

## LIBERTAD DE EMPRESA, SEGURIDAD EN EL EMPLEO Y «SUBROGACIÓN ADAPTATIVA»: A PROPÓSITO DEL «DESREGULADOR» NUEVO RÉGIMEN DE LA ESTIBA

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

---

### EXTRACTO

La liberalización plena del trabajo portuario acaba de producirse en virtud del reciente Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo, que da, por fin, cumplimiento a la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-576/13). Para lograr el acuerdo de una mayoría parlamentaria, la nueva norma introduce cinco novedades respecto de la precedente. Sin desmerecer la relevancia de estos cambios, la nueva norma presenta una estructura idéntica y contenidos sustancialmente semejantes a los de la norma caducada por falta de acuerdo político mínimo. En realidad, la novedad más relevante de la nueva norma está en el Anexo que incluye y en el que apunta la auténtica solución: la garantía de una subrogación empresarial en los contratos de trabajo hoy en vigor, pero no por vía legal, sino reglamentaria y convencional. Al mismo tiempo, esa subrogación, cuya garantía se deslegaliza, tampoco respondería a un modelo clásico de «estabilidad estática», sino que avanza en un modelo reforzado de «estabilidad adaptativa» o dinámica, esto es, exigirá, a cambio de la conservación del mayor número de empleos, una significativa novación peyorativa de las condiciones de trabajo. De este modo, la liberalización del sector del trabajo portuario actuaría como una nueva manifestación de la protección jurídico-laboral de la competitividad de las empresas como contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de empresa, en línea con la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 27 de abril de 2017, asuntos C-680/15 y 681/15) y la nacional (SSTS 4/2017, de 10 de enero, y 343/2017, de 21 de abril).

**Palabras clave:** trabajo portuario, libertad de empresa, flexibilidad interna, sucesión de empresa y riesgo regulatorio.

---

*Fecha de entrada: 21-05-2017 / Fecha de aceptación: 21-05-2017*

## FREEDOM OF BUSINESS, SECURITY JOB AND «ADAPTATIVE SUBROGATION»: A «POOR-QUALITY» DOCK WORK ACT

Cristóbal Molina Navarrete

---

### ABSTRACT

The full liberalization of port work has just been implemented via the recent Real Decreto-Ley 8/2017, of 12 May, which, at last, fulfils the judgment of the Court of Justice of the European Union –CJEU– of 11 December 2014 (Case C-576/13). In order to achieve the agreement of a parliamentary majority, the new law introduces five novelties not featured in the preceding legislation. Even though these changes are relevant, the latter precepts present identical structure and substantially equal contents to the former ones, which expired because of the lack of a minimum political understanding. Actually, the most relevant of the new features is the Annex, in which a real solution is pointed: the guaranty of a corporate subrogation in existing employment contracts, not by the means of law, but regulation and bargaining. At the same time, that subrogation, whose guaranty has been law deprived, would neither suit a classic model of static equilibrium, progressing instead in a reinforced adaptative or dynamic stability model, that is, it will require, in return for the preservation of most of the employments, a significant worsening of working conditions. Thus, the liberalization of port work sector would act as a new manifestation of labor-law protected company competitiveness as the core of the fundamental right to free enterprise, in line with CJEU (of 27 April 2017, cases C-680/15 and 681/15) and Tribunal Supremo of Spain (4/2017, of 10 January, and 343/2017, of 21 April) rulings.

**Keywords:** dock work, freedom of business, flexicurity Spain, employees' rights of transfers of businesses and regulatory risk.

---

---

## Sumario

1. Introducción: ¿«Tropezando dos veces con la misma piedra»?
2. Novedades del régimen jurídico-laboral de la prestación de servicios en la estiba: Un modelo de plena desregulación legal públicamente asistida
3. Ventaja competitiva de las empresas y libertad de contratación: Apuntes sobre el incierto futuro modelo de subrogación dinámico-adaptativa
  - 3.1. Adaptabilidad de las condiciones de empleo/trabajo a las incertidumbres de mercado como contenido esencial de la libertad de empresa: Claves comunitarias
  - 3.2. El riesgo regulatorio convencional, impuesto por el cambio legal, exigiría la asunción de una parte por el trabajador portuario: El incierto «perjuicio no sustancial»
4. Conclusiones, en espera de una nueva fase reguladora inmediata

*Miro la primera plana del diario [yo incluyo el BOE] y lo único que me reconforta es el aspecto satírico de cuanto acontece, que me impide tomármelo del todo en serio.*

Javier MARÍAS<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN: ¿«TROPEZANDO DOS VECES CON LA MISMA PIEDRA»?

Tras el fallido intento del [Real Decreto-Ley 4/2017, 24 de febrero](#), que modificaba el régimen de los trabajadores portuarios para cumplir la [STJUE de 11 de diciembre de 2014 \(asunto C-576/13\)](#), liberalizando y desregulando este sector, [el Congreso ha convalidado](#), por un exiguo margen (174 votos a favor, 165 en contra y 8 abstenciones), el homólogo [Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo](#). ¿Qué tiene de nuevo esta norma para que ahora sí haya suscitado el acuerdo (pírricamente) mayoritario de la Cámara Baja? Dejando completamente de lado lo que tiene de «mercadeo político» (concretado en las abstenciones para evitar el empate existente), de una primera lectura de la norma apenas se aprecia diferencia alguna, pues tiene la misma estructura –cuatro artículos y 11 disposiciones extravagantes (externas al articulado)– y, en lo sustancial, sin perjuicio de las «novedades» que evidenciaremos, prácticamente el mismo contenido, incluso textual, de la norma precedente. Consecuentemente, si no fuese por la copiosa información de los medios de comunicación sobre los cinco cambios que incorpora, apenas se apreciarían. Tanta identidad textual –y de modelo regulador– propone al operador jurídico un típico «juego de pasatiempos» consistente en la búsqueda de las diferencias, dentro de dos imágenes –aquí dos cuerpos normativos de valor legislativo– a primera vista prácticamente iguales, salvo el especialmente extravagante Anexo incorporado (Propuesta de mediación sobre efectos laborales de la nueva ordenación del servicio portuario de manipulación de mercancías). Este pretende ser el «nudo gordiano» para la solución eficaz del intenso conflicto sindical generado y que la regulación no resuelve.

---

**Si no fuese por la copiosa información de los medios de comunicación sobre los cinco cambios que incorpora el Real Decreto-Ley 8/2017, apenas se apreciarían**

---

<sup>1</sup> MARÍAS, J.: «[La peligrosa parodia](#)», La Zona Fantasma, *El País*, 21 de mayo de 2017.

