

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 453 | Diciembre 2020

ISSN: 1138-9532



Una «cuestión de género» en la justicia social: asignatura aún pendiente

Cristóbal Molina Navarrete

Igualdad de género: temas emergentes

José Sánchez Pérez

Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo

María de los Ángeles García Pérez

La problemática del sistema español de negociación colectiva: cuestiones pendientes

Rubén González Rodríguez

Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: respuestas del CEDS

Carmen Salcedo Beltrán

Libertad de competencia y V Acuerdo Marco de la Estiba: crítica a la ensoñación de la CNMC

Antonio Ojeda Avilés

Libertad de crítica de la persona trabajadora como derecho de alertas (sociales)

Margarita Miñarro Yanini

Feliz Navidad



DEF.-

udima

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 453 | Diciembre 2020

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Consejo de redacción

- Director** [Cristóbal Molina Navarrete](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
- Subdirector** [José Antonio Fernández Avilés](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- Secretaria** [Margarita Miñarro Yanini](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

Consejo asesor

- [Carlos Alfonso Mellado](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia
- [Juan Pablo Borregón Baños](#). Presidente de Aedipe y director de Recursos Humanos de SCI
- [Laura Calafá](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)
- [Faustino Cavas Martínez](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia
- [Eva Cifre Gallego](#). Profesora titular de Psicología Social. Universidad Jaime I
- [Manuel Fernández Ríos](#). Catedrático de Psicología Social (Organización y Recursos Humanos). Universidad Autónoma de Madrid
- [Jordi García Viña](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- [Ana Gómez Hernández](#). Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas
- [Celia Gutiérrez Valero](#). PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor
- [Eugenio Lanzadera Arencibia](#). Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad a Distancia de Madrid
- [Loïc Lerouge](#). Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)
- [Gianni Loy](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Università degli Studi di Cagliari (Italia)
- [Nelson Manrriich](#). Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)
- [Verónica Martínez Barbero](#). Directora general de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social
- [Lourdes Mella Méndez](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela
- [Antonio Ortega Parra](#). Consejero ejecutivo y director general de Personas, Medios y Tecnología de Bankia
- [Roberto Pereira Costa](#). Presidente de Economistas Asesores Laborales
- [Vanessa Pérez Torres](#). Ayudante doctora de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad Rey Juan Carlos
- [José Ramos López](#). Catedrático de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad de Valencia
- [Susana Rodríguez Escanciano](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León
- [Alfredo Rodríguez Muñoz](#). Profesor titular de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial. Universidad Complutense de Madrid
- [Raquel Sanz Valle](#). Catedrática de Organización de Empresas y Finanzas. Universidad de Murcia
- [Aránzazu Vicente Palacio](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

Evaluación externa

- [Juan García Blasco](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza
- [Juan López Gandía](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia
- [Carolina Martínez Moreno](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo
- [Jesús Rafael Mercader Uguina](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III
- [Sofía Olarte Encabo](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- [Margarita Isabel Ramos Quintana](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna
- [Eduardo Rojo Torrecilla](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- [José Luis Tortuero Plaza](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para las personas suscritas.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición digital: www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm
Depósito legal: M-29442-2007
ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA
c/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

© 2020 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Sumario

Editorial

- Una «cuestión de género» en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo 5-30
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- La problemática relativa al sistema español de negociación colectiva: criterios jurisprudenciales y algunas cuestiones pendientes 31-64
The problems related to the Spanish collective bargaining system: jurisprudential criteria and some pending issues

Accésit del Premio Estudios Financieros 2020

Rubén González Rodríguez

- Alcance y responsabilidades de la vigilancia de la salud en el ámbito de la prevención de riesgos laborales 65-102
Scope and responsibilities of health surveillance in the field of occupational risk prevention

Finalista del Premio Estudios Financieros 2020

Juan Gómez Arbós

- Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación 103-134
The remaining challenges in gender equality: emerging themes in the new legislation and the protection against the discrimination

