vía del *Green Deal* y no por el decrecimiento), trata de diseñar una nueva estra-

¹ Lara Ortiz, M^a Lidón, Instrumentos jurídicos en la lucha contra el cambio climático, En *Cambio climático y Derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva*. Jaén, Uja editorial, 2021, p. 16.

² IPCC, *AR6 Climate Change 2021: The Physical Science Basis*, 2021.

³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La economía sostenible que necesitamos» (2020/C 106/01).

⁴ OIT, *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos*, Ginebra, OIT, 2016, p. 6.

⁵ Tham, Joo-Cheong y Countouris, Nicola, Introduction. The ecology of labour Law: from othering to embedding, en *Labour Law and Ecology*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 32 y ss.

⁶ OIT, *The social and decent work dimensions of a new Agreement on Climate Change*, Ginebra, OIT, 2009, p. 9.

tegia de crecimiento con el objetivo de transformar la Unión Europea en una “sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos”⁷. También el Consejo Económico y Social Europeo ha abogado por un nuevo pacto ecológico y social europeo que logre la inversión a gran escala necesaria para asegurar una transición justa hacia una economía climáticamente neutra y cree puestos de trabajo de calidad en todos los territorios⁸.

El objetivo de la política industrial verde consiste en desencadenar y facilitar los cambios estructurales que conllevan o requieren, tanto para responder a las condiciones o situaciones ambientales, como para desarrollar una economía verde y circular⁹, definida la primera como una economía que mejora el bienestar humano y la equidad social, al tiempo que reduce significativamente los riesgos ambientales y la escasez ecológica¹⁰, y la circular como aquella no lineal basada en el trinomio extraer-usar-y-tirar, sino en la que desaparece el concepto de residuos y aparece el concepto de recursos, que pueden ser utilizados de nuevo por el sistema de producción¹¹.

Como objetivos del Pacto y del Reglamento 2021/1119/UE, de 30 de junio, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999)m por cuanto aquí interesa, procede destacar los siguientes¹²: de un lado, en la industria, la meta señalada pasa por lograr la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de aquí a 2030 al 50%, como mínimo, y hacia el 55 % con respecto a los niveles de 1990 de manera responsable; de otro, da prioridad a la eficiencia energética mediante el desarrollo de un sector eléctrico basado en gran medida en fuentes renovables, completado con un rápido proceso de eliminación del carbón y con la descarbonización de gas¹³.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La economía sostenible que necesitamos» (2020/C 106/01).

⁹ Sobre las fases y metodología para llevarla a cabo, United Nations Industrial Development Organization, *Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy*, 2016, p. 18.

¹⁰ United Nations Industrial Development Organization, *Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy*, cit., p. 18.

¹¹ Autores Varios, *Informe sobre sostenibilidad en España 2017: cambio de rumbo, tiempo de acción*, Fundación Alternativas, 2017, p. 37.

¹² Un exhaustivo estudio sobre mitigación por sectores (energía, industria, transporte y construcción), Autores Varios, *Roadmap to 2050. A Manual for Nations to Decarbonize by Mid-Century*, Sustainable Development Solutions Network (SDSN) y Fundación Eni Enrico Mattei, FEEM, 2019.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

3. La Ley de Cambio Climático española y sus instrumentos de desarrollo

A nivel interno, en España se promulgó la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que trata, de un lado, de avanzar en la lucha contra la crisis climática y de otra, de anticiparse y “ofrecer respuestas solidarias e inclusivas a los colectivos más afectados por el cambio climático y la transformación de la economía” (Preámbulo). El objeto de esta Ley, de conformidad con su art. 1, se articula en cuatro pilares: asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París, firmado por España el 22 de abril de 2016; facilitar la descarbonización de la economía española; promover la adaptación a los impactos del cambio climático; y, por último, implantar un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente. Precisamente entre sus principios rectores recogidos en el art. 2, vuelve a aparecer el desarrollo sostenible (que ha de contener en el significado el concepto de trabajo decente¹⁴), unido (por cuanto aquí importa) a la cohesión social y territorial, la protección de colectivos vulnerables y la igualdad entre mujeres y hombres¹⁵.

La articulación de estos cuatro pilares se lleva a cabo a través del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC), el cual ha de incorporar (art. 17.3):

- a) La identificación y evaluación de impactos previsibles y riesgos derivados del cambio climático para varios escenarios posibles.
- b) La evaluación de la vulnerabilidad de los sistemas naturales, de los territorios, de las poblaciones y de los sectores socioeconómicos. En esta evaluación es preciso fijar la atención y convertir en un aspecto central de la misma las consecuencias que los distintos escenarios supondrían para las actividades productivas y el empleo en los distintos territorios, con particular atención al sector agropecuario de cada zona.
- c) Un conjunto de objetivos estratégicos concretos, con indicadores asociados.
- d) Un conjunto de medidas de adaptación orientadas a reducir las vulnerabilidades detectadas. Para el diseño de los objetivos y de las herramientas mencionadas es preciso contar con la participación y colaboración de “los distintos niveles de las administraciones públicas, las organizaciones sociales y la ciudadanía en su conjunto”, entre quienes cabe destacar el papel que han de asumir los sindicatos y las organizaciones empresariales a la hora de dibujar las concretas disposiciones a llevar a cabo en atención a los sectores y subsectores de actividad afectados y las características de los mismos¹⁶.

¹⁴ Chacartegui Jávega, Consuelo, Eco-labour law intersectionalities: from the green transition to legal certainty for workers, en *Labour Law and Ecology*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, p. 66

¹⁵ Analizando dicha norma desde la perspectiva de los empleos verdes, ÁLVAREZ CUESTA, Henar, La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022.

¹⁶ Álvarez Cuesta, Henar, La lucha contra el cambio climático y en aras de una transición justa: doble objetivo para unas competencias representativas multinivel, *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, CEF, núm. 469, 2022, pp. 89.

Más claramente aparece desarrollada la perspectiva sociolaboral en la Estrategia de Transición Justa, la cual constituye el “instrumento de ámbito estatal dirigido a la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y territorios en dicha transición” (art. 27). La Estrategia ha de identificar los colectivos, sectores, empresas y territorios potencialmente vulnerables al proceso de transición a una economía baja en emisiones de carbono; analizar las oportunidades de creación de actividad económica y empleo vinculadas a la transición energética y constituye el marco de elaboración de los convenios de Transición Justa.

En el año 2020 se publicó la primera Estrategia, dirigida a la optimización de las oportunidades en actividad y empleo de la transición ecológica hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero¹⁷ y que propone varios objetivos estratégicos relacionados con la transición energética y su impacto en el trabajo, en determinados sectores productivos y en ciertos territorios:

- OE1. Facilitar el aprovechamiento de las oportunidades de empleo y mejora de la competitividad y cohesión social y territorial generados por la transición ecológica de la economía.
- OE4. Convertir la transición ecológica en un vector para frenar la despoblación, mediante el desarrollo de un modelo que tenga en cuenta las características propias de las zonas rurales y apuesta por su dinamización, en un marco sostenible e integrador
- OE6. Identificar, mediante la realización de planes sectoriales en los principales sectores económicos, los retos, oportunidades, amenazas y medidas necesarias para llevar a cabo su transformación, anticipándose a los posibles efectos negativos de algunas transformaciones relacionadas con la ecologización, tanto a nivel sectorial como concentradas sobre territorios concretos, para su acompañamiento.
- OE8. Proponer políticas industriales, de investigación, desarrollo, innovación, digitalización, de promoción de actividad económica, de fomento de la inversión y la financiación requerida, políticas activas de empleo y formación profesional para el trabajo coordinado de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los agentes sociales con el objetivo de aprovechar la transición para lograr los mejores resultados de empleo y la mejora de la competitividad.
- OE9. Minimizar los impactos negativos en zonas vulnerables a través de Convenios de Transición Justa, apoyando técnica y financieramente su realización y con la participación de las diferentes administraciones, agentes y organizaciones sociales del territorio.

¹⁷ https://www.transicionjusta.gob.es/destacados/common/Estrategia_Transicion_Justa-Def.pdf [consultado el 4 de noviembre de 2022].

- OE10. Impulsar la elaboración de Convenios de Transición Justa para sectores estratégicos y colectivos afectados y apoyar su realización.

En el marco de esta Estrategia, se han de elaborar convenios de transición justa con el fin de fomentar la actividad económica y su modernización, así como la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones (art. 28.1).

En cuanto a hace a participantes y contenido, se suscribirán entre el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, previo informe del Ministerio de Trabajo y Economía Social, del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y otras Administraciones Públicas, en particular, Entidades Locales de áreas geográficas vulnerables a la transición hacia una economía baja en carbono. Y contempla también la participación de empresas, organizaciones de los sectores empresariales, organizaciones sindicales, universidades, centros educativos, asociaciones y organizaciones ambientales no gubernamentales y demás entidades interesadas o afectadas. Respecto a su concreto contenido, los convenios de transición justa han de incluir (art. 28.3):

- a) Una evaluación del estado de vulnerabilidad del área geográfica o colectivo afectado. Cuando el resultado de la evaluación de la situación lleve al cierre de líneas de producción, actividades productivas, o servicios inadaptados se establecerá una línea de trabajo con las empresas afectadas por el cese de dichas actividades o procesos con objeto de que puedan desarrollar nuevas actividades en los mismos territorios y apoyar su diversificación.
- b) Compromisos de las partes participantes en el convenio, incluidas las empresas beneficiarias de medidas de apoyo para la transición.
- c) Medidas fiscales, de financiación, de apoyo a la I+D+i, de digitalización, de emprendimiento, de empleo, de protección social y actividades formativas para incentivar la adaptación de los trabajadores, supeditadas al cumplimiento de los objetivos establecidos en el convenio. Las previstas han de procurar aprovechar los recursos endógenos del territorio, ya sean económicos, sociales o ambientales, y atraerán inversiones exógenas, apostando prioritariamente por aquellos sectores que también presenten mejores resultados de sostenibilidad, tanto ambiental, como económica y social
- d) Un calendario para la adopción de las medidas, con objetivos medibles y mecanismos de seguimiento.
- e) Cuando se considere procedente, el acceso prioritario a una parte o a la totalidad de la capacidad de evacuación eléctrica, así como el derecho prioritario al uso y volumen de agua de aquellas concesiones que queden extinguidas tras el cierre de instalaciones de generación de energía eléctrica.

4. El empleo verde y el trabajo decente para llevar a cabo una transición energética justa

Ante la necesaria transformación que ha de sufrir el modelo productivo, especialmente el sector energético y la industria que tiene un consumo intensivo de energía, y frente a decisiones improvisadas, conviene diseñar una hoja de ruta que permita configurar un modelo productivo asentado en el concepto de empleo verde y decente.

La propia Estrategia de Transición Justa propone, como uno de los ejes de actuación (políticas activas de empleo verde y protección social) y como contenido de numerosas acciones, el impulso del empleo verde. Así, procede mencionar las siguientes:

- En coordinación con los agentes sociales, promover la realización de foros sectoriales sobre transición ecológica para la mejora de la competitividad, la atracción de inversión, la generación de empleo verde y la adaptación de las actividades económicas al cambio climático.
- Apoyar la creación de empleo verde en el mundo rural contribuyendo a la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico y siguiendo las Directrices Generales que establece la misma, con particular atención al fomento del empleo y emprendimiento juvenil y de las mujeres.
- Aprobar la Estrategia Española de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas, y promover la total aplicación de los planes de gestión de la Red Natura 2000 y de las estrategias de conservación de especies amenazadas y de lucha contra las especies exóticas invasoras para impulsar la creación de empleo verde en conservación de biodiversidad.
- Fomentar el empleo, autoempleo e iniciativas emprendedoras con fórmulas colectivas de economía social (cooperativas, empresas sin ánimo de lucro) mediante convocatorias específicas de promoción de empleo verde en zonas vulnerables a través, entre otras, de las convocatorias de la Fundación Biodiversidad.

Sin embargo, tan escasas menciones (y su completa omisión en la Ley de Cambio Climático) lastran la inclusión de esta medida de acción y, al cabo, parece no prestarse la debida atención (ni se fomenta) la transición medioambiental y energética a través de la creación y mantenimiento de industria y empleos mercedores del calificativo de verdes.

Desde luego, y frente a iniciativas de *greenwashing*¹⁸, conviene acotar el concepto de “empleo verde” (desde una perspectiva evolutiva y dinámica¹⁹), habida cuenta no existe un concepto formal y unificado, lo cual permite que cada cual formule la noción

¹⁸ Chacartegui Jávega, Consuelo, *Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental: un compromiso social y ecológico*, Albacete, Bomarzo, 2018, pp. 36 y ss.