Ciertamente, la nueva norma de autoridad gubernativa, aún con valor de ley, habría logrado el consenso político mínimo necesario para devenir finalmente nuevo Derecho, pero no el consenso socio-laboral conveniente. El persistente conflicto sindical así lo evidenciaría, no obstante el anunciado «principio de acuerdo».

Analizada con detalle en esta Revista la regulación precedente<sup>2</sup>, y en espera de la próxima anunciada –un «mix» de reglamento y convenios colectivos–, creemos de interés dar cuenta de las principales novedades del nuevo real decreto-ley. Sin embargo, pretendemos no analizarlas de forma aislada, como si de una regulación estrictamente singular se tratara, sino contextualizándolas dentro de una orientación jurídica más amplia, que tiene recientes manifestaciones, no solo legislativas sino también de jurisprudencia, incluida la más reciente del TJUE ([STJUE de 27 de abril de 2017, asuntos C-680/15 y 681/15](#) y su reforzamiento del principio de subrogación empresarial adaptativa). En síntesis, esta tendencia se concretaría en un claro relanzamiento del modelo regulador de las relaciones laborales que prioriza la libertad de contratación laboral de los empresarios, como contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de empresa (art. 38 CE; art. 16 [Carta comunitaria](#)), para asegurarles la mayor capacidad posible –dentro de lo jurídicamente razonable– de gestión competitiva de las crecientes incertidumbres de mercado (SSTS [4/2017, de 10 de enero](#) y [343/2017, de 21 de abril](#)). La consecuencia práctica más relevante sería el desplazamiento al trabajador no solo de una parte del riesgo económico de mercado, sino también del derivado de los cambios regulatorios que aquel exigiría convencionalmente, para mantener su rentabilidad. Precisamente, la asunción práctica de este paradigma de subrogación empresarial dinámico-adaptativa, como solución para buscar, otra cosa será hallar, el «justo equilibrio de intereses» a este tipo de conflictos, es lo más reseñable de la propuesta –voluntariosa y loable, pero cuestionable y de difícil práctica– del mediador.

---

**Prioriza la libertad de contratación laboral de los empresarios, como contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de empresa**

---

## 2. NOVEDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA ESTIBA: UN MODELO DE PLENA DESREGULACIÓN LEGAL PÚBLICAMENTE ASISTIDA

La pretensión de este análisis es destacar las novedades del [Real Decreto-Ley 8/2017](#), respecto del [Real Decreto-Ley 4/2017](#). A este ya dedicamos atención en el [número 409](#) (abril 2017), por lo que a él remitimos para conocer los aspectos más polémicos del nuevo régimen jurídico

---

<sup>2</sup> Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: «Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión "por boca" del TJUE. La STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13 y el fallido RDL 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los estibadores portuarios», *RTSS.CEF*, núm. 409, 2017, págs. 103-116.

del trabajo portuario. Bastará con recordar que se mantiene inalterado lo sustancial de aquella regulación legal y que consiste, de un lado, en liberalizar la contratación de trabajadores portuarios para el servicio de estiba (idéntico art. 2), de otro, en la previsión de unas misteriosas empresas de trabajo temporal especializadas en el sector portuario, que nomina –«Centros Portuarios de Empleo» (CPE)–, pero que deja en un «agujero negro» regulador, sin más precisión que requerir la autorización propia de las ETT (idéntico art. 4).

Las principales novedades son, a saber:

*a) Garantías de profesionalidad. Eliminación del requisito legal de titulación profesional y la exigencia de inclusión, en el certificado de profesionalidad, de prácticas no laborales*

La primera novedad aparece en el [artículo 3 del Real Decreto-Ley 8/2017](#), relativo a las garantías de profesionalidad del trabajo de estiba portuaria, mediante requisitos de capacitación suficiente y adecuada. Recuérdesse que, junto a la estabilidad en el empleo, la garantía de profesionalidad del trabajo de estiba era la otra gran reivindicación del colectivo. Si en el marco precedente, y también en el modelo aun previsto en la normativa internacional de la OIT, esa garantía estuvo centrada en la exigencia de un «*censo obligatorio de trabajadores portuarios*», de modo que solo los en él incluidos podían acceder al empleo, la liberalización consistió en eliminarlo, en una u otra forma (obligatorio –modelo nacional– o voluntario –modelo de la OIT–). Ahora, con total ignorancia de la existencia de otros sectores de actividad cuyos convenios colectivos sí que prevén esta técnica de censo, si bien voluntaria, se sustituirá por una garantía de control de la profesionalidad del trabajador portuario más diluida: la exigencia de una titulación de naturaleza profesional suficiente. Pues bien, el nuevo apartado 1 del artículo 3 referido contiene dos innovaciones respecto del precedente.

De un lado, ha eliminado (innovación por omisión) la exigencia de título de formación profesional (previsto en el marco de la [Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre](#)), quedando tan solo en el certificado de profesionalidad. La razón esgrimida formalmente en torno a esta novedad, en lo sustancial identificado con un criterio pretendidamente práctico, pues a día de hoy apenas habría tenido proyección esa novedosa regulación de hace cinco años, no deja de ser sorprendente. Contemplada la exigencia de una titulación de grado medio o superior en el [artículo 153. 1 de la Ley de Puertos](#), que remitía a un desarrollo reglamentario, la actualización del mandato no fue casual, ni asumido de muy buena gana. En realidad, respondía a la demanda formulada por la Comisión Europea, que criticó la ausencia de requisitos de formación en el Dictamen motivado remitido en su día a España y en el que le daba un ultimátum para que liberalizase el sector, allá por 2011. El Ministerio de Fomento movió ficha con la referida Orden y publicó las 18 titulaciones de formación profesional que habilitaban para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. Una exigencia siempre rechazada por el sindicato mayoritario (corporativo), que trató de que

---

**En primer lugar se ha eliminado la exigencia de título de formación profesional quedando solo el certificado de profesionalidad**

---

fuesen requeridas para contrataciones futuras, sin que vincularan a los ya contratados. La derogación del artículo 153 por la [disposición derogatoria del Real Decreto-Ley 8/2017](#) hace decaer esa exigencia legal de titulación de grado medio o superior.