José Sánchez Pérez

Análisis de actualidad

- Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo: novedades y cuestiones para la reflexión 135-154
The regulations on equal treatment of the sexes at work: news and questions for reflection
María de los Ángeles García Pérez

- Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales 155-170
Refugee and COVID-19 crisis: two firm responses from the European Committee of Social Rights

Carmen Salcedo Beltrán

Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 18 de septiembre de 2020, sobre el Acuerdo Marco de la Estiba 171-184

Remarks on the Decision of the National Commission on Markets and Competition, of September 18, 2020, referred to the Framework Agreement for Stowage

Antonio Ojeda Avilés

Libertad (económica) de competencia y derecho (social) a la negociación laboral: ¿hacia una autonomía colectiva «supertutelada» por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia? 185-206

Antitrust law and the social right to labor bargaining: towards a collective autonomy «supervised» by the National Commission of Markets and Competency?

Cristóbal Molina Navarrete

Diálogos con la jurisprudencia

Libertad de crítica de la persona trabajadora como derecho de alerta: de la lucha contra la corrupción a la protección medioambiental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de octubre de 2020 (Goryaynova vs. Ukraine) 207-215

Margarita Miñarro Yanini

A vueltas con el primer convenio colectivo de las futbolistas. La controvertida lista de compensación por formación. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 55/2020, de 21 de julio 216-224

Pilar Conde Colmenero

El deslinde de las competencias jurisdiccionales entre los órdenes social y contencioso-administrativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 625/2020, de 8 de julio 225-231

Luis Sánchez Quiñones

Recursos humanos

El efecto de las demandas y recursos laborales en el rendimiento de los mandos intermedios en la gestión de los recursos humanos 233-270

The impact of job demands and resources on the line managers' performance in HRM

Accésit del Premio Estudios Financieros 2020

Alejandro Salvador Gómez, Juan Carlos Bou Llusar e Inmaculada Beltrán Martín

Normas de publicación 271-272

Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>.

Una «cuestión de género» en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Cuando, a veces, me preguntan cuándo habrá suficientes mujeres en la Corte Suprema y digo «cuando haya nueve», la gente se queda perpleja. Pero había nueve hombres, y nadie ha planteado nunca una pregunta al respecto.

Ruth Bader Ginsburg (jueza de la Corte Suprema de EE. UU.)

1. Más allá y más acá de invocaciones nominales: persistentes deficiencias de los órganos jurisdiccionales sociales sobre la perspectiva de género. Cualquier persona profesional de las relaciones de trabajo asidua a los repertorios de jurisprudencia social, incluso, más sencillo, a las redes sociales, podría sorprenderse –lo que pretendo–, incluso calificarlo de equivocado –trataré de persuadirla de lo contrario–, con la lectura del título elegido para este editorial. ¿Acaso no sabe el director de esta revista, tan atenta a la evolución judicial y jurisprudencial, día a día, que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) ya ha asumido «plenamente» la «perspectiva de género» como un nuevo canon jurídico en el enjuiciamiento de los asuntos que se ventilan en la rama social del derecho, obligatorio, no opcional, en virtud del mandato directo del [artículo 4 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres](#) (LOIEMH)? Basta –podría afirmarse con razón, si nos quedamos en un análisis de superficie y nominalista– recordar su Sentencia (STS) 580/2020, de 2 de julio (las lesiones derivadas del parto son accidente no laboral), para advenirlo.

Ni es la primera ni la última (por ejemplo, [STS 908/2020, de 14 de octubre](#) –las víctimas de violencia de género están exentas del requisito de convivencia previa para causar pensión de viudedad–) que señala expresamente que se acoge a tal perspectiva de género. Precisamente, la referida sentencia, tras explicitar la obligatoriedad de su inclusión como un canon hermenéutico ex [artículo 4 de la LOIEMH](#), a añadir, modulándolo, a los clásicos del

[artículo 3 del Código Civil](#) (CC), lista los precedentes que habrían asumido el mismo canon¹. El primero lo data una década atrás ([STS de 21 de diciembre de 2009, rec. 201/2009](#)). Consecuentemente, ¿no ha de valorarse positivamente el recorrido expansivo experimentado por la Sala Cuarta del TS? Al menos desde que esta revista dedicara un monográfico de la sección diálogos (núm. 433, abril/2019) a la irrupción, con expresa nominación y justificación, en los niveles inferiores judiciales sociales, de esta innovadora metodología jurídica, no por debida desde antaño menos reseñable.