¹⁹ Miñarro Yanini, Margarita, Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde, en *Cambio climático y Derecho Social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Jaén, Uja Editorial, 2022, p. 46.

a su antojo en función de su parecer y sus intereses²⁰. Es decir, hay, todavía, distintas “tonalidades” de verde²¹ en un amplio espectro del color.

Para la OIT, en particular, pero no exclusivamente, este concepto incluye “empleos que ayudan a proteger los ecosistemas y la biodiversidad, a reducir el consumo de energía, materiales y agua a través de estrategias altamente eficaces, reducir la dependencia del carbono en la economía y minimizar o evitar por completo la producción de todas las formas de desechos o contaminación”²². Y distingue los siguientes sectores vinculados al empleo verde²³ y a la transición energética, por cuanto aquí interesa:

- Suministro de energía: gasificación integrada/retención del carbono; cogeneración (producción combinada de calor y electricidad); energías renovables (eólica, solar, biocombustibles, geotérmica, hidroeléctrica; en pequeña escala); y pilas de combustible.
- Transporte de personas y mercancías: vehículos con menos consumo de combustible; híbridos-eléctricos, eléctricos y con pilas de combustible; compartidos; transporte público; transporte no motorizado (utilizar la bicicleta, caminar) y cambios en las políticas de utilización de la tierra y pautas de asentamiento (para reducir la distancia y la dependencia del transporte motorizado)²⁴.
- Manufacturas: control de la contaminación (torres de lavado de gases y otras tecnologías de exhaustadores); eficiencia de la energía y los materiales; técnicas de producción limpia (evitar las sustancias tóxicas); y sistemas de ciclo cerrado.
- Edificios: iluminación, aparatos y equipo de oficina con uso eficiente de energía; calefacción/refrigeración solar, paneles solares; reconversión y rehabilitación; edificios verdes (ventanas, aislamiento, materiales de construcción, sistemas de calefacción, ventilación y aire acondicionado con uso eficiente de energía); casas solares pasivas, edificios sin emisiones²⁵.
- Agricultura: conservación de suelos; eficiencia de los recursos hídricos; métodos de cultivo orgánicos; reducción de la distancia entre la explotación agrícola y el mercado; silvicultura; proyectos de reforestación y forestación; agro-silvicultura; planes de ordenación sostenible de los bosques y certificación; y freno a la deforestación.

²⁰ Miñarro Yanini, Margarita, Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde, cit., p. 46.

²¹ OIT: *Empleos verdes. Hechos y cifras*, Ginebra, OIT, 2008, p. 2.

²² OIT, *Empleos verdes. Hechos y cifras*, cit., p. 2.

²³ Siguiendo el cuadro elaborado en OIT, *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*, Ginebra, OIT, 2008.

²⁴ Sobre el impacto en el empleo del transporte sostenible, Autores Varios, *La generación de empleo en el transporte terrestre sostenible de mercancías*, ISTAS, 2012.

²⁵ Oficina de Política Europea Wwf, *Empleo verde en Europa. Oportunidades y perspectivas futuras: resumen ejecutivo*, 2009, p. 7.

La Fundación Biodiversidad, por su parte, atribuye dicho término en función de la finalidad de la actividad productiva o del proceso que desarrolla, e incluye “aquéllas que tienen por cometido corregir, minimizar o regenerar los efectos adversos de las actividades humanas en el medioambiente, es decir, se trata de un sector transversal a todos los demás sectores económicos, en el que están presentes tanto actividades de servicios específicamente ambientales, como por ejemplo, la gestión de residuos, la depuración de aguas residuales o regeneración de suelos, como las que dependen de ellas vía relaciones interindustriales; las que producen bienes y servicios de forma ambientalmente respetuosa, como la agricultura ecológica y el turismo ecológico y rural, las que generan energía y materia de forma sostenible, como las energías renovables o la producción forestal sostenible, y las orientadas a la conservación/regeneración de ecosistemas, como la gestión de parques o recuperación de espacios de valor ecológico; los servicios con finalidad preventiva y de control, como los que prestan las actividades y empresas privadas cuya misión y función es la prevención, minimización en origen de la contaminación, ecodiseño, educación y sensibilización ambiental, o las funciones que cumplen los departamentos de la administración con responsabilidades ambientales; las que realizan empresas de los sectores tradicionales que están avanzando en el proceso de modernización ambiental de sus productos y procesos, individual o colectivamente, así como las actividades de investigación y desarrollo tecnológico orientadas al incremento de la ecoeficiencia y ecoeficacia del sistema productivo”²⁶.

Otras clasificaciones atienden a la finalidad del trabajo desarrollado y lo dividen entre empleo verde defensivo (respuesta a los efectos ambientales), genuino (avance hacia ecoeficiencia) o generativo (contribuyen a la regeneración)²⁷. También cabe incorporar a este concepto aquellas actividades productivas sin impacto en el medioambiente debido al consumo de energías renovables y procesos productivos donde se prime el menor consumo y el reciclaje²⁸.

Además de exigir una coherencia interna entre la actividad desarrollada, su finalidad y el proceso de producción²⁹, es necesario unir como requisito para su calificación como verde, que las condiciones laborales de las personas trabajadoras que ocupan dichos empleos sean dignas o decentes, de conformidad con lo requerido por la OIT y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En la práctica, los trabajos pueden ser verdes y decentes; verdes, pero no decentes; decentes, pero no verdes y ni verdes ni decentes³⁰. Pero para

²⁶ Observatorio de la Sostenibilidad en España y Fundación Biodiversidad, *Informe de Empleo verde en una economía sostenible*, 2009, p. 21.

²⁷ Tomás Carpi, Juan Antonio, El empleo verde en España: evolución y perspectivas, en *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2013, p. 307.

²⁸ Álvarez Cuesta, Henar, *Empleos verdes. Una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Albacete, Bormarzo, 2016, pp. 95 y ss.

²⁹ Miñarro Yanini, Margarita, Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde, cit., p. 56.

³⁰ OIT, *Estrategias territoriales innovadoras para empleos más verdes. Iniciativas latinoamericanas y europeas en busca de una mayor cohesión social*, ITC, Centro Internacional de Formación, 2010, p. 6.

que los empleos verdes representen un puente para un futuro verdaderamente sostenible, el empleo verde debe abarcar el trabajo decente. En consecuencia, sólo habrían de ser empleos verdes aquellos que conjuguen el trabajo decente con, o bien una actividad económica respetuosa con el medio ambiente o bien aquéllos que proporcionen productos o servicios “verdes”³¹ y tal es el concepto a promocionar para estos territorios y personas que han sufrido o sufren la transición energética.

5. Estudio de caso: la transición energética en la minería del carbón en el noroeste de España

5.1. Situación de la minería en la región asturleonera

El ejemplo de transición llevada a cabo en la minería de carbón en la comarca asturleonera es significativo. Por las características de la industria, del territorio donde estaba implantada, por el tejido social nacido a lo largo de los años y por su desaparición, ha constituido el campo de pruebas para llevar a cabo la transición justa en el ámbito energético en España³². Después han llegado otras, indisolublemente entrelazadas: centrales térmicas que quemaban carbón y centrales nucleares en un tercer momento.

Como se ha mencionado, las características de los territorios mineros en el noroeste de España son representativas y extrapolables a otros sectores que van a (están siendo) objeto de transición energética: se trata de territorios rurales, totalmente dependientes de la industria minera, que ha sido el motor de la riqueza y desarrollo de la zona en los últimos cincuenta años, donde se creó una cultura y una identidad en torno a la mina que motivó que esas zonas lucharan y se opusieran a su cierre, perdurando todavía un sentimiento de añoranza del pasado minero.

En las zonas mineras de Asturias y León se llevó a cabo en la década de los años 80 una política estatal de construcción y ampliación de centrales térmicas de carbón, y correlativamente se produjo un aumento de las minas de interior y a cielo abierto y se incrementa la mano de obra. En 1990 había 234 empresas mineras que empleaban a 45.212 trabajadores y producían 19,32 millones de toneladas³³. Precisamente ya desde la década de los años 90 se habían venido aprobando distintos planes de reestructuración y modernización de la minería del carbón, como el Plan de ordenación del sector del carbón 1990-1993, el Plan de modernización racionalización reestructuración reducción de actividad de la industria del carbón 1994-1997, el Plan 1998-2005 de la minería de

³¹ OIT, *What is a Green job?*, Ginebra, OIT, 2013.

³² Parecida situación ha acaecido en Polonia, Szewczyk, Robert y Unterschütz, Joanna, Poland's transition to a low-carbon economy: the impact on the rights of workers, en *Labour Law and Ecology*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 239 y ss.

³³ Casado Galván, Ignacio, *Breve historia de la minería leonesa del carbón*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, diciembre 2009, www.eumed.net/rev/cccss/06/icg7.htm [consultado el 7 de noviembre de 2022].

carbón y desarrollo alternativo de las comarcas mineras, el Plan nacional de reserva estratégica de carbón 2006-2012, o el Nuevo modelo de desarrollo integral y sostenible de las cuencas mineras cuya vigencia expiró el 31 diciembre 2012.

Finalmente, la Unión Europea, a través de la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2010 relativa a las ayudas estatales destinadas a facilitar el cierre de minas no competitivas, impuso como fecha límite el 1 de enero de 2019, a partir de la cual se prohibían las ayudas a la producción. Esa fecha supuso el punto y final a una muerte lenta y anunciada largo tiempo atrás.

El paso previo y necesario para llevar a cabo una transición justa precisa tener en cuenta las condiciones laborales del sector que se pretende transformar. Así, el trabajo en la mina ha de ser considerado como peligroso, penoso y tóxico (difícilmente olvidables las numerosas muertes provocadas por accidentes en el interior o por la lenta actuación de la silicosis); ha sido predominantemente masculino; ha gozado de una protección social propia en el Régimen especial de la minería del carbón, con prestaciones específicas vinculadas a enfermedades profesionales, coeficientes reductores de la edad de jubilación y bases reguladoras de las prestaciones muy elevadas; las personas que trabajaban en la mina estaban muy sindicalizadas y este sector está indisolublemente entrelazado con el nacimiento e implantación de las organizaciones obreras y con la reivindicación de los derechos laborales; y finalmente, tenía salarios altos para el personal propio³⁴.

5.2. Acuerdos marco para una transición justa

Los dos últimos instrumentos puestos en marcha para propiciar una transición justa para las comarcas mineras han sido el Marco de actuación para la minería del carbón y las comarcas mineras en el período 2013-2018 y el Acuerdo marco para una transición justa de la minería del carbón y desarrollo sostenible de las comarcas mineras para el período 2019-2027.

Dichos Acuerdos, previa aprobación de la Unión Europea, se configuraron como instrumentos jurídicos vinculantes y fueron acordados por las organizaciones sindicales representativas en el sector de la minería del carbón, la patronal de dicha actividad (Carbunión) y el Ministerio competente (el último firmado el Ministerio para la Transición Ecológica).

³⁴ El salario bruto anual medio para un trabajador a tiempo completo en las ramas 051. Extracción de antracita y hulla y 052. Extracción de lignito es de 34.079 €. El salario bruto anual medio para un trabajador a tiempo completo en la rama 251. Producción de energía eléctrica es de 61.403 €. El salario bruto anual medio para un trabajador a tiempo completo en las empresas subcontratadas es de 24.961 €, ABAY ANALISTAS ECONÓMICOS, *Revisión de la metodología aplicada en la elaboración de los diagnósticos preliminares y las delimitaciones geográficas de los convenios de transición justa*, 2018, pp. 27 y ss.

A) El Marco de actuación para la minería del carbón y las comarcas mineras en el período 2013-2018

El objetivo declarado de este Marco de actuación era la reordenación del sector de la minería del carbón y la promoción de una economía alternativa en las zonas mineras, sin cuestionar el tipo de empleo ni su calidad.