---

**La segunda novedad consiste en exigir que tal certificado incorpore un periodo mínimo de «prácticas profesionales no laborales» en instalaciones portuarias**

---

De otro, ya respecto de la certificación de profesionalidad, la segunda novedad (ahora de inclusión) consiste en exigir que tal certificado incorpore, necesariamente, para su eficacia, un periodo mínimo de «prácticas profesionales no laborales» en instalaciones portuarias. Una vez más, esta materia se deslegaliza, pese a configurarse como un requisito legal de acceso al empleo, lo que requeriría *ex* artículo 35 de la [CE](#) norma legal, y se remite en blanco al reglamento que en su día se dicte. Al respecto, debe criticarse que ni siquiera se haya fijado en la norma legal –una muestra más de su improvisación– cuál ha de ser el periodo mínimo y máximo de duración de tales prácticas profesionales no laborales. En relación con las dos excepciones a la exigencia incluso de certificados de profesionalidad no hay tampoco novedad alguna (trabajadores con experiencia profesional previa de más de 100 horas de servicio de estiba y personal embarcado de auto-prestación).

*b) Garantía de confianza en la calidad del empleo. La conservación de las penalizaciones en la cotización social a empleos temporales inferiores a 7 días*

Pese al confesado ánimo protector de la seguridad en el empleo del Gobierno, a fin de hacerlo compatible con la defensa de la libertad de competencia, su precedente norma incluía una previsión objetivamente muy sospechosa, por lo tanto no solo a ojos de los sindicatos del sector. Así, la [primera disposición adicional que incluía el finado Real Decreto-Ley 4/2017](#) exoneraba a las empresas del sector, ahora plenamente liberalizadas para contratar bajo la modalidad que más le conviniese, dentro del amplio abanico ofrecido por el sistema de contratación común, y ya eximida de cargas, del «plus de cotización social» para las contrataciones temporales de escasa duración (menos de 7 días). La exposición de motivos de la norma gubernativa no explicaba las razones para esta despenalización (un auténtico privilegio), que podría encontrar explicación –no justificación– en la irregularidad característica de los trabajos del sector, que hace que co-

nozcan muchos picos de actividad –mucho trabajo en poco tiempo; periodos de menor actividad–; pero sí explicitaba el contenido de esa disposición extravagante primera.

---

**La primera disposición adicional que incluía el finado Real Decreto-Ley 4/2017 exoneraba a las empresas del sector del «plus de cotización social» para las contrataciones temporales de escasa duración. La nueva norma suprime este «privilegio» de contratación temporal**

---

Pues bien, como segunda novedad, sin explicación alguna en la exposición de motivos de la nueva norma, la disposición adicional primera ha mutado de contenido, recogiendo ahora como tal la segunda del

anterior real decreto-ley, con un contenido idéntico (normativa convencional sectorial). La supresión de este «privilegio» de contratación temporal actúa como otro guiño sindical, para despejar las dudas sobre la fiabilidad de la voluntad gubernamental de no promover con el cambio legal la sustitución de la actual estabilidad en el empleo por mayor precariedad. Su escasa relevancia práctica haría que esa confianza sindical siga faltando.

*c) La garantía legal de un espacio de actividad legalmente abierta a los estibadores, a fin de que la situación de facto devenga norma legal: la estiba de vehículos sin matricular*

---

**La tarea de «estiba» portuaria de los vehículos sin matricular será realizada también por los estibadores portuarios. Esta clarificación legislativa ha servido de excusa al Partido Demócrata de Cataluña para abstenerse**

---

Esta misma búsqueda de la confianza sindical, aunque ahora en detrimento también de la confianza empresarial, tiene la cuarta –lo sé, solo he comentado dos, luego debía ser la tercera por ubicación sistemática; pero no seguimos solo el orden de aparición– novedad del Real Decreto-Ley 8/2017 y que, si bien puede considerarse importante –así se habría «vendido» polí-

tica y mediáticamente–, realmente no conllevaría una genuina innovación jurídica, pues la realidad ya era como ahora la norma formaliza. Me refiero a la previsión legal de que, para la tarea de «estiba» portuaria (embarque y desembarque) de ciertos productos, especialmente frecuentes en ciertos puertos españoles (por lo general catalanes), *los vehículos sin matricular*, sea realizada también por los estibadores portuarios. ¿Cómo se concreta realmente en la ley esta concesión sindical por parte del Gobierno-legislador, condición *sine qua non* para que los nacionalistas catalanes se abstuvieran en la votación, permitiendo su convalidación?

El artículo 130.3 letra c) de la Ley de Puertos eximía «de su consideración como servicio portuario de manipulación de mercancías» (por lo tanto, trabajo reservado a los estibadores), entre otras, las actividades siguientes:

«c) El embarque y desembarque de camiones, automóviles y cualquier clase de vehículos a motor, con sus remolques o semirremolques, cuando se realicen por sus propietarios, usuarios o conductores habituales dependientes de aquellos. *Asimismo, está excluido del servicio de manipulación de mercancías el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular.*»

Pues bien, el Real Decreto-Ley 4/2017 mantenía inalterada esta regulación, ya que no la incluyó en su larguísima lista de derogaciones (*disp. derog. única, letra a*). Esta pervivencia de la exclusión de reserva de trabajo portuario suscitó las suspicacias de sindicatos, y también de ciertas formaciones políticas (nacional-independentistas catalanas), que creyeron ver en ello la vuelta atrás en una situación de tolerancia fáctica ya consolidada, en virtud de la cual eran los

estibadores portuarios los que también prestaban estas tareas. Una vez más con el fin de ganar confianza –sindical y política– para la nueva regulación gubernativa, necesaria, en el actual estadio de inexistencia de suficientes mayorías políticas a favor del Gobierno, para que devenga ley, la **disposición derogatoria única** ha incorporado un nuevo precepto en la lista de derogaciones: el *inciso final* del artículo 130.3, letra c). Esta clarificación legislativa de la situación de favor a esa actividad de los estibadores portuarios, aunque se cuide el Gobierno de decir que ya no en régimen de monopolio –pues ha desaparecido, claro–, habría servido de excusa al Partido Demócrata de Cataluña (la antigua Convergencia) para abstenerse y, con ello, facilitar su aprobación, como finalmente ha ocurrido.