Desde luego que merece favorable acogida tal proceso evolutivo, no solo hermenéutico, sino auténticamente cultural (jurídico y social), pero no menos cierto es que ni se está revelando suficiente ni siquiera se escribe siempre con los renglones rectos de derecho que un tema tan serio merecería, a mi juicio. Vamos a tratar de ilustrar en estas páginas, como ya advertí –temiéndolo– en la [presentación](#) que acompañé a aquel monográfico sobre el juzgar social con la perspectiva de género constitucional e internacionalmente debida, un doble déficit en aras de una mayor efectividad de la tutela judicial del derecho-principio-valor de la igualdad de trato por razón de sexo. Una crítica por defecto (la ausencia de invocación de la perspectiva de género en un buen número de supuestos en los que podría y debería resultar determinante) y otra crítica por exceso (la banalización del canon de género, utilizado no como razón de decidir, sino solo a mayor abundamiento). Ejemplificaré con la experiencia reciente ambos constatados.

Vamos a acreditar un doble déficit judicial y jurisprudencial en el juicio social con perspectiva de género: por defecto (no la invoca en supuestos donde debería) y por exceso (la invoca en supuestos donde solo actúa a mayor abundamiento, banalizando el canon jurídico)

Sin perjuicio de algún desarrollo más en las páginas que siguen, no es ocioso anticipar, de un lado, que de los cinco precedentes entre 2018-2020 que la citada [STS 580/2020](#) refiere, solo los dos últimos (2020) recurren a la perspectiva de género como razón de decidir

¹ La recopilación jurisprudencial es la siguiente:

- [STS 864/2018, de 26 de septiembre](#) –solo un formalismo enervante en la interpretación de las normas permitiría denegar la prestación de maternidad al otro progenitor porque la trabajadora no comunicue la cesión en el momento de solicitar su prestación social–;
- [STS 778/2019, de 13 de noviembre](#) –el plan de igualdad negociado en la empresa usuaria debe extenderse a las personas trabajadoras puestas a disposición por las empresas de trabajo temporal (ETT)–;
- [STS 815/2019, de 3 de diciembre](#) –los acuerdos colectivos que excluyen el carácter retribuido a situaciones de ausencia superiores a un determinado periodo, sin atender a su finalidad garantista de derechos fundamentales, son nulos por discriminatorios ex [art. 14 Constitución española](#) (CE)–;
- [STS 79/2020, de 29 de enero](#) –negar el derecho a una pensión SOVI en favor de familiares de una hija, por la muerte de su madre, es una discriminación indirecta refleja o por asociación–;
- [STS 115/2020, de 6 de febrero](#) –el periodo de servicio social femenino franquista debe computar, al igual que el servicio militar, para la carencia necesaria en la pensión de jubilación anticipada–.

(clave jurídica determinante de la solución favorable al principio de igualdad de trato por razón de sexo). En cambio, las otras tres solo acuden a la perspectiva de género como argumento añadido, a mayor abundamiento, esto es, sin atribuirle un valor determinante, de manera que sin ella la solución hubiese sido exactamente la misma. En este sentido, la [STS 864/2018, de 26 de septiembre](#), remite a la misma solución de la [STS de 20 de mayo de 2009 \(rec. 3749/2008\)](#), pese a que esta se refiere a una normativa de 2001 y cita, en no-veno lugar, tras «8 razones» previas justificativas, el [artículo 4 de la LOIEMH](#), al que considera nada más que un «refuerzo» del [artículo 14 de la CE](#). Más aún. En algún caso, como expone el voto particular que acompaña a la [STS 815/2019, de 3 de diciembre](#), el recurso al enfoque constitucional no supondrá más tutela para el derecho (un conflicto colectivo con relación a un acuerdo novatorio sobre retribución variable negada para periodos de ausencia de más de 1 día), sino, al contrario, una visión más estrecha.