Las medidas previstas para alcanzar dicha finalidad, supervisadas por una comisión de seguimiento, consistieron en:

- Ayudas al cierre (Orden IET/2095/2013 y Orden IET/1424/2014).
- Ayudas por costes excepcionales que trataban de aliviar las consecuencias sociales y regionales que lleva aparejada la reestructuración y modernización de la industria del carbón (figuran en el anexo de la Decisión de 2010), tanto destinadas a financiar procesos de reducción de plantillas de unidades de producción de carbón que cierren, como dirigidas a cubrir costes de cierre de las unidades de producción y mitigación del impacto medioambiental producido por los cierres (RD 676/2014 de 1 de agosto).
- Ayudas sociales por costes laborales mediante bajas indemnizadas de carácter voluntario: Se exigía una antigüedad en el régimen especial de la minería del carbón de al menos tres años; condición de trabajadores de la plantilla con una antigüedad mínima de un año a 31 diciembre 2012 en cualquiera de las empresas mineras del carbón; una antigüedad en la empresa en la que cause baja de al menos un año anterior a la extinción del contrato de trabajo; adscripción a la unidad de producción que cierra durante un periodo superior a un año contado desde la fecha de extinción de la relación laboral que da derecho a la ayuda; no tenían derecho a estas ayuda a los trabajadores que reunieran los requisitos para acceder a la jubilación ordinaria o que hubieran sido beneficiarios de alguna ayuda por bajas incentivadas o por prejubilación previstas en el plan Anterior. De cumplir dichas condiciones tenían derecho a una cantidad fija (10.000 euros) y otra variable (35 días de salario por año trabajado con un límite de 30 mensualidades)
- Recolocación de trabajadores excedentes: los trabajadores afectados por cierre de empresas incluidas en el plan de cierre y que no tenían derecho a la prejubilación podían optar por la recolocación en otras empresas beneficiarias de las ayudas previstas.
- Ayudas sociales por costes laborales para trabajadores de edad avanzada, cuyos requisitos eran: trabajar con contrato indefinido en la empresa, tener 54 años o más edad con la aplicación del coeficiente reductor que les corresponda, antigüedad en la empresa en la que causen baja de al menos tres años consecutivos, entre otros. Estas ayudas garantizaban el reconocimiento del 70 % de la media mensual de la retribución salarial ordinaria bruta considerando los seis meses efectivamente trabajados anteriores a la incorporación a la prejubilación.

- Ayudas de carácter medioambiental (Orden IET/594/2014): las empresas mineras estaban obligadas a asumir el conjunto de medidas definidas en el plan de restauración autorizado. Se trataba de contribuir a sufragar los trabajos de rehabilitación del espacio natural afectado por las labores mineras y de abandono definitivo de la explotación, y en esas labores de rehabilitación se pretendía asegurar asimismo un cierto volumen de empleo en la minería durante el tiempo de restauración, escalonando la salida al mercado laboral de los posibles excedentes.
- Ayudas de impulso económico a las comarcas mineras que han sido históricamente un monocultivo del carbón con población muy dispersa en núcleos de población pequeños y diseminados, con carencia de infraestructuras y cierto deterioro medioambiental (Orden IET/1158/2014 y Orden IET/1157/2014).

Entre las medidas que se pusieron en marcha, destacan aquellas de reactivación destinadas a financiar nuevas instalaciones empresariales y ampliar las existentes. Por ejemplo, para proyectos empresariales con inversiones superiores a los 100.000 euros y compromiso de creación de empleo de 3 o más puestos, mantener 5 años la actividad y 3 años la plantilla; o para proyectos de inversión con importe entre los 30.000 y los 500.000 euros y creación de 1 puesto de trabajo o mantenimiento de 3 durante 3 años. Entre 2014 y 2016 se financiaron con la primera modalidad 88 proyectos con 36,59 millones de euros, que crearon 908 puestos de trabajo y con la segunda se otorgaron 9,54 millones de euros a 188 proyectos que crearon 327 puestos de trabajo.

- Ayudas al desarrollo alternativo de las comarcas mineras mediante la ejecución de proyectos de infraestructuras y restauración de zonas degradadas (RD 675/2014). Entre 2016 y 2017 las empresas percibieron ayudas entre los 15 y los 25 millones de euros por anualidad.

B) El Acuerdo marco para una transición justa de la minería del carbón y desarrollo sostenible de las comarcas mineras para el período 2019-2027

Este Acuerdo Marco, suscrito en el marco del diálogo social, comienza a introducir el concepto de transición justa y reconoce, al tiempo, que en algunas comarcas mineras existe un elevado índice de desempleo y limitadas oportunidades de reinserción laboral, lo que acarrea como consecuencia serias dificultades para mantener un cierto nivel de empleo.

De nuevo, este acuerdo se configura como un instrumento de planificación de las políticas públicas de reordenación de la minería del carbón y promoción de una economía alternativa en estas zonas, cuyo objetivo final es la reactivación económica y desarrollos alternativos para lograr su transformación estructural, recuperación económica y bienestar social.

El desarrollo legal se lleva a cabo en virtud del Real Decreto-ley 25/2018, de 21 de diciembre, de medidas urgentes para una transición justa de la minería del carbón y el desarrollo sostenible de las comarcas mineras, el cual impone que en la fecha límite de 31 de diciembre de 2018, las empresas que forman parte del Plan de Cierre de la minería no competitiva deben poder optar a ayudas que cubran los costes de la reducción de su todavía voluminosas plantillas, y, a la vez, ha de garantizarse, en dicha fecha, al conjunto de las plantillas de excedentes de la minería del carbón las prestaciones sociales financiadas con cargo esas categorías de ayudas o, al menos, el derecho a una prestación contributiva por desempleo por el periodo máximo legal, en su calidad de excedentes de la industria minera del carbón, como un modo de paliar la repercusión que la pérdida de los puestos de trabajo genera en dichas zonas.

Pero para que la transición sea justa también es preciso asegurar, a partir de 2019, la continuidad de la política de reactivación de las comarcas mineras, extendiendo su ámbito de vigencia y facilitando su impulso económico mediante el desarrollo de nuevas infraestructuras, de proyectos de restauración del espacio natural afectado por la actividad minera, o bien de actividades económicas alternativas que favorezcan la generación de nuevos empleos.

Para ello, prevé medidas excepcionales para las empresas durante el período 2019-2025 y de reactivación de las comarcas mineras desde 2019 a 2027, reproduciendo casi idénticamente las previsiones del acuerdo anterior:

- Ayudas sociales por costes laborales mediante bajas indemnizadas de carácter voluntario. Se exige una antigüedad en el régimen especial de la minería del carbón de al menos tres años; su condición de trabajadores de la plantilla con una antigüedad mínima de un año; su condición de trabajadores de plantilla anterior a 31 de diciembre de 2017 en las empresas mineras o una antigüedad de 5 años en el Régimen especial; no reunir los requisitos para acceder a la jubilación ordinaria o que hayan sido beneficiarios de alguna ayuda prevista en el plan Anterior. De cumplir dichas condiciones tendrán derecho a una cantidad fija (10.000 euros) y otra variable (35 días de salario por año trabajado con un límite de 30 mensualidades)
- Recolocación de trabajadores excedentes: las personas trabajadoras (tanto propias de plantilla como de empresas auxiliares de las mineras) afectadas por el cierre de empresas incluidas en el plan de cierre y que no tengan derecho a la prejubilación podrán optar por la recolocación en otras organizaciones beneficiarias de las ayudas. Estas bolsas de trabajo serán utilizadas preferentemente en los planes de restauración, en energía renovable y eficiencia energética. los trabajadores que no puedan acceder a las ayudas sociales por edad avanzada, una vez indemnizados, pueden ingresar voluntariamente en la bolsa de trabajo que facilitará el acceso a cursos formativos y de orientación hacia nuevos yacimientos de empleo relacionados con una transición energética justa (los cuales serán objeto de revisión). Según los últimos datos publicados, de 2021,

hay 365 personas inscritas, de las cuales solo 3 son mujeres y cuya mayoría pertenecen a Asturias y León (352)³⁵.

- Ayudas sociales por costes laborales para trabajadores de edad avanzada, que exigen acreditar: trabajar con contrato indefinido en la empresa; tener 48 años o más con la aplicación del coeficiente reductor, o 25 años cotizados en el régimen especial de minería de carbón; antigüedad en la empresa en la que causen baja de al menos tres años consecutivos. Estas ayudas garantizarán el reconocimiento del 72 % de la media mensual de la retribución salarial ordinaria bruta considerando los seis meses efectivamente trabajados anteriores a la incorporación a la prejubilación. De comparar con la ayuda social prevista en el Acuerdo anterior, se observa una flexibilización de los requisitos para acceder a la misma y una mejora en su cuantía.
- Ayudas de carácter medioambiental: las empresas mineras están obligadas a asumir el conjunto de medidas definidas en el plan de restauración (y aportar un Proyecto Definitivo de Cierre y Clausura) que ha sido autorizado y que permiten asegurar el cumplimiento de las prescripciones legales en materia de rehabilitación medioambiental y cierre de la explotación. Se pretende contribuir a sufragar los trabajos de rehabilitación del espacio natural afectado por las labores mineras y de abandono definitivo de la explotación.
- Actividades de restauración (RD 341/2021, de 18 de mayo, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la restauración ambiental de zonas afectadas por la transición energética en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia correspondiente a proyectos de zonas degradadas a causa de la minería del carbón). Estas actividades se encuadran dentro del Plan para la restauración de explotaciones en comarcas mineras 2018-2025 y están destinadas a que las Comunidades Autónomas articulen la participación prioritaria de las personas trabajadoras excedentes en dichas actuaciones y desde el Servicio Público de Empleo se articularán planes personalizados de integración laboral con itinerarios individualizados.
- Ayudas de impulso económico a las comarcas mineras. Este Acuerdo vuelve a reiterar la debilidad de estos territorios para crear empleo y actividad y con la misma estrategia del anterior otorga subvenciones a las empresas destinadas a financiar nuevas instalaciones empresariales y ampliar las existentes, siempre y cuando se alcance determina inversión y se cree (mínimamente) empleo.

La Orden TED/1293/2020, de 29 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas dirigidas a pequeños proyectos de inversión que generen o mantengan el empleo, promoviendo el desarrollo alternativo de las zonas mineras, para el periodo 2020-2023 especifica cuáles van a ser los proyectos de inversión empresarial susceptibles de recibir ayudas, y excepciona de los mismos las empresas que

³⁵ https://www.transicionjusta.gob.es/Bolsa_Trabajo/common/BT_MINERIA_NOV2021.pdf.

operan en los sectores de la pesca y la acuicultura; las que operan en la producción primaria de los productos agrícolas; en la transformación y comercialización de productos agrícolas; actividades relacionadas con la exportación a terceros países o a otros Estados miembros; actividades condicionadas al uso de bienes nacionales en lugar de importados; empresas de la industria del carbón; y adquisición de vehículos de transporte de mercancías por carretera llevada a cabo por empresas que realicen por cuenta ajena operaciones de transporte de mercancías por carretera. En todo caso aparecen excluidas las actividades de bares, restaurantes, concesionarios de automóviles, comercio minorista, lavanderías, peluquerías, tintorerías, despachos profesionales y consultoría, empresas de promoción de viviendas o suelo, inmobiliarias, de construcción, agencias de colocación, agencias de trabajo temporal y empresas de apuestas.

En cuanto a las cuantías, de conformidad con la Resolución de la presidencia del Instituto para la Transición Justa, O.A., por la que se convocan las ayudas dirigidas a pequeños proyectos de inversión que generen o mantengan el empleo, promoviendo el desarrollo alternativo de las zonas mineras del carbón, para el ejercicio 2021, la cuantía será de 30.000 euros por puesto de trabajo comprometido, que subirá a los 50.000 euros cuando el compromiso se corresponda con un puesto de trabajo juvenil (considerando a estos efectos un intervalo de edad comprendido entre los 18 años y los 25 años), un puesto de trabajo para personas mayores de 45 años, un puesto de trabajo femenino, un puesto de trabajo para personas con discapacidad, o un puesto de trabajo para trabajadores procedentes de empresas mineras afectadas por la reestructuración de la minería del carbón o de sus subcontratas; y a 60.000 cuando el compromiso se corresponda con un puesto de trabajo para personas incluidas en la Bolsa de Trabajo del Instituto para la Transición Justa.