*d) La promoción del dinamismo convencional. El reconocimiento –legalmente superfluo– de las «redes portuarias de empresas» como unidades transversales de negociación*

Hasta aquí hemos visto las novedades a favor de un mayor favor por la seguridad en el empleo (¿señuelo sindical o convicción gubernativa real de su necesidad?) desde la garantía legal. Pero el real decreto-ley incorpora también ciertas novedades, más etéreas, cuando no a todas luces evanescentes, pues no es la

---

**Como cuarta novedad –legalmente superflua– reconoce las «redes portuarias de empresas» como unidades transversales de negociación**

---

ley su fuente de regulación «natural» –el sindicato mayoritario acusa a la norma legal de invasión de la autonomía normativa y, por lo tanto, de vulneración de la libertad sindical–, en orden a añadir *normas de promoción de la mejora competitiva* de las empresas del sector a través del intento gubernativo de renovación, tanto de los *contenidos* como de la *estructura* misma, de la negociación colectiva del sector de la estiba. La cuarta novedad aquí comentada –la tercera por orden de aparición en la nueva norma– queda reflejada en la nueva **disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 8/2017**, denominada «convenio colectivo para las empresas vinculadas por razón de su adscripción a un puerto». A diferencia de la **disposición adicional primera actual** (normativa convencional), no se dirige a provocar –imponer– cambios en los contenidos propios de las normas convencionales precedentes, sino a promover –fomentar– cambios de estructura convencional, a fin de que esta sea más dinámica, favoreciendo unidades de negociación colectiva más de gestión competitiva que de regulación propiamente.

Realmente, la trascendencia de esta novedad está más en lo que apunta políticamente que en lo que formaliza jurídicamente. En el plano de la técnica jurídica, la nueva disposición es absolutamente prescindible y podría tenerse por no puesta, prácticamente una «tomadura de pelo» si se toma en su literalidad. El primer mandato de esta disposición es el reconocer una prioridad aplicativa *ex artículo 84.2 del ET* a los *convenios colectivos de red portuaria de empresas*, que se situarían así, como unidad transversal, por encima, en las materias allí listadas, en un régimen convencional prioritario sobre el sectorial. Hasta aquí podría pensarse en la relevancia de la pre-

visión, por lo que supondría de llevar a la negociación sectorial de la estiba unidades de negociación transversal tan novedosas, y conflictivas, como las transversales, representadas por las «redes empresariales». Ahora bien, un análisis más sistemático, y también más serio, de la regulación vigente, nos pone de relieve que se trata de una norma más pretenciosa (por lo que quiere promover: la devaluación de la fuerza del convenio de sector, en detrimento de unidades más descentralizadas y apegadas a las empresas y sus necesidades de productividad, por entenderlas más competitivas) que efectiva (no contiene novedades sustanciales que, por ejemplo, sirvieran para clarificar las dudas creadas para desarrollar estas unidades complejas por su transversalidad). Por dos razones, al menos.

Primero, porque esta unidad de red portuaria de empresas no es novedosa, ya que conoce notabilísimas experiencias en los principales puertos españoles. Uno destacado es el de Barcelona, cuyo convenio colectivo entre la asociación de empresas estibadoras que prestan sus servicios en el puerto y la organización sindical mayoritaria de estos trabajadores para la provincia, con la mediación-intervención determinante de la SAGEP de Barcelona (ESTIBARNA), acaba de renovarse. Segundo, porque este reconocimiento de prioridad aplicativa ya lo recoge el [artículo 84.2 del ET](#), al otorgarla no solo a la empresa y al grupo de empresas, sino también, y de forma expresa, a las redes de empresas, esto es, a las empresas vinculadas por algún criterio de carácter objetivo y siempre que estén nominadas formalmente (garantía de transparencia y de representación). Por lo tanto, lo único que haría la [disposición adicional segunda](#) sería reiterar, ahora con concreción a los puertos como unidades de negociación transversal –pero esa concreción nominal se nos antoja poco bagaje para su utilidad y credibilidad–, una novedad que ya se introdujo en el bienio de reformas laborales 2010-2011 y que el periodo de reformas de 2012 ha mantenido e incluso reforzado, al hacerla indisponible para la unidad superior.

Una absoluta falta de verdadera innovación jurídica que aparece también en relación con la regla de legitimación convencional establecida, limitándose a la remisión formal al [artículo 87.2 del ET](#). En consecuencia, la norma laboral especial no añade nada a la norma laboral común. Antes de aquella era evidente, practicado y practicable, que el puerto es una unidad socio-económica y organizativa relevante como para promover negociaciones complejas y transversales que lo tomen como referencia, lo que la nueva regulación no hace sino reforzar. Y ello aunque en el futuro no haya, como ahora, y durante el periodo transitorio fijado en la norma, una «empresa principal» a efectos de gestión de personal de estiba, como sí sucedía (sucede) con las SAGEP de cada puerto, verdaderas *alma mater* de estas unidades complejas de negociación<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> El protagonismo de las empresas principales para favorecer unidades de redes de empresas (contratas y subcontratas) es una constante en las pocas experiencias existentes. El caso más típico son los acuerdos en los complejos petroquímicos del Grupo Repsol. Al respecto, *vid.* SANGUINETTI RAYMOND, W.: *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Comares, 2016, págs. 126 y ss. y la bibliografía, y experiencias, que cita.

e) *Nuevas aperturas anunciadas al principio de adaptabilidad de las relaciones laborales al imperativo de competitividad del sector: «externalizaciones del riesgo regulatorio»*

Sin embargo, esta previsión, más allá de la deficiencia técnica, sí sirve para dejar claro cuál es el principio dominante en la nueva regulación. Me refiero, cómo no, al impulso del valor económico de (prima) la defensa de la competitividad mediante el nuevo «*principio de gestión adaptativa*» en detrimento del clásico *principio de seguridad en el empleo* (y en el trabajo).

---

**La regulación prima la defensa de la competitividad mediante el nuevo «principio de gestión adaptativa» en detrimento del clásico principio de seguridad en el empleo**

---

Pese a la crítica técnico-jurídica de su –superfluo– redactado, esa disposición adicional remarca una clarísima dirección de política del derecho. Esta, como la propuesta de *acuerdo de mediación empleo-competitividad* anexo pone de manifiesto, concreta el «justo equilibrio de intereses» en garantizar la «mejora de la productividad» (valor de la flexibilidad) como una «condición necesaria» para el «mantenimiento del empleo» (valor de la seguridad). Para ello, y siguiendo estrictamente el guion de la reforma laboral de 2012, se reclama toda una batería de medidas laborales que incluyen tanto decisiones de flexibilidad externa como de flexibilidad interna. A ese reequilibrio obedece el conjunto de ayudas públicas con el legalmente reconocido fin de «igualar la posición competitiva entre los actuales titulares de licencias de prestación de servicio portuario» (la defensa de la ventaja competitiva como función legal) con «aquellos nuevos que accedan a la prestación» ([apdo. 4, disp. trans. primera](#); inalterado en el nuevo RDL 8/2017).