La propia [STS 580/2020](#) tampoco atribuye a la perspectiva de género un valor de canon hermenéutico determinante en la solución de las dudas interpretativas del caso, sino que, solo al final, una vez alcanzada la solución jurídica que considera más adecuada –absolutamente correcta–, hace un «guiño interpretativo» al canon de género y remacha la solución invocándolo. Lo mismo, incluso todavía más claramente devaluada, reduciéndola más bien a cláusula de estilo o de modismo metódico (homenaje a una suerte de nuevo modismo jurídico-social), cabría decir de la invocación que de la perspectiva de género hace la [STS 778/2019, de 13 de noviembre](#). De inmediato volveré sobre ella, por la importancia que ha adquirido en la regulación de algún aspecto del [Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#), por el que se regulan las formalidades para la elaboración de los planes de igualdad y su registro, objeto de más detenidos comentarios tanto en el [estudio](#) del profesor José Sánchez como en el [análisis de actualidad](#) realizado por la abogada y consultora experta en la materia María de los Ángeles García, incluidos en este número.

De otro lado, también es oportuno adelantar, para posteriormente alimentar la crítica, de conformidad con la función que es propia del/de la jurista científico/a-social, pero también práctico/a, con razones de técnica jurídica y en aras de una mejor aplicación del canon de género en el juicio sociolaboral, que hallamos un buen número de decisiones judiciales que prescinden totalmente de invocarlo. No es ya que desestimen aplicar el canon para obtener una solución favorable a la igualdad de género como derecho en juego, sino que sencillamente ni lo toman en consideración. Esto es, lo orillan por completo, pese al indudable relieve normativo y fáctico que presenta en el caso. Y ello sucede en todos los niveles de la jurisdicción social, también en la sala de casación social.

Que esa deficiente perspectiva de género en el juzgar social sigue en niveles inferiores lo desvela la [STS 713/2020, de 23 de julio](#). La Sala Cuarta casa y anula una sentencia, devolviendo el conflicto al principio o a un «volver a empezar de la justicia social desde el inicio» (4 años después), porque el órgano judicial «olvidó» ponderar la dimensión constitucional del ejercicio por una mujer (trabajadora de Carrefour) de su derecho a la reducción de jornada por guarda legal ex [artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), precisamente

10 años después de la determinante Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 3/2007, de 15 de enero (caso análogo). Un «volver a empezar de la justicia social» con la consiguiente dilatación de la respuesta, incluso con incertidumbre sobre la misma, tras un largo proceso, que hallamos en la STS 835/2020, de 2 de octubre (declara la nulidad de actuaciones porque el órgano judicial no resolvió sobre la nulidad del despido objetivo de la trabajadora con –cómo no– reducción de jornada por guarda legal, declarando la improcedencia al no pedir en la demanda la nulidad, primando el valor de la congruencia formal). Esta sentencia cuenta –como veremos– con un fundado voto particular que, prescindiendo por completo también de la perspectiva de género, manifiesta aquí (mujer, conciliación, despido arbitrario), admite solución diversa y menos dilatoria. No será la única que omita la perspectiva de género como canon de validez y eficacia de las leyes procesales, con resultado más lacerante aún (por ejemplo, STS 352/2020, de 19 de mayo).