Por su parte, la Orden TED/1294/2020, de 29 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas dirigidas a proyectos empresariales generadores de empleo, que promuevan el desarrollo alternativo de las zonas mineras, para el periodo 2020-2023, excluye de su ámbito de aplicación el sector del acero, el del carbón, el de la construcción naval, el de las fibras sintéticas, el de los transportes, así como las actividades de pesca, acuicultura, y la agricultura, pero sí serían susceptibles de ayudas las empresas dedicadas a la transformación y comercialización de productos agrícolas en productos no agrícolas. Tampoco podrán ser objeto de ayudas los proyectos comprendidos en el sector servicios, excepto aquellos cuya actividad esté destinada a facilitar servicios industriales a las empresas, residencias de la tercera edad y actividades relacionadas con el turismo rural, el ocio, el medio ambiente y el tiempo libre, así como aquellos proyectos del sector servicios destinados al desarrollo de la sociedad de la información, de la innovación y de las nuevas tecnologías; ni la exportación hacia terceros países o Estados miembros, en los supuestos en que las ayudas estén vinculadas a las cantidades exportadas, y al establecimiento y funcionamiento de una red de distribución; ni, en fin, a actividades condicionadas al uso de bienes nacionales en lugar de importados.

Y, al igual que la orden anterior, excluye las actividades de bares, restaurantes, concesionarios de automóviles, comercio minorista, lavanderías, peluquerías, tintore-

rías, despachos profesionales y consultoría, empresas de promoción de viviendas o suelo, inmobiliarias, de construcción, agencias de colocación, agencias de trabajo temporal y empresas de apuestas.

La Resolución de la presidencia del Instituto para la Transición Justa, O.A., por la que se convocan las ayudas dirigidas a proyectos empresariales generadores de empleo, que promuevan el desarrollo alternativo de las zonas mineras del carbón, para el ejercicio 2021, concede idénticas cuantías y con idénticos destinatarios que los previstos para los pequeños proyectos.

- Ayudas al desarrollo alternativo de las comarcas mineras destinadas a la ejecución de proyectos de infraestructuras y restauración de zonas degradadas.
- Plan de acción urgente para las comarcas mineras, el cual se desarrolla en el Plan para la restauración de explotaciones en comarcas mineras 2019-2023; el Plan de desarrollo de energías renovables y eficiencia energética 2018-2023; y la elaboración de Contratos de Transición Justa.

4.4. Los Convenios para una transición justa en la minería del carbón

La Estrategia de Transición Justa impone la obligación de elaborar Convenios para las zonas afectadas por la transición, en este caso, energética. Así, ya se han firmado los Protocolos generales de actuación entre el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Castilla y León y la Federación Española de Municipios y Provincias, para el desarrollo del proceso participativo de diseño de un convenio de transición justa en 2020, con idénticas cláusulas (e idénticas a los protocolos de actuación del resto de zonas afectadas por estos procesos, con la sola diferencia de las Administraciones autonómicas competentes en cada caso)³⁶. En ellos, se apuntan en el contexto del Marco Estratégico de Energía y Clima, una serie de principios que han de inspirar el proceso participativo y la elaboración de las propuestas que, se insiste, son idénticos en todas las situaciones:

- Las nuevas actividades que se propongan incorporar a los Convenios de Transición Justa deben tener en cuenta, de manera prioritaria: la energía renovable y la eficiencia energética, la movilidad sostenible, la rehabilitación de edificios, la economía circular, la eco-innovación, la restauración de ecosistemas, la biodiversidad, la adaptación al cambio climático, la agricultura ecológica o de secano, la ganadería extensiva o el turismo sostenible, entre otros, aunque se contemplarán otros nichos de empleo particularmente interesantes para las zonas afectadas.

³⁶ https://www.transicionjusta.gob.es/Convenios_transicion_justa/common/Castilla_Leon/ProtocoloActuacion_BierzoLaciana.pdf [consulta el 4 de noviembre de 2022].

- Se promoverá el apoyo a uno o varios proyectos tractor, sean iniciativas públicas, privadas, de economía social, que impulsen de la transformación a través de la innovación. Además, se podrá incluir el apoyo, la puesta en marcha o el refuerzo de iniciativas empresariales más pequeñas que conformen junto a los proyectos tractores, un plan de desarrollo y especialización territorial coherente y sostenible.

Si bien es cierto que alguna de las actividades listadas puede formar parte del concepto de empleos verdes, no figura como línea vertebral ni como objetivo la obtención de un empleo digno y decente.

En cuanto a los Convenios de Transición Justa, se han tomado como referencia aquellos elaborados para la zona del Bierzo-Laciana y de la Montaña Central leonesa-La Robla, donde, como inicio necesario, se realiza un análisis de la situación económica y laboral de cada región y se ponen de manifiesto las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades, las cuales, salvo algunas muy específicas o su desarrollo más extenso, cabría entenderlas como comunes³⁷. También han de ser tomadas en cuenta para su comparación con los de otros territorios afectados por la transición energética, pues pueden ser similares.

En cuanto a las debilidades, destaca la pérdida y dispersión de población, envejecimiento de la población, falta de ofertas de trabajo para personal cualificado, excesiva dependencia del sector de la minería durante décadas, agricultura minifundista de autoabastecimiento, disminución del empleo en los sectores primario y secundario, falta de diversificación económica y bajo dinamismo de la economía, desajuste entre demanda laboral y oferta local, elevada tasa de desempleo, pérdida del tejido empresarial, falta de proyectos para la conversión del tejido económico, ausencia de emprendimiento como opción para trabajadores desempleados, desaprovechamiento de recursos disponibles en la agroindustria, el sector energético o el turismo, terreno industrial abandonado de antiguas industrias, degradación medioambiental derivada de procesos industriales, comunicaciones deficientes (tanto físicas como tecnológicas), falta de servicios sociosanitarios en zonas rurales, falta de coordinación, especialmente entre administraciones, baja presencia del sector femenino en el mercado laboral, falta de comunicaciones terrestres y en algunos municipios, o sociedad subsidiaria. Como específicas, se menciona la excesiva dependencia de núcleos urbanos cercanos.

Entre las amenazas se apunta falta de dinamismo demográfico, los servicios concentrados en núcleos de población mayores, el riesgo de pérdida de empleo en sectores transversales; la ausencia de cualificación en algunos sectores para la reconversión laboral y capacitación, la emigración de la población hacia zonas urbanas, la ausencia de actividad innovadora, la contaminación y degradación ambiental, la gran cantidad de puestos de trabajo ocupados por personal itinerante que no ayudan a fijar población, las dificul-

³⁷ https://www.transicionjusta.gob.es/Convenios_transicion_justa/convenios_en_desarrollo-ides-idweb.asp [consulta el 4 de noviembre de 2022].

tades en la sucesión empresarial de determinadas empresas, y el deterioro y abandono del medio rural: incendios forestales, etc.

En las fortalezas, se observa una mayor atención a las propias de cada zona, y se advierte una acusada desigualdad entre las dos zonas. De este modo, hay fortalezas comunes (importancia del sector servicios y turismo en la zona, existencia de una importante biodiversidad y patrimonio en la zona, disponibilidad de suelo industrial, localización logística relativamente favorable para instalación de empresas, sentimiento de pertenencia al territorio o paso del Camino de Santiago).

Como oportunidades, de nuevo en común aparece el mantenimiento del acceso al recurso hídrico, la existencia de fuentes de financiación externas, la revitalización del turismo en la zona tras la reparación ambiental y paisajística de las zonas degradadas, la existencia en el territorio de empresas con proyección, el aprovechamiento de recursos disponibles en la agroindustria, el mercado creciente para productos de calidad y profesionalización del sector agrario orientado hacia la producción y comercialización de estos productos, el apoyo institucional para el impulso de investigación sobre desarrollo alternativo y nuevas tecnologías para competitividad empresarial o la presencia de un Grupo de Acción Local consolidado que puede proponer proyectos.

Las diferencias aparecen vinculadas precisamente a las energías renovables, destacando la Montaña Central el mantenimiento del acceso a la red eléctrica que permite la reorientación industrial en el sector hacia las energías renovables y sostenibles o su consideración como una zona de gran recurso eólico y solar para poder desarrollar proyectos que permitan establecer en la zona un núcleo de referencia en materia de generación energética renovable; mientras que el Bierzo-Laciana menciona la reorientación industrial en el sector hacia las energías renovables y sostenibles.

Tras la consulta participada con los agentes que operan en los distintos territorios, se han formulado propuestas de actividades productivas que solicitan financiación. A estos efectos destaca la apuesta por las plantas fotovoltaicas, la producción de hidrógeno verde y su distribución, el almacenamiento de energía, centrales de bombeo reversible, la producción de biocombustibles, la generación de biomasa o la producción de energía eólica, sin perjuicio de otras actividades ligadas al desarrollo industrial, al turístico o al agropecuario.

5. Conclusiones: ¿creación de empleos verdes y dignos?

Cerradas todas las minas de carbón en España y con el cierre progresivo de las centrales térmicas, se trata de comprobar, por un lado, si la transición justa que se pretende lo será también en relación con el mantenimiento y mejora de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras afectadas por los procesos de reconversión, y de otro, con las expectativas de desarrollo sostenible de los propios territorios, profundamente imbricada la respuesta de las dos cuestiones.

En sentido positivo, cabe destacar la protección social otorgada a las personas trabajadoras que a una edad madura perdieron su modo de vida, pues accedieron a la

prejubilación con altas bases de cálculo. También merece ser puesta en valor la participación sindical en los Acuerdos marco, en tanto las organizaciones obreras son las mejores conocedoras del funcionamiento de las empresas y de los territorios, máxime cuando son rurales y durante todo el desarrollo del proceso de desaparición de las minas de carbón y de transición energética han conseguido vehiculizar las protestas³⁸. Sin olvidar, como elemento a tener en cuenta en otras transiciones, la inclusión como personas afectadas de cuantas prestaran servicios no solo en las empresas principales, sino también en las contratas y subcontratas vinculadas con aquellas.

Destaca a estos efectos la alta inversión pública llevada a cabo en estos territorios a lo largo del tiempo y especialmente en los últimos años, apostando, entre otros objetivos, por la recuperación del patrimonio industrial y por la restauración de las zonas degradadas por la minería, así como propulsar la formación de las personas jóvenes de los municipios mineros y la recualificación de quienes trabajaron en la mina.

En el sentido opuesto, una vez cerradas las minas y articulados los Acuerdos, el resto de instrumentos se han llevado a cabo al margen de las vías de diálogo social y negociación colectiva³⁹. Así, en el procedimiento seguido en los convenios de transición justa, los sindicatos han participado al mismo nivel y como el resto de agentes implantados en el territorio, desarrollando líneas de actuación al respecto⁴⁰. Sin embargo, no se advierte en la negociación colectiva previsiones que recojan actuaciones dirigidas a anticipar las consecuencias de la transición energética en otros sectores o que pretenda diseñar un empleo verde en el territorio.

El número de empleos creados no logra alcanzar las cifras de los años 90 en la minería. Así, y como resultados parciales, que han de ser completados y entre los años 2019 y 2022 se han apoyado 58 proyectos con 137,6 millones de euros, y se han comprometido 459 empleos de los cuales solo 236 son a largo plazo. En restauración ambiental se prevé que en Asturias se creen una media de 150 empleos/año y en la zona de León unos 180-192 empleos/año durante un período de 3 años⁴¹.

Respecto a las características de dichos empleos y teniendo como horizonte y objetivo el empleo verde y decente, cabe analizar las siguientes:

- A) La necesidad de impulsar el trabajo en clave de igualdad y no discriminación, en particular, por razón de género. Los empleos verdes pueden suponer tanto una oportunidad como un obstáculo en el objetivo de alcanzar la igualdad en el empleo entre mujeres y hombres, en tanto las ocupaciones vinculadas a numerosas actividades de energías renovables son técnicas, y la brecha tecnológica impide acceder a muchas potenciales trabajadoras y cuantas prestan servicios en estos sectores, tienen que enfrentarse a la conocida segregación por razón de

³⁸ Escribano Gutiérrez, J.: “Convenios de transición justa: perspectivas jurídico-laborales”, cit., p. 129.

³⁹ Escribano Gutiérrez, J.: “Convenios de transición justa: perspectivas jurídico-laborales”, cit., p. 130.

⁴⁰ CC.OO., Guía sindical de intervención en los convenios de transición justa, 2020.

⁴¹ Informe de Comisión de 29 de junio de 2022, https://www.transicionjusta.gob.es/reactivacion_comarcas/common/29.06.2022_Informe%20_Comis_Seg_Mineria.pdf

ocupación. Esta desigualdad heredada hace que solo 3 mujeres estén incorporadas en las bolsas de trabajo creadas en virtud de los Acuerdos Marco.