De este modo, trabajadores actuales (además de los futuros) y la sociedad asumirían el compromiso de pagar una parte muy importante de los costes de reconversión del sector (que es, en última instancia, lo que promueve y supone el nuevo régimen jurídico, aunque bajo una forma poco transparente y sobre la excusa del cumplimiento de la sentencia comunitaria, pese a que esta no exige tanto), desplazando desde las empresas a aquellos los riesgos y costes del cambio en aras de la mayor competitividad del sector. El «acuerdo» de mediación, frustrado en su formalización, pero destinado a renacer reglamentaria y convencionalmente, lo dice con claridad: «Las ayudas [...] servirían para reducir el impacto social [...] de la mejora de la productividad de los puertos, facilitando con ello una negociación colectiva que ordene este tipo de medidas laborales, y en las que las garantías de continuidad en el empleo tendrían un papel central» ([pág. 39.653 del BOE núm. 114, sábado 13 de mayo](#)).

La socialización de los costes del ajuste promovido por la liberalización del sector, que no solo se concreta en las ayudas de tipo económico, emergería como la moneda de cambio para una negociación colectiva en este sector más productivista, favorable a la adaptación de las condiciones de empleo y de trabajo a las necesidades de mayor productividad. Y este fin, este espíri-

tu, es el que traduciría, de nuevo bajo una técnica legislativa deficiente, si no errada, la quinta y última novedad del Real Decreto-Ley 8/2017, la más importante, también la más brumosa; de ahí que se aplase para la tercera fase del proceso de desregulación del sector.

---

### **La socialización de los costes del ajuste promovido por la liberalización del sector emergería como la moneda de cambio para una negociación colectiva en este sector más productivista**

---

La *disposición final tercera* incorpora un *segundo párrafo* en el que se establece el referido mandato al Gobierno de aprobar –sin plazo concreto, pero ya proyectado y actuado– un reglamento, con forma de real decreto, por el que se ponga fin a la mediación tripartita entre las organizaciones sindicales, la asociación empresarial y el Gobierno. El contenido de tal propuesta está en el referido [Anexo del Real Decreto-Ley 8/2017](#):

«Dicha propuesta [...] tiene por objeto el mantenimiento del empleo de los actuales trabajadores de las SAGEP y la mejora de la organización y la productividad en el sector de la estiba, mediante acuerdo de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales, y el establecimiento de un sistema de ayudas para los trabajadores de mayor edad».

Salvando este «pequeño inconveniente», que al Gobierno debe parecerle «nimio», de que no hay acuerdo al respecto, la «esencia» que rezuma esta regulación es inequívoca. Así, el equilibrio entre la libertad de empresa y los derechos, socio-laborales y de empleo, solo podría asentarse, dada la razón de ser del cambio regulador, sobre la «toma en consideración de criterios europeos», sean normativos sean jurisprudenciales. Y ello porque, como presupone la propuesta de acuerdo de mediación que el Gobierno pretende formalizar reglamentariamente, pese a ser una cuestión de legalidad formal y de autonomía colectiva, «el cambio en el marco regulatorio supone un cambio organizativo de relieve suficiente para justificar la adopción de medidas laborales». De ahí, que haya de garantizarse, desde la regulación, reglamentaria y convencional, la «compatibilidad del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas con cambios en el empleo o modificaciones de las condiciones de trabajo, por razones económicas, técnicas o de organización», aunque conlleven «perjuicios que se deriven» de ese principio –comunitariamente impuesto– de adaptación productiva<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Como recuerda la propuesta de mediación, se incluye en su integridad el preacuerdo sobre lo que se denomina «mejoras organizativas y productivas en el sector», y que apunta tanto al reforzamiento del poder de dirección empresarial, librándolo de técnicas ancestrales de gestión «corporativo-sindical», cuanto a reducción de costes –también salariales– de la gestión de la mano de obra estibadora.

### 3. VENTAJA COMPETITIVA DE LAS EMPRESAS Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN: APUNTES SOBRE EL INCIERTO FUTURO MODELO DE SUBROGACIÓN DINÁMICO-ADAPTATIVA

#### 3.1. ADAPTABILIDAD DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO/TRABAJO A LAS INCERTIDUMBRES DE MERCADO COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: CLAVES COMUNITARIAS

En tanto no sea concretado el anunciado –y proyectado– desarrollo reglamentario, así como la adaptación convencional obligada ([disp. adic. primera](#)), no creo oportuno un análisis en profundidad de la cuestión nuclear para la solución del conflicto<sup>5</sup>: la garantía de subrogación empresarial recogida por el mediador en términos no estáticos sino dinámicos, que incorpora cambios relevantes de las condiciones de empleo y de trabajo a fin de asegurar la defensa de la productividad de las empresas del sector y su competitividad. Una condición de adaptabilidad a las necesidades de mercado económico de cada momento y a los valores de competitividad que no sería opcional para el legislador europeo, cualquiera que sea el modelo de regulación convencional que asuma –basado en la eficacia general de los convenios, como el caso español; o, más frecuente, en la eficacia limitada, como en los casos británico y alemán–, sino que formaría parte del contenido esencial de la libertad de empresa como derecho fundamental *ex* artículo 16 de la [Carta comunitaria de derechos fundamentales](#) (véase [STJUE de 27 de abril de 2017, asuntos C-680/15 y 681/15](#)).

---

**La condición de adaptabilidad a las necesidades de mercado y a los valores de competitividad no es opcional para el legislador (STJUE de 27 de abril de 2017)**

---

Esta [sentencia](#) se aparta del enfoque del Abogado General en sus Conclusiones previas –19 de enero de 2017–, que defendía un rígido sistema de subrogación empresarial «estática» –la empresa cedente tan solo se vincularía a lo pactado previamente al traspaso, sin que la autonomía de la voluntad pueda remitir a cláusulas dinámicas (nuevas condiciones)–. Ahora bien, a mi juicio, tanto esa posición del Abogado como el TJUE, aun por diversos caminos, aceptan la necesidad de una *garantía de gestión rentable de la incertidumbre empresarial en relación con el riesgo regulatorio convencional*.

En efecto, al margen de la cuestión –de extrema importancia doctrinal y práctica, que ahora no podemos tratar, del primado de la autonomía de la voluntad, incluso del trabajador–, el TJUE concluye que:

---

<sup>5</sup> Vid. J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, en el Editorial («[La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. garantías sociales](#)») del número de abril de 2017 de esta publicación.