Para probar que los problemas de las persistentes deficiencias afectan al entero orden social de la jurisdicción destacamos el calvario judicial de trabajadoras que, víctimas de vulneraciones de su derecho a la no discriminación, han debido esperar años a encontrar la diligencia debida en la efectividad de la tutela judicial, con el amparo (extraordinario) constitucional. Así lo evidencia la –ciertamente peculiar–

STC 71/2020, de 29 de junio (amparo a la enfermera que no vio reconocido un permiso de trabajo retribuido para visitar a su hermana, que estaba hospitalizada tras alumbrar). Pero también la STC 129/2020, de 21 de septiembre, la última que el BOE ha publicado de una larguísima serie que se remonta a la STC 79/2020, de 2 de julio (amparo a decenas de mujeres médicas que sufrían la práctica retributiva discriminatoria indirecta de un hospital malagueño consistente en un sistema de cómputo de los periodos de descanso retribuido que penaliza los periodos de reducción de jornada –por enésima vez– debida al trabajo de cuidar).

Y para que no falte ninguna jurisdicción en este sistema multinivel de protección (pero también de déficits de diligencia debida en su ejercicio efectivo) sigue pendiente la gestión de los –contraproducentes– efectos de la polémica Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18, WA c. INSS). Se recordará que declaró discriminatorio por razón de sexo, en contra del varón (reemerge otra faz de la vieja figura del «varón –viudo– discriminado»), el «complemento por maternidad» ex artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). ¿Deben legislación y jurisdicción entender que el TJUE no ve con muy buenos ojos esta perspectiva de género aplicada para corregir la brecha en pensiones?

Toda una conmoción –aunque ya anunciada por la doctrina científica, ante la deficiente técnica legislativa empleada en su establecimiento, sin que sea admisible que el fin justifique cualquier medio– y un factor de zozobra o incertidumbre en el camino que se ha de seguir

Destacamos el calvario judicial de trabajadoras que han debido esperar años a encontrar la diligencia debida en la efectividad de la tutela judicial, con el amparo constitucional

ahora de plena actualidad una vez acordado, por fin, el [Informe de Recomendaciones del Pacto de Toledo](#). Precisamente, la Recomendación 17 (genéricamente intitulada «Mujeres») contiene una llamada –extremadamente vaga– a la corrección de las causas que provocan las brechas de género en pensiones, como las trayectorias profesionales (más) irregulares de las mujeres por su sobrerrepresentación en el trabajo de cuidar, así como de las discriminaciones relativas a las pensiones de las personas trabajadoras a tiempo parcial, «la gran mayoría mujeres». Y para ello recuerda que el TJUE nos viene condenando sistemáticamente a corregir esta disconformidad sistémica con el derecho de la Unión Europea. Típico «cal y arena», pues, del TJUE. Unos meses antes ([STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, Villar Láiz c. INSS](#) –y a su estela la [STC 91/2019, de 3 de julio](#)–) había dado una –nueva– alegría a quienes se jubilaban habiendo realizado trabajos a tiempo parcial en la medida en que el sistema de cálculo precedente (por cierto, que es igual para la pensión de incapacidad permanente, que espera su momento de depuración jurisdiccional) penalizaba doblemente la parcialidad (en la base reguladora y en el periodo de carencia).

Una lógica dicotómica de «cal y arena», cuya inclinación a un lado u otro del fiel de la balanza resulta altamente imprevisible, por lo resbaladizo de sus criterios distintivos, respecto del tratamiento de los derechos laborales –y los de pensión asociados– de las personas de empleo a tiempo parcial, persistentemente feminizado, que no cesa de ofrecernos casos complejos en los que unas veces aflora la «dimensión de género», no ya solo la prohibición de discriminación por razón de sexo, y otras no. En el lado de la «cal» (el lado positivo), piénsese, por ejemplo, en la clara proyección para la retribución complementaria de ciertas relaciones de trabajo fijo discontinuo especialmente feminizadas, como las trabajadoras de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) (por ejemplo, [STS 852/2019, de 10 de diciembre](#)). En el otro lado, el de la pobre «arena» (el lado negativo), de interés la reciente doctrina jurisprudencial sobre cómo ha de fijarse la indemnización por despido de las personas fijas discontinuas ([STS 730/2020, de 30 de julio](#) –reclama un trabajador–). ¿Son tan claros los criterios fijados por el TS para la distinción entre una solución –integradora de la no discriminación por razón de sexo o extramuros de ella–? Se verá –siquiera brevemente– que la cuestión resulta más vidriosa de lo que deriva del –literal– criterio jurisprudencial. El [artículo 11 del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre](#), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, si se interpreta –como se debe– conforme al artículo 157 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE), pudiera exigir una diferente lectura.