- B) Todo trabajo, incluido el trabajo verde, debe observar los principios que rigen la seguridad y la salud de los trabajadores, ya que son indicadores esenciales del trabajo decente⁴². Y, sin embargo, se presta escasa atención a los riesgos laborales que existen en tales empleos⁴³. Los riesgos en tales ocupaciones se consideran combinaciones de nuevos y emergentes, especialmente aquellos provocados por las nuevas tecnologías; así la producción de energía solar utiliza más de 15 materiales peligrosos para la fabricación de paneles fotovoltaicos, sin olvidar los riesgos físicos de su instalación; en la energía eólica los trabajadores tal vez se vean expuestos a riesgos químicos derivados de la exposición a resinas epoxídicas, al estireno y disolventes, a gases, vapores y polvos nocivos, y a riesgos físicos provocados por los elementos móviles, así como a la manipulación en la fabricación y mantenimiento de cuchillas, con riesgo de exposición a polvos y emanaciones de gases tóxicos provenientes de la fibra de vidrio, de endurecedores, de aerosoles y de fibras de carbono; la bioenergía (con todas las prevenciones a ella asociados) une los riesgos de la agricultura con los derivados del proceso térmico, como carcinógenos, monóxido de carbono, óxidos de azufre, plomo, compuestos orgánicos volátiles, e incluso pequeñas cantidades de mercurio, metales pesados y dioxinas; el reciclaje de residuos es una de las actividades más potencialmente peligrosa y dependerá su grado del material a reciclar⁴⁴. También las actividades tradicionales que pasan por el tamiz ecológico han de afrontar nuevos riesgos vinculados a las nuevas formas de producción o materiales empleados⁴⁵.
- C) El desarrollo del empleo verde y sus nuevos yacimientos de empleo tienen como principales ventajas que ayudan a fijar la y provocan una demanda de empleo heterogénea, tanto en cualificación como en tiempo de trabajo⁴⁶. Por la intensa implicación que suelen tener con el medio en el que se desarrollan son más difíciles de deslocalizar y por esta razón resultaría más estables y contribuirían a la fijación de poblaciones en los entornos⁴⁷. Sin embargo, ha comenzado a surgir una férrea oposición por parte de ciertos grupos de población frente a la utilización de estos territorios de forma meramente extractiva, antes de energía fósil,

⁴² OIT, *Promover la seguridad y salud en una economía verde*, Ginebra, OIT, 2012, p. 1.

⁴³ OIT, *Promover la seguridad y salud en una economía verde*, cit., p. 3.

⁴⁴ Siguiendo OIT, *Promover la seguridad y salud en una economía verde*, cit., pp. 3 y ss.

⁴⁵ Un análisis exhaustivo de los riesgos laborales en este tipo de ocupaciones en Autores Varios (Agra Viforcós, Beatriz, Dir.), *Empleos verdes y prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017. Respecto a los nuevos riesgos, Rodríguez Escanciano, Susana, *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

⁴⁶ Autores Varios, *Guía para el fomento del empleo verde en los pequeños municipios españoles*, Federación Española de Municipios y Provincias, 2013, p. 55.

⁴⁷ Molina Navarrete, Cristóbal, Ecosistema socio-jurídico y políticas regeneradoras de los mercados de trabajo: oportunidades, incentivos y experiencias de autoempleo verde, en *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2013, p. 278.

y ahora renovable, sin generar ningún tipo de organización productiva ni crear de empleo en la zona, y, al tiempo cercenando la posibilidad de llevar a cabo otras posibles actividades y devaluando el valor paisajístico, ecológico y patrimonial de la zona. En definitiva, no se ha conseguido articular un ecosistema productivo propio capaz de volver a impulsar estos territorios. Las propuestas en la zona leonesa parecen generalistas o con poco poder tractor. Los territorios parecen condenados a desaparecer una vez que muera la generación de mineros prejubilados que ahora la habitan. Las siguientes generaciones han perdido la esperanza de trabajar y vivir en dichos territorios.

D) La transición hacia un desarrollo sostenible y bajo en emisiones conduce a nuevas demandas que precisan cualificaciones distintas o programas de reciclaje⁴⁸.

Este tipo de empleo, por tanto, demandará personas con una alta formación y cualificación profesional; su propio desarrollo hace que resulte necesario formar profesionales capaces de hacer frente a las exigencias actuales y futuras⁴⁹.

Las capacidades y aptitudes requeridas (“las políticas climáticas deberían contribuir a un incremento de la demanda de trabajadores cada vez más cualificados en materia de desarrollo tecnológico e innovación. Esta exigencia, nada nueva, por otra parte, resulta especialmente visible cuando se consideran los procesos de lucha contra el calentamiento global”⁵⁰), hacen necesario invertir en formación y reciclaje de los trabajadores⁵¹, especialmente para los empleos afectados por la transformación de los procesos productivos en el camino hacia la economía verde. Este aprendizaje o reciclaje irá destinado, en ocasiones, a reducir el impacto medioambiental de sus actuales ocupaciones, en otras para introducir nuevas tareas o un cambio total de actividad⁵².

Para que efectivamente adopten estas cualidades es necesaria una decidida acción institucional en forma de políticas de apoyo al empleo verde⁵³. Pero se detecta una falta de rumbo en las políticas activas de empleo verde⁵⁴.

E) El empleo que se pretende crear tras el tránsito a una economía más sostenible es de una calidad muy inferior al que se destruye, tal sucede con el salario,

⁴⁸ OIT, *Los empleos verdes se vuelven realidad. Progreso y perspectivas para 2012*, Ginebra, OIT, 2013, p. 2.

⁴⁹ Autores Varios, *Guía para el fomento del empleo verde en los pequeños municipios españoles*, Federación Española de Municipios y Provincias, cit., p. 58.

⁵⁰ Sastre Ibarreche, Rafael, Empleo y desarrollo del Protocolo de Kioto: los derechos de implicación de los trabajadores, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 19, 2009, p. 7.

⁵¹ Sustainlabour, *Empleos verdes para un desarrollo sostenible. El caso español*, Madrid, cit., p. 9.

⁵² European Centre for the development of vocational training, *Skills for green Jobs. Country report: Spain*, 2010, p. 8.

⁵³ Molina Navarrete, Cristóbal, Ecosistema socio-jurídico y políticas regeneradoras de los mercados de trabajo: oportunidades, incentivos y experiencias de autoempleo verde, cit., p. 270.

⁵⁴ Canalda Criado, Sergio, Políticas activas de empleo, formación profesional y transición justa: ¿hacia un pleno empleo verde?, en *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, p. 72.

que, como ya se ha puesto de manifiesto, es sensiblemente inferior y parecen primar los contratos temporales o indefinidos con una duración media.

- F) Y finalmente, la cuestión sobre si se están promoviendo o no empleos verdes en esos territorios. Desde luego, la Estrategia de Transición Justa propone, como uno de los ejes de actuación las políticas activas de empleo verde y como contenido de numerosas acciones, el impulso del empleo verde. Sin embargo, el diseño posterior se subordina a la iniciativa privada, y no se acotan las características de las ocupaciones. En este último aspecto, conviene no perder de vista que “muchos trabajos que son verdes en teoría no lo son en la práctica, debido al daño ambiental causado por prácticas inadecuadas”⁵⁵, esto es, que aun preclasificadas como verdes, cuando la realización intensiva de ciertas actividades provoca la degradación del medio natural en el que se desarrollan, como la construcción de grandes centrales hidroeléctricas que dañan los entornos fluviales o los llamados acaparamientos verdes que consisten en el uso masivo de la tierra con fines supuestamente sostenibles como la geoingeniería o los proyectos forestales de captura y almacenamiento de carbono, no cabe su inclusión en tal concepto. Se trata de exigir una coherencia interna entre la actividad desarrollada y su proceso de realización en sintonía con la función que están llamados a desarrollar. “Estos no solo deben estar libres de emisiones de carbono, sino que han de cumplir también otras condiciones adicionales como no producir residuos desarrollarse de forma eficiente desde el punto de vista energético y ahorrar materias primas”⁵⁶. En definitiva, no todos los empleos que se pretenden generar son verdes, aunque se trate de energías renovables, en tanto pueden generar un gran impacto ambiental que no está siendo tenido muchas veces en cuenta en su desarrollo.

Examinada la experiencia desarrollada en las cuencas mineras del noroeste de España, que supone un laboratorio de pruebas para la transición justa, conviene aprovechar los aciertos y aprender de los obstáculos o errores detectados para afrontar las siguientes transiciones con mayores garantías.

7. Bibliografía

Autores varios, *La generación de empleo en el transporte terrestre sostenible de mercancías*, ISTAS, 2012.

Autores varios, *Guía para el fomento del empleo verde en los pequeños municipios españoles*, Federación Española de Municipios y Provincias, 2013.

⁵⁵ OIT: *Empleos verdes. Hechos y cifras*, cit., pág. 2.

⁵⁶ Miñarro Yanini, Margarita, Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde, cit., pp. 50 y 56.

- Autores varios (Agra Viforcós, Beatriz, Dir.), *Empleos verdes y prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017.
- Autores varios, *Roadmap to 2050. A Manual for Nations to Decarbonize by Mid-Century*, Sustainable Development Solutions Network (SDSN) y Fundación Eni Enrico Mattei, FEEM, 2019.
- Abay Analistas Económicos, *Revisión de la metodología aplicada en la elaboración de los diagnósticos preliminares y las delimitaciones geográficas de los convenios de transición justa*, 2018.
- Álvarez Cuesta, Henar, *Empleos verdes. Una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2016.
- Álvarez Cuesta, Henar, La lucha contra el cambio climático y en aras de una transición justa: doble objetivo para unas competencias representativas multinivel, *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, CEF, núm. 469, 2022, pp. 89-120.
- Álvarez Cuesta, Henar, La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022.
- Canalda Criado, Sergio, Políticas activas de empleo, formación profesional y transición justa: ¿hacia un pleno empleo verde?, en *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, 49-84.
- Casado Galván, Ignacio, *Breve historia de la minería leonesa del carbón*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, diciembre 2009, www.eumed.net/rev/cccss/06/icg7.htm.
- CC.OO., Guía sindical de intervención en los convenios de transición justa, 2020.
- Chacartegui Jávega, Consuelo, *Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental: un compromiso social y ecológico*, Albacete, Bomarzo, 2018.
- Chacartegui Jávega, Consuelo, Eco-labour law intersectionalities: from the green transition to legal certainty for workers, en *Labour Law and Ecology*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, 45-67.
- Escribano Gutiérrez, Juan, Convenios de transición justa: perspectivas jurídico-laborales, en *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, 119-148.
- Estrada, Bruno *et alii*, *Reflexiones y propuestas al cambio de modelo productivo en España*, Fundación 1º de Mayo, CCOO, 2009.
- European Centre For The Development Of Vocational Training, *Skills for green Jobs. Country report: Spain*, 2010.
- Felipe Pérez, Beatriz, El papel del sector privado europeo ante las migraciones climáticas, ECODES, 2020.
- IPCC, *AR6 Climate Change 2021: The Physical Science Basis*, 2021.
- Lara Ortiz, M^a Lidón, Instrumentos jurídicos en la lucha contra el cambio climático, en *Cambio climático y Derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva*. Jaén, Uja Editorial, 2021, 15-41.

- Miñarro Yanini, Margarita, Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde, en *Cambio climático y Derecho Social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Jaén, Uja Editorial, 2022, 43-70.
- Molina Navarrete, Cristóbal, Ecosistema socio-jurídico y políticas regeneradoras de los mercados de trabajo: oportunidades, incentivos y experiencias de autoempleo verde, en *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2013, 268-301.
- Observatorio De La Sostenibilidad En España y Fundación Biodiversidad, *Informe de Empleo verde en una economía sostenible*, 2009.
- OCDE, *Hacia el crecimiento verde*, París, OCDE, 2011.
- Oficina De Política Europea WWF, *Empleo verde en Europa. Oportunidades y perspectivas futuras: resumen ejecutivo*, 2009.
- OIT, *Empleos verdes. Hechos y cifras*, Ginebra, OIT, 2008.
- OIT, *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*, Ginebra, OIT, 2008.
- OIT, *The social and decent work dimensions of a new Agreement on Climate Change*, Ginebra, OIT, 2009.
- OIT, *Estrategias territoriales innovadoras para empleos más verdes. Iniciativas latinoamericanas y europeas en busca de una mayor cohesión social*, ITC, Centro Internacional de Formación, 2010.
- OIT, *Promover la seguridad y salud en una economía verde*, Ginebra, OIT, 2012.
- OIT, *What is a Green job?*, Ginebra, OIT, 2013.
- OIT, *Los empleos verdes se vuelven realidad. Progreso y perspectivas para 2012*, Ginebra, OIT, 2013.
- OIT, *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos*, Ginebra, OIT, 2016.
- Rodríguez Escanciano, Susana, *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Sastre Ibarreche, Rafael, Empleo y desarrollo del Protocolo de Kioto: los derechos de implicación de los trabajadores, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 19, 2009, 7-9.
- Szewczyk, Robert y Unterschütz, Joanna, Poland's transition to a low-carbon economy: the impact on the rights of workers, en *Labour Law and Ecology*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, 239-262.
- Stevens, Candice, *Las trabajadoras y los empleos verdes*, *Empleo, Equidad, Igualdad*, Fundación Laboral Internacional para el Desarrollo Sostenible, 2009.
- Sustainlabour, *Empleos verdes para un desarrollo sostenible. El caso español*, Madrid, Sustainlabour, 2012.
- Tham, Joo-Cheong Y Countouris, Nicola, Introduction. The ecology of labour Law: from othering to embedding, en *Labour Law and Ecology*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, 23-4.