«El artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisión] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en relación con el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *debe interpretarse en el sentido de que, en caso de transmisión del centro de actividad, el mantenimiento de los derechos y obligaciones que para el cedente se derivan de un contrato de trabajo se extiende a la cláusula, pactada por el cedente y el trabajador en virtud del principio de autonomía de la voluntad, con arreglo a la cual su relación laboral está regulada no solo por el convenio colectivo en vigor en la fecha de la transmisión, sino también por convenios posteriores a dicha transmisión que lo completan, modifican o sustituyen, cuando el Derecho nacional prevé, en favor del cesionario, posibilidades de adaptación tanto de común acuerdo como unilaterales*».

A diferencia de lo sostenido por una solvente doctrina (Eduardo ROJO)<sup>6</sup>, cuyo análisis recomendamos, no creo que haya contraste alguno en su jurisprudencia precedente –la que sirvió de base a las Conclusiones del Abogado General y que, de este modo, pareciera que se ha vuelto tan imprevisible en sus fallos el TJUE como el Alto Tribunal nacional–, sino tan solo un desarrollo coherente y lógico: si defiende una mayor autonomía privada, ha de hacerlo para ambas partes; para el trabajador, al que le abre la vía del dinamismo mediante cláusulas de remisión a regulaciones convencionales futuras más favorables; para el empleador, al que le

otorga el (mayor) poder de neutralizarlas en virtud de las cláusulas de adaptación –novación de las mismas–, sean unilaterales o pactadas (en España serían los arts. 41 y 82.3 ET). Por eso afirma que, en caso de que exista una cláusula contractual de naturaleza «dinámica», la *Directiva 2001/23/CE* «no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores, *sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de estos y los del cesionario*».

---

**La Directiva 2001/23/CE «no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de estos y los del cesionario». Clara carga de profundidad contra el mito romántico de un Derecho del Trabajo puramente tuitivo**

---

<sup>6</sup> Vid. «Transmisión de centro de actividad y derechos de los trabajadores. Aplicación "estática" o "dinámica" de convenio colectivo aplicable en virtud de lo dispuesto en el contrato de trabajo. ¿Cambio de criterio del TJUE? Notas a la sentencia de 27 de abril (asuntos C-680-15 y 681/15), y recordatorio de las conclusiones de abogado general», en [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es) (27 de abril de 2017).

Una clara carga de profundidad contra el mito romántico de un Derecho del Trabajo puramente distributivo o tuitivo, que también la jurisprudencia social nacional reciente asume, evidenciando la centralidad del alma productiva o competitiva. Sin ser este lugar oportuno para profundizar en esta tendencia, recordar alguna experiencia reciente para esta materia –en especial la subrogación empresarial convencional, diferente a la del [art. 44 ET](#)– no sería ocioso.

Al respecto, destaca la [STS 4/2017, de 10 de enero, RCU 1077/2015](#), que legitima el despido objetivo por reducción de la contrata, habiéndose subrogado la empresa entrante en las relaciones de trabajo de la saliente, aunque fuesen anteriores a la adjudicación de la contrata. De este modo, relegando la lógica del equilibrio estrictamente contractual, cuya visión ortodoxa impediría tal resolución, por no haber imprevisión del desequilibrio (lógica contractual), la jurisprudencia social productivista prima la lógica constitucional de protección de la *igual oportunidad de gestión competitiva de la empresa* (ex art. 38 CE, y art. 16 [Carta comunitaria](#)). De ahí que, corrigiendo la doctrina de suplicación contraria<sup>7</sup>, considere que:

«La sucesión [...] no impide a la empresa sucesora reestructurar su plantilla para adecuarse a su situación productiva cuando dicha medida podría haberse tomado por la empresa cedente incluso si no hubiese habido sucesión y hubiese sido la adjudicataria de la nueva contrata, por cuanto la causa hubiera concurrido, en base a la decisión del poder adjudicador, independientemente del hecho de la sucesión»<sup>8</sup>.

De nuevo en clave comunitaria, también es útil recordar que esta tendencia jurisprudencial, que hace de la garantía jurídico-laboral de la igualdad de oportunidades competitivas una línea potente de política del derecho, ya estuvo en las Conclusiones del Abogado General en el [asunto Werhof \(C-499/04\)](#). La protección priorizada de la libertad de empresa se basó en la necesidad de evitar que «los futuros convenios [...] afectaran de manera permanente a un em-

<sup>7</sup> Para la [STSJ de Cantabria de 31 de julio 2014, rec. núm. 508/2014](#), la empresa conocía las condiciones económicas del pliego de condiciones y sus obligaciones con respecto al personal de la anterior contratista ya que se adjudicó la contrata aceptando un menor volumen de ingresos, razón por la que no existía una circunstancia sobrevenida que justificase la extinción de los contratos de trabajo. La doctrina de unificación la casará, imponiendo la contraria.

<sup>8</sup> La reciente [STS 343/2017, de 21 de abril](#), caso Ferrovial, confirma esta jurisprudencia. Otras recientes matizaciones no oscurecen ni corrigen esta jurisprudencia en función claramente productivista y en detrimento de la clásica distributiva. Así, la [STS de 1 de febrero de 2017, RCU 2309/2015](#), matiza que se requiere prueba concreta de la disminución de la carga, sin que se presuma por la mera consignación en los pliegos de contratación: «La disminución de encargos o reducción de actividad de la empresa requiere una acreditación que aquí no consta, habida cuenta que la reorganización horaria, causa organizativa, tiene causa en la disminución de la contrata, y como expone la sentencia recurrida, ni la causa productiva ni la causa organizativa han quedado acreditadas». También la [STS 915/2016, de 28 de octubre, RCU 1140/2015](#), ha declarado la improcedencia de un despido objetivo por la realización de contrataciones posteriores, pues eso evidenciaría la falsedad de la reducción establecida. Ahora bien, la existencia de contrataciones posteriores no enerva esa jurisprudencia, si se acredita la causa puramente temporal –ej.: contratos de interinidad, de relevo, etc.–, como asume la citada [STS 343/2017, de 21 de abril](#), caso Ferrovial.

presario ajeno a su negociación», pues en tal caso quedaría sometido «a más obligaciones que a quien sí lo rubricó, dejándolo en una incertidumbre, al albur de eventuales estipulaciones elaboradas a sus espaldas».