2. Perspectiva de género de los planes de igualdad y relaciones triangulares de trabajo: ¿«el legislador reglamentario» expande un uso judicial a mayor abundamiento (banalizado)? Al advertir sobre la crítica derivada del riesgo de exceso de invocación del canon de género como método hermenéutico, sin dotarlo de la debida dimensión resolutoria que le es propia, para devaluarlo a argumento a mayor abundamiento (viejos *obiter dicta*), incluso como una pura identificación con el reclamo del [artículo 4 de la LOIEMH](#), sin más, reclamé la atención sobre la [STS 778/2019, de 13 de noviembre](#). Esta sentencia reconoce que los planes de igualdad de la empresa principal deben comprender a las personas puestas a disposición

de ella por la ETT (relaciones triangulares de trabajo). La sentencia de casación confirma la de instancia, cuyo razonamiento se movió extramuros del canon de género, para limitarse a los típicos del [artículo 3 del CC](#), concretamente la literalidad del [artículo 11.1 de la Ley de empresas de trabajo temporal](#), aceptando tal criterio como principal la Sala de lo Social del TS. Tanto que concluye que tal extensión deriva del precepto legal «sin género de dudas». Entonces ¿para qué invocar la perspectiva de género si en su ausencia la decisión sería la misma?

Sea como fuere, lo cierto es que el «legislador reglamentario» (que –aun tardíamente– ha llevado hasta el límite –y quizás algo más allá– su capacidad de desarrollo reglamentario del [RDL 6/2019](#)) no ha perdido la oportunidad de aprovechar esta decisión jurisdiccional a fin de darle la máxima expansión subjetiva posible a los planes de igualdad. Unos instrumentos estos absolutamente banalizados en la experiencia práctica, pero que la legislación ha querido revalorizar para «remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva» ([art. 46.2 LOIEMH](#)). Esta dimensión subjetiva compleja se refleja en el [Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#), al menos en dos momentos. En primer lugar, en el de cuantificar la dimensión ocupacional de las empresas para determinar si están obligadas o no a implementar un plan, incorporando a las personas puestas a disposición, así como valorando las relaciones de trabajo a tiempo parcial como una persona trabajadora más, al margen de la duración de su prestación de servicios efectivos ([art. 3.1](#)), que refleja una concepción muy amplia, incorporando también a las personas trabajadoras puestas a disposición. De ahí que se integren como propias a los efectos de igualdad (relevancia jurídica de la estructura red que se crea en estos casos, aunque sea descentralizada). En segundo lugar, en el [artículo 2.6](#), al prever de forma expresa la posibilidad de aprobar un «plan de igualdad de grupo», estructura empresarial subjetivamente compleja o colectiva que no se define, limitándose a remitir a las reglas del [artículo 87 del ET](#). Este plan deberá tener en cuenta la actividad de cada una de las empresas que lo integran y los convenios, e incluir información de los diagnósticos de situación de cada una de estas. En todo caso, no se presume el interés unitario del grupo a un único plan de igualdad, sino que debe justificarse.