Tomás Carpi, Juan Antonio, El empleo verde en España: evolución y perspectivas, en *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2013, 302-325.
United Nations Industrial Development Organization, *Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy*, 2016.

Nuevos retos del derecho migratorio: la falta de respuestas jurídicas ante los flujos de personas motivados por cuestiones climáticas

New challenges of immigration law:
the lack of legal responses to the flows of people
due to climate issues

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora Titular de Universidad
Universidad Jaume I, Castellón*

ORCID: 0000-0001-8411-3595

doi: 10.20318/labos.2022.7373

1. Planteamiento: el vacío jurídico ante un problema creciente

El más que evidente cambio climático antropoceno que está experimentando el planeta Tierra está produciendo efectos de carácter transversal en las vidas de las personas. Muchos de estos problemas tienen clara repercusión jurídica, pero no siempre se establece una respuesta adecuada para ellos, es más, en ocasiones se producen lagunas de regulación y protección.

Este es el caso de las personas que se ven obligadas a abandonar sus lugares de origen por hacerse inhabitables a consecuencia de los efectos del cambio climático. Los fenómenos climáticos que motivan estos flujos pueden ser de magnitud y duración variable, lo que determinará su incidencia en la situación de las personas afectadas. En este sentido, si los fenómenos climáticos sólo afectan a zonas determinadas de un Estado y son puntuales, desplazarán a la población a las zonas seguras, lo que ocasionará dificultades económicas y sociales, pero no un problema jurídico de tutela, dado que permanecen en sus Estados. El problema más grave surge cuando un Estado se convierte en inhabitable de manera permanente, obligando a sus habitantes a salir de él definitivamente para buscar protección en otro Estado. Sin duda, se trata de una situación extrema, pero que se va evidenciando de manera paulatina, por lo que antes de ese momento, a consecuencia de la habitabilidad menguante, se produce la lucha por los cada vez más escasos recursos vitales (tierras cultivables, agua potable...), que provoca situaciones de violencia e inseguridad, y que se está planteando ya en numerosos países.

*myanini@dtr.uji.es

No obstante, pese a lo acuciante del problema, no existe voluntad política de darle respuesta jurídica adecuada, pese a su impacto creciente y a los ruegos de los países más perjudicados. De este modo, la triste realidad es que nada se ha avanzado en esta materia, dada la incapacidad de los Estados de llegar a acuerdos jurídicos vinculantes en cualquier tema migratorio¹. Así, ni existe una vía ad hoc aplicable a quienes se encuentran en esta situación, ni se estiman aplicables los cauces tradicionales de tutela internacional –asilo y protección subsidiaria–. Es este un problema de gran magnitud y evidente “urgencia práctica”, que ya es una realidad en algunos países del Sudeste Asiático y Oceanía, de cuya resolución depende el tratamiento que se dé a estas personas.

2. Posibles cauces de tutela para los movimientos de personas ocasionados por el cambio climático

Con objeto de dar protección jurídica a las personas que se ven obligadas a salir de sus Estados de origen a consecuencia de los efectos del cambio climático, pueden plantearse diversas soluciones. Una primera opción es establecer una vía específica de tutela cuyo contenido se haya diseñado en atención a las necesidades particulares de estas personas. La segunda posibilidad es utilizar los cauces migratorios tradicionales, asilo o, en su caso, migración. En cualquier caso, la solución que se adopte debe ser general, para evitar diversas diferencias de trato e inseguridad jurídica.

Con todo, debe destacarse que en la actualidad no se están aplicando estas soluciones, sino que, al margen de ciertas medidas adoptadas por algún Estado, se trata de un problema irresoluto, por lo que los flujos de personas motivados por el cambio climático, con carácter general, carecen de protección jurídica.

2.1. Cauce específico de tutela

El establecimiento de un cauce de tutela específico para las personas que han de salir de sus Estados a consecuencia del cambio climático sería la vía idónea de protección, puesto que su especificidad permitiría establecer un estatus jurídico plenamente adaptado a las necesidades que presentan estas situaciones. En cualquier caso, como se ha apuntado, esta posibilidad no se ha llevado a la práctica, y en la actualidad no existe ningún cauce específico de tutela para estas personas.

No obstante, en el ámbito de la UE, la Resolución del Parlamento de 5 de abril de 2017, sobre la gestión de los flujos de migrantes y refugiados: el papel de la acción exterior de la Unión, defendió esta vía como la más adecuada para dar protección a quienes denomina “migrantes climáticos”. Pocos años más tarde, el Nuevo Pacto de Migración y

¹ Vid. FELIPE PÉREZ, B. “El papel del sector privado europeo ante las migraciones climáticas”, *Ecodes*, 2020, p.21.

Asilo, de 23 de septiembre de 2020², pese a su signo restrictivo de los flujos migratorios de todo tipo, destacaba la singularidad de los que vuelve a denominar “migrantes climáticos”, a los que se refiere en cuatro ocasiones. Ello parecía manifestar la voluntad de dar una respuesta jurídica específica a esta particular situación. Sin embargo, esa idea muy pronto fue desmentida por la vía de los hechos, pues tal eventual cauce es obviado por la planificación de los instrumentos de desarrollo con la que se trabaja.

2.2. Vías tradicionales

La carencia de vías específica de protección para las personas que han de abandonar sus Estados a consecuencia de los efectos del cambio climático lleva a buscar otros posibles cauces que garanticen su protección jurídica. A tal efecto, debe plantearse la posibilidad de encontrar solución en las vías tradicionales relativas a los movimientos migratorios. Aunque éstas, como se verá, presentan problemas de ajuste por razones diversas³, pueden –deberían– ser una solución de más sencilla aplicación, dado que ya están creadas, por lo que la única acción precisa sería de tipo interpretativo-aplicativo.

Ha de tenerse muy presente que la posibilidad de aplicar un cauce u otro, en su caso, es sumamente relevante, puesto que ello determinará su estatus jurídico, es decir, los derechos y garantías⁴ que se reconocerán a estas personas, que pueden desplegar muy diferente intensidad protectora.

2.2.1. Protección internacional

Como es sabido, la protección internacional integra, el asilo y, en el ámbito de la UE, también la protección subsidiaria, que es una vía de flexibilización de aquél a la que se reconoce una protección análoga. Ambas tienen por objetivo proteger a las personas que han de huir de sus países de origen por riesgo inminente para su vida, pero más allá de ello, la normativa que las desarrolla añade exigencias adicionales que restringen su alcance. A todo lo anterior se suma una interpretación muy estricta que limita aún más sus posibilidades aplicativas en general, y en el en el supuesto examinado en particular. De este modo, aunque la protección internacional podría ser la solución más garantista para las personas que abandonan sus países de origen a consecuencia del cambio climático, su aplicación a estos casos exigiría interpretarla en clave flexibilizadora.

² Analizado en Fernández Avilés, J.A. “Nuevo Pacto Europeo sobre inmigración y asilo: bienvenida la reforma migratoria integral, adiós al «cambio de paradigma»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº455, 2021, p.5 ss.

³ Vid sobre el tema Miñarro Yanini, M. “Un nuevo reto para el Derecho Social: la necesaria tutela jurídica de los movimientos de personas causados por el cambio climático”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº240, 2021, p.4 ss.

⁴ Incidiendo en la importancia esencial de la denominación que se dé a estas personas, Solà Pardell, O. “Desplazados medioambientales. Una nueva realidad”, *Revista de Derecho –Valdivia–*, 2006, vol.XIX, p.39.

Por lo demás, la regulación comunitaria de esta vía de tutela está en proceso de revisión desde hace una década, lo que revela la dificultad de llegar a acuerdos en este tema entre los Estados⁵.

2.2.2. Asilo

El asilo es un derecho que se reconoce a quien por *“fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”* (art.1 Convenio de Ginebra). De este modo, la Convención establece como condición para reconocer el asilo la existencia de fundados temores de persecución⁶, que deben además, estar causados por una serie de motivos determinados. Tanto la Directiva de requisitos para la protección internacional (artículo 2,d) como la Ley 12/2009, de Asilo (artículo 3)⁷, reproducen esencialmente la norma internacional. No obstante, dichas disposiciones delimitan estas causas a fin de que su interpretación sea uniforme, dando así seguridad jurídica a su aplicación, si bien ello provoca un efecto restrictivo, contrario al sentido expansivo que debiera tener la interpretación de los derechos humanos/fundamentales⁸.

En particular, en relación a las personas que han de abandonar sus países a causa del cambio climático, no responden a ninguna de estas causas. Es de destacar que tampoco pueden encuadrarse en la aparentemente más amplia “pertenencia a un grupo social”, puesto que la incidencia del clima no es selectiva, como exige la delimitación del supuesto, sino global e indiferenciada⁹.

De este modo, tanto por el bien jurídico tutelado –derecho a la vida–, como por la urgencia de la salida del Estado, y por la “protección fuerte” que tiene establecida, el asilo es un derecho que sería adecuado reconocer a quienes han de abandonar sus Estados a consecuencia del cambio climático. No obstante, los condicionantes adicionales que establece la normativa reguladora del asilo, unidos a su estricta interpretación por parte de los órganos que han de aplicarlo¹⁰, excluyen esta posibilidad.

⁵ Muy ilustrativo resulta, en este sentido, que uno de los puntos de acuerdo alcanzados en el Pacto Migratorio es permitir la máxima libertad de actuar a los Estados en relación a los solicitantes de protección internacional, a través de la “solidaridad a la carta”, también llamado “sistemas de contribuciones flexibles”, Fernández Avilés, J.a. “Nuevo Pacto Europeo sobre inmigración y asilo: bienvenida la reforma migratoria integral, adiós al «cambio de paradigma»”, op. cit., p.8.

⁶ Así, “Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado”, ACNUR, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>

⁷ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

⁸ En esta línea, Preciado Domènech, C.h., *La interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*, Pamplona, Aranzadi, 2016, p.21 ss.

⁹ En este sentido, vid. Miñarro Yanini, M. *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los refugiados*, Albacete, Bomarzo, 2018, p.35.

¹⁰ Vid. Felipe Pérez, B. *Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional*, Pamplona (Aranzadi), 2019, p.141.

2.2.3. Protección subsidiaria

La protección subsidiaria es una vía de flexibilización del asilo establecida en el ámbito de la UE, que precisamente está concebida para tutelar situaciones en las que no se cumplen las condiciones para el reconocimiento del derecho de asilo (art.2,f Directiva de requisitos) pero que existe el mismo riesgo para la persona. Con todo, aunque pueda parecerlo, no se trata de una categoría flexible, puesto que, de nuevo, se definen de manera muy rígida las condiciones para su concesión. El precepto apuntado, como el art. 10 de la Ley 12/2009, considera beneficiario de protección subsidiaria a *“un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves”* definidos en el artículo 15 de esta Ley (...)” de pena de muerte, tortura o amenazas graves contra la vida o integridad (art.15 Ley 12/2009).

De este modo, establece la exigencia añadida de que la persona tenga motivos para creer que en el país de origen sufriría los riesgos graves especificados, que suponen en todo caso una acción de otras personas, que además, nuevamente se interpretan de manera estricta por los aplicadores de la norma. De esta manera, paradójicamente –dado que su fundamento es precisamente ampliar la tutela del asilo–, se establecen restricciones que, al igual que sucede con el asilo, limitan nuevamente su alcance aplicativo. Éstas, por lo demás, determinan que queden fuera de su ámbito de protección las personas que han de abandonar sus países de origen a consecuencia del cambio climático.