Un enfoque económico-productivista de la subrogación empresarial, especialmente si no se trata de una sucesión de empresa *ex artículo 44 del ET*, sino de una subrogación convencional, también presente claramente en la jurisprudencia social nacional que legitima las cláusulas convencionales de exoneración de responsabilidad, aunque medie la asunción de una «parte esencial» de la plantilla (sucesión de plantilla) en contratos basadas en la mano de obra, esto es, desmaterializadas. Una vez más, dominaría el enfoque sacrificial inherente a la defensa de la seguridad en el empleo en detrimento de la seguridad de las condiciones de trabajo, de tal forma que el compromiso convencional por aquel principio –conservando el número más elevado posible de empleos– legitimaría la pérdida de condiciones de trabajo precedentes<sup>9</sup>. El acuerdo propuesto, y no aceptado, de mediación recuerda que, para el caso de la estiba, la concepción comunitaria sobre sucesión de plantilla sería determinante, por ser «la propia de un sector donde la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, constituyendo así un conjunto de medios organizados para realizar una actividad económica» (pág. 39.654, BOE núm. 114 ).

Tendremos tiempo de profundizar más en esta compleja, pero trascendental cuestión, a propósito de la respuesta que dé el TJUE a la cuestión prejudicial suscitada al respecto por el ATSJ de Galicia de 30 de diciembre de 2016, rec. núm. 2310/2016<sup>10</sup>. El tiempo dirá si también la Sala Social del Tribunal Supremo, no solo el legislador, tropieza dos veces con la misma piedra –el acervo europeo– y vuelve a ser corregido por el TJUE en materia de transmisión de empresa, como ya lo fuese hace década y media (doctrina TEMCO, 2002). Aunque, como es obvio, tampoco tenemos una garantía razonable, menos plena, de que el TJUE responda clarificando la cuestión jurídica, ante el gusto oracular que evidencia por conceptos ambiguos o indeterminados, tan típicos como el de «parte esencial» (o no esencial) de la plantilla.

<sup>9</sup> Vid. SSTs de 7 de abril de 2016, RCUd 2269/2014 y 10 de mayo de 2016, RCUd 2957/2014, entre otras.

<sup>10</sup> La sala de suplicación plantea dos cuestiones: 1.ª: ¿Se aplica el artículo 1, apartado 1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de trabajo del sector de seguridad? 2.ª: En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE, que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con el citado artículo 3.1 de la directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad?

### 3.2. EL RIESGO REGULATORIO CONVENCIONAL, IMPUESTO POR EL CAMBIO LEGAL, EXIGIRÍA LA ASUNCIÓN DE UNA PARTE POR EL TRABAJADOR PORTUARIO: EL INCIERTO «PERJUICIO NO SUSTANCIAL»

**Es evidente la llamada que el mediador realiza en su propuesta al paradigma adaptativo de la garantía de subrogación empresarial**

Sea como fuere, es evidente la llamada que el mediador realiza en su propuesta –y el legislador reglamentario, siguiendo su senda, parece que asumirá– al paradigma adaptativo de la garantía de subrogación empresarial. Un paradigma dinámico y productivista que tiene claro reflejo en

el propio [artículo 44.9 del ET](#) pero que admite una gama muy extensa y variada de soluciones, en virtud del protagonismo de la autonomía colectiva, así como del favor hacia múltiples decisiones de flexibilidad interna negociadas recogidas en la actual legislación laboral, medie (arts. [41](#), [49](#), [51](#), [82.3 ET](#)) o no ([art. 84.2 ET](#)) una situación de dificultad empresarial o de necesidad de mejora organizativo-productiva. Podría pensarse que la aplicación convencional del principio de adaptabilidad conllevará, en el caso del trabajo portuario, una garantía de protección económica si decidiese, a la vista del perjuicio individual derivado de esa gestión convencional novatoria de mejora productiva, extinguir («rescindir» –dice la norma–; aunque quizás es más apropiado técnicamente «resolver») el contrato.

A tal fin, la nueva [disposición adicional primera](#) referida –normativa convencional– no ha experimentado cambio alguno respecto de la precedente [disposición adicional segunda](#) –con el mismo título e idéntico texto–. Los trabajadores portuarios podrán ejercitar la opción «rescisorio-resolutoria», en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de las normas convencionales obligadas a adaptarse a los cambios de la norma legal y siempre que la adaptación se produzca en el plazo máximo de un año desde la vigencia de esta, cuando tal modificación convencional *«les cause un perjuicio sustancial»*. La cuantía indemnizatoria será la del artículo 41 del ET –20 días de salario por año de servicio, con límite máximo de 9 meses; su pago será públicamente asumido, una vez autorizada por la Comisión Europea, en cuanto que ayuda de estado que sería, según prevé el [apartado 4 de la disp. trans. primera](#) y la [disp. final quinta](#) del RDL 8/2017–. En la medida en que no ha habido ningún cambio textual, la nueva regulación suscita exactamente el mismo cúmulo de problemas y dudas que la previa (¿qué se entiende por «perjuicio sustancial»?; ¿cabe presumir en ciertas condiciones el daño o el perjuicio, sin necesidad de acreditarlo?; ¿la regla de remisión lo es solo a la cuantía o al conjunto de requisitos del régimen común *ex* [art. 41.3 ET](#)?, etc.).

Aunque no ha habido modificación legal, sí contamos con una jurisprudencia social reciente que podría servir de referencia útil para resolver algunos de los problemas aplicativos más relevantes al respecto, en especial dos. Primero, qué habría de entenderse por *«perjuicio sustancial»*, un nuevo concepto jurídico indeterminado, pues en el caso del [artículo 41.3 del ET](#), solo se requiere

---

### El trabajador no podrá rescindir el contrato por cualquier daño sufrido con la novación convencional, solo con aquel que resulte de suficiente entidad

---

que el trabajador haya resultado «perjudicado por la modificación sustancial» no se adjetiva ni cualifica el perjuicio con ningún estándar de intensidad del daño. Segundo, si el perjuicio puede presumirse en algunos supuestos, como los que conlleven pérdida retributiva, o si, al contrario, exige siempre prueba suficiente del perjuicio y de la relevancia del mismo a cargo del trabajador. En todo caso, y por lo que aquí más interesa, parece claro que, en línea con la referida función productivista de la norma, el legislador ha querido que una parte del perjuicio sea asumido por el trabajador, que no podrá rescindir el contrato por cualquier daño sufrido con la novación convencional, sino tan solo con aquel que resulte de la suficiente entidad. En consecuencia, la norma legal, reafirmada por la jurisprudencia más reciente, traslada una parte del riesgo regulatorio convencional de novación adaptativa peyorativa al trabajador.