3. Costes de la omisión del enfoque de género en los niveles inferiores de la jurisdicción: una justicia social de género indebidamente dilatada y económicamente subestimada. Ni que decir tiene que, si hay que elegir, mejor el exceso de invocación de la dimensión de género que su ausencia. Un vicio interpretativo más criticable aún si ni tan siquiera aparece en el juicio social reclamado la dimensión constitucional de un ámbito fundamental para la igualdad de trato y de oportunidades por razón de sexo (diferencia biológica) y género (diferencia sociocultural), como la conciliación de la vida laboral y familiar. Cuando el debate legislativo y jurisdiccional (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Canarias/[Las Palmas de 1 de septiembre de 2020, rec. 197/2020, comentada en el número de octubre/2020 de esta revista](#)) se sitúa en la extensión y límites del derecho subjetivo a una adaptación razonable de jornada ex [artículo 34.8 del ET](#) (reescrito por el [RDL 6/2019](#)), quedando superada –parecía– la doctrina jurisprudencial y la doctrinal judicial elaborada a su estela que

negaba dimensión constitucional a la novación de turno, si no mediaba reducción de jornada por guarda legal [ex artículo 37.6 del ET](#), descubrimos, con perplejidad, que el pasado pervive en el presente –técnica de *flashback*– y hallamos decisiones de espaldas a la [STC 3/2007, de 15 de enero](#), así como a la [LOIEMH](#).

Descubrimos, con perplejidad, que el pasado pervive en el presente y hallamos decisiones de espaldas a la [STC 3/2007, de 15 de enero](#), así como a la [LOIEMH](#)

Así lo revela la citada [STS 713/2020, de 23 de julio](#), que, justamente, ha de confrontar como sentencia de contraste aquella sentencia constitucional, reafirmando, como es lógico, y, por lo tanto, casa la de suplicación. Sin embargo, como también se anticipó, no solo la casará, sino que la anulará por haber omitido el debido juicio sobre la dimensión constitucional del asunto (pues tratándose de una trabajadora y ejerciendo el derecho conciliatorio sacrificial –implica también reducción de salario– de reducción de jornada [ex art. 37.6 y 7 ET](#), es evidente que está en juego el [art. 14 CE](#) y que debió entrar en juego el [art. 4 LOIEMH](#)). Por lo tanto, le dará una oportunidad adicional para que pondere, por imperativo constitucional, las circunstancias concurrentes en el caso en aras de la compatibilidad de los intereses en juego.

No hallamos aquí ni «diligencia debida» en la protección de la igualdad de trato y de oportunidades, con prohibición de discriminación, directa o indirecta, por el trabajo de cuidar, ni *iura novit curia*, ni congruencia procesal (no se da respuesta a la cuestión planteada de la reducción de jornada), ni celeridad en la justicia social, fallando buena parte de los principios del orden social. ¿Asegura esta retroacción el reconocimiento del derecho? En absoluto. Si se recuerda el precedente constitucional, también se rememorará que aquel asunto no terminó «bien», desde luego no satisfactoriamente para el derecho conciliatorio de la mujer trabajadora. El segundo fallo no reconoció el derecho novatorio y el segundo pronunciamiento constitucional (2009) desistió de ofrecer tutela, porque el hijo ya había superado la edad legal del beneficio. Como no habitúa el TC a reconocer indemnización de daños, la trabajadora tuvo que acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para que este le diera algún «consuelo compensatorio» (indemnización), lo que ocurrió (2013).

El TEDH reprobó al TC que se limitara a darle un «amparo ilusorio», pues reconocer violado un derecho humano fundamental, incluso por dos veces, y privarlo de consecuencia práctica, siquiera sea en términos indemnizatorios por daños morales, constituye «una tutela ilusoria». De ahí que le concediera 16.000 euros de indemnización (que debió pagar el Estado, no la empresa). Al margen de que, como veremos, el TC no ha aprendido lección alguna al respecto y sigue sin incorporar a su amparo indemnización alguna (salvo contadas excepciones), ¿la justicia ordinaria sí habrá tomado debida cuenta y, al menos, integrará debidamente la tutela resarcitoria efectiva en la tutela de igualdad de género debida, con la diligencia exigida, como razona la referida [STSJ de Canarias/Las Palmas de 1 de septiembre 2020](#)?