2.2.4. Inmigración

La vía de la migración, en su versión clásica, no tiene un fundamento humanitario, sino productivista, puesto que su razón de ser es el trabajo¹¹. Es por ello que la persona migrante únicamente puede entrar legalmente al Estado de destino si tiene una oferta de trabajo en firme cuya ejecución justifique su estancia en el país. El desarrollo de un contrato de trabajo es el eje de esta institución, lo que determina que se establezca una “protección débil” –dado que se presume la autosuficiencia económica dada la expectativa de cobro de salario– y que se circunscriba la duración de la estancia a la del contrato.

Las breves notas apuntadas acerca de la figura de la inmigración muestran las dificultades de ajuste que presenta en relación a la situación de las personas que han de abandonar sus Estados a consecuencia del cambio climático. Así, éstos no salen de sus Estados en busca de una vida mejor, sino porque no tiene alternativa, y no lo hacen de forma temporal, sino definitiva, además de que carecen de medios de subsistencia en el Estado de destino. Es por ello que la aplicación de la inmigración a las personas que

¹¹ Así, se les denomina “flujos migratorios laborales”, artículo 2,bis, LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

han de abandonar sus Estados a consecuencias del cambio climático no es adecuada ni teóricamente ni por cuestiones prácticas.

Sin embargo, dado que la institución de la inmigración ha ido ampliando su extensión para cubrir nuevas necesidades¹², junto con la faceta “clásica” expuesta, ha desarrollado otras dimensiones que implican una tutela de fundamento más social. Así, a través de esta vías “impropias”¹³, algunos países han incluido en sus Leyes de extranjería figuras de tutela relativas a desastres medioambientales, como es el caso de Finlandia (2004) o Suecia (2005)¹⁴.

En esta línea, debe hacerse especial mención a la experiencia de Italia, que cuenta con cierta trayectoria en la protección de personas ante riesgos derivados del clima, y que, tras idas y venidas, introdujo en su normativa en el año 2020 una vía de tutela vinculada a las catástrofes ambientales, denominada “permiso por calamidad”¹⁵. Se desconoce, en cualquier caso, cómo resultará afectado este cauce, al igual que, en general, la política migratoria italiana, por el reciente cambio de Gobierno y las modificaciones en clave restrictiva que pretende realizar, en línea con su postulado de “mano dura” frente a la inmigración¹⁶.

Por lo demás, si bien en España no existe ningún cauce que contemple estas situaciones de desastres naturales, no sería impensable, dada su laxitud, que pudiera canalizarse a través del art.126.3 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. Éste incluye, entre los supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales, el permiso por razones humanitarias¹⁷, que se reconoce “a los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo”. Con todo, lo cierto es que esta modalidad se utiliza como cauce complementario de la protección internacional, sin que se haya planteado nunca –que se sepa– su aplicación por razones de imposibilidad climática de la persona solicitante de permanecer en su Estado de origen.

¹² Como se ha destacado, la diversificación de la inmigración es una de las características del modelo migratorio del Siglo XXI, vid. Domínguez Mújica, J. y Godenau, D. “Las migraciones internacionales en el Siglo XXI”, en AAVV *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AAVV, Albacete, Bomarzo, 2009, p.82.

¹³ En este sentido, a través de esta institución no sólo se establecen “cupos de mercado” sino también “cupos de solidaridad”, vid. Molina Navarrete, C. *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*, Bogotá, Universidad Externa de Bogotá, 2005, p.107.

¹⁴ EU, “Climate change and migration”, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655591/IPOL_STU\(2020\)655591_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655591/IPOL_STU(2020)655591_EN.pdf), p.65.

¹⁵ Vid, in extenso, Chiaromonte, W. “Protección internacional e inclusión laboral de las personas migrantes ambientales: la experiencia italiana” en AAVV *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Jaén (Iura), 2021, p.185 ss.

¹⁶ <https://es.euronews.com/2022/10/27/el-gobierno-de-meloni-vuelve-a-la-linea-dura-con-la-inmigracion-irregular-en-italia>

¹⁷ Vid Miñarro Yanini, M. “Un nuevo reto para el Derecho Social: la necesaria tutela jurídica de los movimientos de personas causados por el cambio climático”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº240, 2021, p.5.

En conclusión, como se ha expuesto, a través de la vía migratoria, en su vertiente humanitaria, se están desarrollando algunas posibilidades de tutela para las personas que han de huir de sus países de origen a consecuencia del cambio climático. Sin duda, la facilidad que supone la mayor autonomía reguladora y de aplicación que en ésta tiene los Estados contribuye a ello. Con todo, aunque ello es positivo porque supone dar una solución a este problema, ha de tenerse en cuenta que la protección derivada de la inmigración es inferior a la que dispensa el asilo y, en cualquier caso, es insuficiente para las necesidades que presentan las personas afectadas.

3. Otras posibles vías de protección

La carencia de resultados en la búsqueda de una respuesta tuitiva por las vías tradicionales a los movimientos de personas ocasionados por razones climáticas –motivada, en gran medida, por falta de voluntad de los Estados–, lleva a buscar otras soluciones tuitivas para quienes han de huir de sus países de origen a consecuencia del cambio climático. Se trata de vías establecidas en Derecho Internacional que, si bien, dado su carácter genérico, no se ajustarán a las especificidades de la situación particular examinada, al menos pueden suponer un cauce de tutela para estas personas que les garantice la no devolución.

La primera de estas vías es la protección del derecho a la vida del art.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que ya ha sido aducida a efectos de solicitar protección por quienes huyen del impacto del clima en sus países de origen. Así, en base al Protocolo Facultativo, Ioane Teitiota, ciudadano de Kiribati –archipiélago del océano Pacífico muy vulnerable al cambio climático al encontrarse sólo 2 metros sobre el nivel del mar–, solicitó protección en Nueva Zelanda, tras haber sido desestimada su solicitud de asilo. En respuesta a ella, el Comité, en la Decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 7 de enero de 2020, si bien desestimó la solicitud –con dos opiniones discrepantes–, abrió una vía para la posible protección de quienes han de huir de sus Estados a consecuencia del cambio climático. En este sentido, el motivo de que no se estimara la petición fue, a juicio del Comité, que no se había demostrado que existiera peligro inminente para la vida o seguridad del actor. Sin embargo, es muy importante destacar que admitió que esta vía pueda ser utilizada por personas que deban salir de sus Estados a consecuencia del cambio climático, siempre que demuestren la existencia de un riesgo inminente para sus vidas, que es el factor que consideró clave para la concesión de la tutela. Así, de manera muy concluyente el Comité afirmaba que *“una degradación ambiental grave puede afectar negativamente el bienestar de una persona y dar lugar a una violación del derecho a la vida”*. De este modo, reconocía en esta Decisión que puede aplicarse la protección del derecho a la vida ex artículo 6 del pacto en supuestos en los que el cambio climático provoque el abandono de un Estado por quienes lo habitaban por la existencia de peligro para su vida. En cualquier caso, ha de destacarse que la consecuencia de la aplicación de esta medida es la no deportación, que constituye el nivel más básico de protección. Con ello, si bien se evita que la persona deba volver a expo-

nerse a los riesgos del Estado de origen, no se garantiza la atención de las necesidades que tendrá en el nuevo Estado, que son imprescindibles para llevar una vida digna. En consecuencia, se trata de una tutela mínima, pero que ni es suficiente ni adecuada para proteger a quienes han de abandonar sus Estados de origen a consecuencia de los efectos del cambio climático.

Por lo demás, se considera de interés en este punto hacer alusión a la interpretación del Derecho de asilo por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales, aunque su fondo resulta algo cuestionable a juicio de quien escribe estas líneas. El anexo a la Carta revisada, de 1996, dispone en su apdo.2 que *cada Parte Contratante concederá a los refugiados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los refugiados, y que residan regularmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha Parte se haya obligado a aplicar en virtud de la Convención de 1951 y de cualesquiera otros acuerdos Internacionales vigentes aplicables a esos refugiados*. Con esta remisión, refuerza los instrumentos normativos de referencia¹⁸, aunque su impacto sustancial es modesto. No obstante, la interpretación de este derecho que efectúa el CEDS, máxime intérprete de la Carta, supone la formulación de una tutela evolutiva y extensiva, en la que tendrían cabida las personas que huyen de sus países de origen por los efectos del cambio climático, que serían de acuerdo con esta interpretación, en consecuencia, refugiadas climáticas. En este sentido, muy ilustrativas resultan las Observaciones interpretativas sobre los derechos de las personas refugiadas, de 5 de octubre de 2015¹⁹, en las que el CEDS flexibiliza el concepto que formula la Carta, al señalar que la protección que esta dispensa “no depende del reconocimiento administrativo de la condición de refugiado por parte de un Estado, que se realiza mediante la concesión de asilo”. La base de su afirmación es el Convenio Europeo de Derecho Humanos, que reconoce en su art.1 la titularidad de los derechos humanos a todas las personas, lo que supone el reconocimiento universal de ciertos derechos. En esta línea, el CEDS considera que *“ciertos derechos sociales directamente relacionados con el derecho a la vida y la dignidad humana forman parte de un “núcleo inderogable” de derechos que protegen la dignidad de todas las personas (que...) deben garantizarse a los refugiados y deben garantizarse a todas las personas desplazadas”*. De este modo, tomando como referente central el derecho universal de la dignidad humana, que el CEDS considera garantía de todos los derechos necesarios para hacerla efectiva, entiende que su reconocimiento ha de implicar el de todos los derechos necesarios para que la persona pueda tener una vida digna. Con todo, siendo loable el objetivo de extender al máximo la tutela del derecho de asilo –al igual que la de otros–, lo cierto es que se considera que esta noción sustancialista, que hace abstracción del reconocimiento administrativo de la condición de persona refugiada, resulta problemática desde el punto

¹⁸ Como destaca Salcedo Beltrán, C. “Crisis de las personas refugiadas y de la covid-19: dos firmes respuestas de Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº453, 2020, p.161.

¹⁹ Sobre el particular, puede verse *in extenso*, Miñarro Yanini, M. “El tratamiento de las personas refugiadas en la Carta Social Europea”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº460, 2021, p. 229, ss.

de vista jurídico. En este sentido, este posicionamiento genera inseguridad jurídica y, conexas, diluye las situaciones protegidas, puesto que con tal argumentación llega a la consideración como categoría única de las “personas extranjeras”, pese a que las diferentes instituciones jurídicas construidas en torno a las mismas tienen un fundamento propio y son jurídicamente útiles. En consecuencia, esta interpretación niega, en última instancia, la razón de ser del asilo, y con ello, la justificación de la existencia del estatus jurídico propio de persona refugiada.

4. A modo de conclusión

Como conclusión a las ideas expuestas en las páginas anteriores, quiere incidirse en la urgencia de encontrar una respuesta firme y unánime ante la situación de las personas que han de abandonar sus Estados a consecuencia de los efectos del cambio climático. Esta solución debería fundamentarse en la solidaridad y corregir la “injusticia climática” que provoca que los países menos contaminantes sean generalmente los más afectados por los efectos del cambio climático.

El cauce tuitivo que mejor se ajustaría a las necesidades de estas personas sería, sin duda, el establecimiento de una vía “a la medida”, es decir, específica, pues permitiría dispensar una tutela totalmente adaptada a las circunstancias y necesidades del supuesto, que se vinculara un estatus protector intenso. Sin embargo, esta “solución ideal” nunca ha visto la luz por falta de voluntad política.

Otra opción que podría ser apta es la de subsumir estas situaciones en el derecho de asilo, puesto que su fundamento y el estatus protector fuerte que dispensa se adecúan a la situación de las personas que han de abandonar sus Estados a consecuencia del cambio climático. Con todo, de nuevo los obstáculos políticos determinan que técnicamente no se les reconozca la condición de refugiados climáticos.

Los restantes cauces examinados son poco adecuados, dado que no suponen una protección intensa y no tiene dimensión general, si bien ha de reconocérseles el valor de constituir intentos de proteger una situación que, en otro caso, queda desprotegida.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

TODOLÍ SIGNES, A. *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Thomson Reuters/Aranzadi. Cizur Menor, 2021 233 páginas.