En el primer plano, la identificación de lo que ha de entenderse por «sustancialidad del perjuicio», cabe acudir, pese a que, como es evidente, no haya una coincidencia conceptual, al *enfoque casuístico* acogido por la jurisprudencia social desde hace largo tiempo en torno a la delimitación de la «sustancialidad de las condiciones de trabajo» *ex artículo 41 del ET*. Al respecto, la *STS de 17 de enero de 2017, rec. núm. 2/2016*, ha recordado, además de la imposibilidad de fijar este tipo de conceptos de forma general y apriorística, que el necesario juicio de ponderación casuístico de las circunstancias concurrentes, individuales y contextuales, debe valorar la «intensidad del sacrificio que se impone al trabajador». En la misma línea de carga al trabajador de una parte del perjuicio derivado del cambio organizativo-laboral decidido por la empresa –en nuestro caso por el convenio colectivo de adaptación a los cambios organizativo-laborales impuestos por la liberalización legal del sector–, la *STS de 25 de enero de 2017, rec. núm. 47/2016* (Grupo Árbol), nos recuerda que «no toda decisión empresarial que altere la prestación de servicios del trabajador constituye una modificación sustancial», debiendo estimarse la *intensidad de la misma*.

El criterio de referencia es válido, pues, pero poco fiable en su concreción. Sin que sea tampoco aceptado jurisprudencialmente que un decremento salarial signifique, en sí mismo, un perjuicio relevante, exigiéndose probar, por parte del trabajador, la entidad del mismo en estos casos. Así, la *STS 853/2016, de 18 de octubre, RCU 494/2015*, entendió que, en una reducción temporal del salario en un 3,87%, la opción por la extinción indemnizada exige prueba de que el perjuicio (la pérdida de utilidad económica del contrato para el trabajador, que tras la novación devendría más gravoso de lo previsto originariamente) sea grave, sin que se presuma (estima el RCU de la empresa contra la STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2014, rec. núm. 677/2014, que sí acogió la tesis de la presunción del daño en tales casos). La doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo es inequívoca y la defensa de la ventaja competitiva de la empresa transparente:

«El hecho de que la modificación de las condiciones deba ser sustancial evidencia que el perjuicio debe ser relevante, [...] cuya realidad y entidad debe probarse, pues

no sería razonable [...] sancionar con la rescisión contractual indemnizada cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo, *al ser ello contrario al espíritu de la norma que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades, económicas en este caso, que se agravarían si todos los afectados rescindiesen sus contratos*» (FJ 2.º, segunda)

Además, esta legitimación de un desequilibrio contractual sustancial por un acuerdo novatorio con daño sustancial no tiene correspondencia con la cuantía. La prueba de la sustancialidad del daño experimentado no se reflejará en la compensación, que

es tasada. En suma, hay una concepción –legal y jurisprudencial– restrictiva de la facultad resolutoria, en aras del interés empresarial a disuadir al grupo de trabajadores de rescindir el contrato en casos de novación, exigiendo una cierta intensidad del mismo, además de prueba, y sin que haya una pauta suficientemente previsible: tanto da una reducción salarial temporal de un 3,87% (caso de la recurrida) como otra del 7% (sentencia de contraste).

---

### La prueba de la sustancialidad del daño experimentado no se reflejará en la compensación, que es tasada

---

## 4. CONCLUSIONES, EN ESPERA DE UNA NUEVA FASE REGULADORA INMEDIATA

---

### El nuevo real decreto-ley generará muchos más problemas de los que resuelve

---

altura de las circunstancias y seguro que generará muchos más problemas de los que resuelve, si es que resuelve alguno.

A la vista de lo comentado, hemos de lamentar la nueva ocasión perdida para tomar en serio el justo equilibrio entre la libertad de empresa y la seguridad en el empleo. Ni por su técnica ni por sus contenidos, el nuevo real decreto-ley está a la

Insiste en la regulación de coyuntura, por la amenaza de una multa cuantiosa de la Comisión. Pero, además de que la misma advertencia se viene haciendo desde hace más de medio año, tiempo suficiente para haber tramitado por vía de urgencia un proyecto de ley, en nada repara que la multa hipotética es de 134.000 euros diarios, mientras que el compromiso real, concreto, que supone la nueva regulación precipitada es de más de 120 millones de euros, constantes y sonantes, con los que la ciudadanía pagará una reconversión industrial encubierta, cuando las empresas favorecidas mantienen importantes beneficios. Además, lejos de mejorar el plano de técnica legislativa, el nuevo real decreto-ley lo agravaría, porque la solución del conflicto pasaría por el reconocimiento, en efecto, de la subrogación empresarial, pero no por mandato legal, sino en virtud de una fórmula mestiza entre una decisión de mediación (que no existe como acuerdo, solo como propuesta y acercamientos mínimos), norma reglamentaria, que dará cobertura a esa falta

---

**Respecto de la subrogación por ley, el Gobierno se ha cerrado, apelando a la eventual incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea que, sin embargo, no existe**

---

de acuerdo mediador, y desarrollos convencionales (hoy en el aire, por la propia amenaza de disolución de la patronal del sector, abocando a negociaciones «puerto a puerto»). Al igual que sucedió respecto del censo de estibadores, que el Gobierno se empeña en descartar por una eventual prohibición del Derecho de la Unión Euro-

pea que, en realidad, no existe como tal, y hasta viene amparada por normas de la OIT, respecto de la subrogación por ley, el Gobierno también se ha cerrado en extremo, apelando a la eventual incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea que, sin embargo, no existe.

Una vez más, la afirmación gubernativa no encuentra confort en el acervo comunitario, que más bien lo desautoriza. La misma propuesta de mediación le desmiente: «El ropaje jurídico que cubre esta Mediación sirve para armar sus aspectos esenciales, que consisten en: mantener el empleo *con el instrumento legal que se considere suficiente*, contribuir a la mejora organizativa del sector respetando la legalidad vigente y comprometer la ayuda del Gobierno para minimizar los daños». En consecuencia, se propone –por una vía normativa extremadamente confusa y débil– un modelo de subrogación empresarial mixto entre el [artículo 44 del ET](#), releído de forma dinámica o bajo el principio de adaptación de condiciones de trabajo en aras de la competitividad, y la facultad de subrogación convencional. El resultado es todo menos cierto, con lo que el conflicto seguirá.