Doi: 10.20318/labos.2022.7374

El libro que ahora reseño tiene su origen en el concurso que la Universitat de València convocó en junio de 2021 para la cobertura de una plaza de profesor titular de Universidad y que fue resuelto al volver de las vacaciones de verano de ese año. Me correspondió presidir la comisión en la que participaron queridos colegas y amigos: Mercedes López Balaguer, que actuó como secretaria, Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Ana de la Puebla y Jesús Lahera, que lo hicieron como vocales. Su autor, Adrián Todolí, presentó este trabajo para dar cumplimiento a la exigencia de presentar un “proyecto docente” en el primer ejercicio.

Habida cuenta de que los concursos de acceso a plazas de profesorado se han banalizado como consecuencia del papel que ostenta la ANECA y las políticas de personal de las Universidades, se resaltó mucho en aquel momento que el candidato hubiera hecho un esfuerzo para presentar una reflexión general sobre el Derecho del Trabajo. En un tiempo en que, en titularidades –y en cátedras–, estos primeros ejercicios se centran muchas veces en el análisis del Espacio Europeo de Educación Superior y de la innovación docente, aspectos en los que hay bien poco que aportar, afrontar este tipo de retos es algo que ha de ser siempre bienvenido. Y más si, como ocurre en este caso, las reflexiones que se hacen no dejarán indiferente a ningún lector: esté o no de acuerdo con ellas, tendrá que pararse a considerarlas. Por eso,

en septiembre de 2021, los miembros de la comisión lamentamos no haber tenido la oportunidad de leer el ejercicio con antelación para poder debatirlo con detenimiento; y, por eso también, a un año vista de su aparición como libro, creo que vale la pena escribir una breve reseña para describir su contenido y formular algunas reflexiones sobre él.

* * * * *

Si el subtítulo del trabajo (“De cómo los derechos laborales mejoran la economía”) ya nos desvela el intento del autor, en la Introducción se explicita: aprovechando su doble formación, como economista y jurista, busca superar la falta de comunicación que habría existido históricamente entre derecho del trabajo y economía; se ofrece en su lugar una reflexión sobre las relaciones entre ambas en la que precisamente el fortalecimiento de las garantías jurídico laborales incide positivamente sobre el funcionamiento del sistema económico.

Por supuesto, no se trata de un intento original. En el pasado han existido –y se han descrito desde ambas perspectivas– sinergias entre normas laborales y de protección social y crecimiento económico. De hecho, se presuponen en la primera parte del libro cuando se describe la “expansión del derecho del trabajo”, que cabe conectar con las políticas económicas de la segunda posguerra mundial y la construcción del Estado del bienestar. Sin embargo, se habrían truncado con las sucesivas turbulencias del sistema capitalista, desde las crisis del petróleo de los años 70. La mayoría de las consideraciones de la Parte I, dedicada a “Origen y evolución del derecho del trabajo”, se destinan en este sentido a describir este último fenómeno, de “declive del derecho del trabajo”, mostrando sus raíces

en diferentes terrenos, desde el “ideológico-político” hasta el sociológico, pasando por los cambios que se han producido en las estructuras empresariales y en los sistemas de producción.

* * * * *

En este contexto, la Parte II, “El relato en el Derecho del Trabajo: justificaciones y objetivos de las normas laborales” es, sin duda, el centro de la obra. Y no solo por su ubicación sino también por su mayor extensión –aproximadamente equivalente a la mitad de la total– y, sobre todo, porque es en ella donde se concentra la demostración “de cómo los derechos laborales mejoran la economía” que, según sabemos, es el objeto del trabajo.

De entrada, el derecho del trabajo jugaría un papel clave en “la búsqueda de la eficiencia” (capítulo IV) puesto que garantizaría el funcionamiento adecuado del mercado de trabajo, que es clave para el del conjunto del sistema. En este plano de reflexión son varias las instituciones jurídicas que se ponen en relación con la prevención de diferentes fallos de mercado. Se incluyen criterios y principios tradicionales en la ordenación del contrato de trabajo (intervención colectiva, estabilidad en el empleo, garantías salariales, etc.) pero también otro tipo de aspectos (prevención de riesgos laborales, políticas de protección social). A la postre, “Derecho del trabajo, de la Seguridad Social y... normativa en materia de prevención de riesgos laborales” han de ser aceptados como “promotores de una mejor eficiencia en mercado de trabajo, y como facilitadores del crecimiento económico”, lo que permite “superar la artificiosa distinción entre lo «económico» y lo «social»” (p. 93). Asimismo, en una interacción de sentido

diferente, las normas laborales pueden coadyuvar con las políticas económicas para alcanzar resultados buscados por éstas para incrementar la eficiencia. El capítulo V (“política económica”) se dedica a estas cuestiones, para concluir con una reflexión de conjunto en relación con el fenómeno de la desregulación, que se combate siempre desde la perspectiva de la eficiencia.

En los cuatro últimos capítulos de esta segunda parte, el discurso pasa aparentemente a moverse en el terreno de los valores. De hecho, en una lectura rápida de los diferentes epígrafes, resulta central la cuestión que se trata en el capítulo VIII, “valores liberales, derechos humanos y derecho del trabajo” que, pesar de su posición, parece precondicionar, en efecto, el contenido de los otros. Se analiza en ellos el papel que corresponde al derecho del trabajo en relación con “el desequilibrio del poder de negociación y la distribución de la riqueza” (capítulo VI), “la (pre)distribución de la riqueza” (capítulo VII) y “la distribución entre los propios trabajadores: la igualdad” (capítulo IX). Con todo, si bien es cierto que el citado capítulo VIII –y alguna parte de los otros– se mueve en un terreno más bien jurídico, o político jurídico, es de notar que los otros tres miran a poner sobre el tapete las disfunciones económicas que implica el desconocimiento de la dimensión axiológica en el control de los mercados. El olvido de la dignidad humana se traduce, en definitiva, en desequilibrio en el poder negociador, en una incorrecta distribución de la renta entre capital y trabajo y, en fin, en la desigualdad entre los trabajadores que resultan ser, en este sentido, fuentes de diferentes ineficiencias del aparato productivo: desincentivo de la innovación, falta de motivación en las personas que participan en él...

La coherencia de esta Parte II es indudable, si bien no deja de abrir interrogantes

que no tienen fácil respuesta. No se puede negar que existen sinergias entre derecho del trabajo y economía. Pero, basarse solo en ellas, ¿no podría conducir a una tecnocracia de nuevo cuño, solo diferente en su signo de la que deriva de las aproximaciones neoliberales que se discuten constantemente a lo largo del trabajo? Es peligroso hacer depender las opciones normativas de un criterio supremo diferente al que inspira el sistema democrático. Desde esta perspectiva, el análisis solo puede contribuir a fundamentar la necesidad de un derecho del trabajo, también desde la lógica económica. Pero no puede eliminar la tarea de reflexión posterior para concretar la forma en que deben ser dispensadas las tutelas. Ni el crecimiento puede ser una finalidad en sí mismo o tender a infinito, pues entraría en conflicto con su sostenibilidad, ni redistribución o igualdad pueden elevarse a valores absolutos, sin entrar en contradicción entre ellos. La mediación política, en estos y otros temas, continúa siendo esencial. Acaso por ello las conclusiones, con el título “Mitos sobre la regulación laboral y la economía” (capítulo XII), se mueven en un terreno muy general, el de la valoración de regulación y desregulación: esta empeora y aquella mejora la economía.

* * * * *

Entre la Parte II y estas conclusiones, se desarrolla, finalmente, una Parte III dedicada al “concepto de «genuino empresario» como delimitador del derecho del trabajo”. Aunque se pretende mantener la conexión con las reflexiones anteriores, no es tan fácil encontrarla. De entrada, hasta este momento, la conexión entre economía y normas laborales y de protección social se ha referido a instituciones conocidas, siendo la tesis fundamental que el co-

rrecto funcionamiento de aquella impone la continuidad o, más probablemente, el reforzamiento de su configuración actual. Ahora se aboga por un cambio sustancial relacionado con el ámbito de aplicación de las normas laborales, cuya fundamentación no parece encontrarse tanto en la mejora del sistema económico y de su funcionamiento sino más bien, en la clásica finalidad de llegar a todos aquellos supuestos en los que sea necesario.

Con independencia de ello, la hipótesis, que ya se formula en la Introducción, es la de que el declive del Derecho del Trabajo puede estar asociado a un ámbito de aplicación en exceso “restrictivo”. La noción de dependencia jurídica debería ser abandonada “si se desea que las normas laborales cumplan sus funciones de eficiencia, distribución de la riqueza e igualdad” (p. 22). Para sustituirla, se propone un cambio metodológico sustancial: la noción de trabajador deja de ser decisiva y la de empresario, refleja; en sentido contrario, lo decisivo es la existencia de un “empresario genuino” y las tutelas laborales se han de dispensar a toda persona que trabaje sin tener tal condición.

Y es que la subordinación, como criterio diferenciador del contrato de trabajo acuñado en la fase industrial del ordenamiento laboral, no sería noción adecuada para delimitar su ámbito subjetivo. En un mundo en el que los servicios dependientes tradicionales cada vez son más raros y vienen generalizándose nuevas formas de prestación que encajan mal en él, se hace necesario fijarse únicamente en la efectiva existencia de servicios para determinar si una persona ha de quedar amparado por las normas laborales. “Los «autónomos» no existen” es el provocativo título del capítulo X. De este modo, solo cuando la prestación va acompañada de la titularidad

de una “estructura empresarial relevante” deja de ser preciso dispensar protección específica a quien la desarrolla. A la postre, la titularidad de una organización de este tipo habría de ser el “criterio delimitador del derecho del trabajo” (capítulo XI).

Aunque puedo entender las razones de la propuesta que se hace para delimitar el ámbito de protección del ordenamiento laboral, no estoy seguro de que los criterios que se ofrecen sean tan novedosos; ni sobre todo que el tema no requiera una aproximación mucho más matizada. Acaso estamos, en el primer sentido, en una onda bastante más tradicional de lo que se pretende: desde la perspectiva dogmática, ¿quizá se está replanteando la tradicional polémica ajenidad/dependencia?; y, desde un punto de vista político-jurídico, ¿no estamos advirtiendo de la necesidad de extender la tutela en un mercado de trabajo cada vez más diversificado? En cuanto a los matices, es muy llamativo decretar la inexistencia del trabajo autónomo, pero ¿de verdad las garantías jurídico-laborales deben repartirse uniformemente? Por lo demás, la aceptación de estas ideas obligarían, a mi juicio, a un completo replanteamiento de la figura de la empresa que desborda principios que parecen firmemente asentados y que desbordan el ámbito jurídico-laboral.

* * * * *

En todo caso, mi misión no es entrar en debate con el autor. Supongo que la finalidad de una reseña es aconsejar a quien la lea sobre la procedencia de acometer o no la lectura de un determinado libro. Si esto es así, mi consejo es que se afronte. Cuando, con motivo del concurso al que he aludido más arriba, asistí a la (necesariamente bre-

ve) presentación oral de este trabajo y tuve la oportunidad de hojearlo, me quedé con ganas de leerlo con detalle. Cuando lo hice, tuve claro que había valido la pena. Vivimos demasiado pendientes de fogonazos legislativos o judiciales que tenemos que asimilar deprisa y corriendo y sobre los que, muy a menudo, hemos de escribir algo. Al final nos queda poco tiempo, si es que nos queda alguno, para pensar en las grandes cuestiones a las que, mejor o peor, intenta responder esa parcela del ordenamiento a la que dedicamos muchas horas al día. En este contexto, es un placer recuperar la reflexión general, aunque sea de forma ocasional, y, desde luego, hay que dar las gracias a quien dedica su esfuerzo a escribir un libro como este e intenta llegar a las raíces profundas del derecho del trabajo.

Por supuesto, como toda obra en el ámbito de las ciencias sociales, el libro que se reseña puede ser objeto de aproximaciones críticas. Alguna he dejado caer en las consideraciones que anteceden; y supongo que a otros lectores les llamarán la atención otros aspectos en términos problemáticos. Pero precisamente por eso creo que Adrián habrá conseguido lo que pretendía. En efecto, en la primera frase del libro nos invita a huir de toda simplificación y a abrirnos a la interacción intelectual: “Vivimos en la era de los 140 caracteres. Mensajes sencillos y cortos, repetidos hasta la saciedad, que dejan poco espacio para el debate, la reflexión y la profundidad”. Es seguro que la lectura de este libro invita a la reflexión y abre espacios al debate: nadie podrá discutir sus afirmaciones con *tweet*.

José María Goerlich Peset
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universitat de València
ORCID: 0000-0002-2910-2153