Tampoco hay ninguna razón para confiar en que vaya a ser así, según se desprende de cualquier repaso de la experiencia judicial más reciente atesorada en los repertorios a tal efecto. No es la primera vez en estas páginas ni será la última –de hecho, en próximos números veremos de nuevo el persistir de la cicatería resarcitoria de la jurisdicción social en materia de derechos fundamentales– que criticamos la extremada subestimación del daño discriminatorio por sexo-género. Para ser fieles a nuestro enfoque de ilustrar la aseveración con experiencias recientes, que no responden a casos aislados, sino que conforman una práctica, una categoría extendida, difusa en la experiencia del foro social, traigamos a colación la [STSJ de Madrid 352/2020, de 21 de mayo](#).

Esta sentencia ha gozado de cierta «fama mediática», a fin de dejar constancia, «aviso a navegantes» (empresas y sus consultoras de «recursos humanos»), de lo muy seria que parece ir la jurisdicción con estas cuestiones de las represalias por el ejercicio –otra vez– de derechos de conciliación por las madres. En este caso, una madre teletrabajadora con tres descendientes menores a su cargo y «cabeza» de una unidad monoparental ve cómo la despiden esgrimiendo la reducción de rendimiento por negarse a reducir de 2 días a 1 de teletrabajo, modalidad organizativa en la que llevaba 10 años trabajando, sin tacha alguna. La carta de despido decía:

[...] la calidad de su trabajo no ha cumplido con los estándares de su posición y las expectativas de la compañía. En los últimos años, su rendimiento ha sido insatisfactorio a la vez que irregular, generando incluso una presión innecesaria para el resto de los miembros de su departamento.

La jurisdicción, aplicando la prueba de indicios ex [artículo 96 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), llega a la conclusión de que la causa esgrimida es irreal (o falsa), respondiendo el despido a una represalia por la insinuación de la trabajadora de que la renuncia a 1 día de teletrabajo la llevaría a una reducción de jornada y esa modalidad de prestación perjudicaría más –por la reducción del salario que implica y que no puede permitirse con tres menores a su cargo–. Por lo tanto, hay nulidad del despido por una doble vulneración de derechos fundamentales. Los artículos [24](#) y [14](#) de la CE.

¿Final feliz, pues? No. De un lado, pese a que es manifiesto que la represalia se asocia a una razón típicamente vinculada al género (sobrerrepresentación de la mujer en el trabajo de cuidar, además de una visión claramente estereotipada de los roles a cargo de la dirección de empresa, en especial de los dos directivos que toman la decisión de represalia, aunque la formalizara otra mujer, la responsable del departamento de «recursos humanos»), esta perspectiva está

De un lado, pese a que es manifiesto que la represalia se asocia a una razón típicamente vinculada al género, esta perspectiva está ausente, al razonar la decisión y en el fallo. De otro, no se hallará pronunciamiento indemnizatorio

ausente, al razonar la decisión y en el fallo. La tutela se vincula únicamente a la violación de la garantía de indemnidad ex [artículo 24 de la CE](#) (SSTS [179/2018, de 21 de febrero](#), y [779/2019, de 14 de noviembre](#); STSJ de Madrid [713/2019, de 28 de junio](#)). De otro, y «de tales polvos (total ausencia de la debida cuestión de género), estos lodos (sin noticias de la indemnización igualmente debida y disuasoria)», no se hallará pronunciamiento alguno indemnizatorio. Pero ¿no es obligatorio o automático apenas se constate la violación de un derecho fundamental ex [artículo 183 de la LRJS](#), más si son dos?

Sí, pero ya sea porque no la haya pedido la demanda –ni el recurso–, por falta de diligencia profesional, ya porque no haya reparado en ella ningún nivel jurisdiccional interviniente (que se acogerá al principio de la justicia rogada), lo cierto es que no hay pronunciamiento a tal fin. Por lo tanto, el daño discriminatorio (creación de obstáculos a la conciliación de la vida laboral y familiar) y los daños morales (el sufrimiento generado por tal situación, la afectación a su honor o prestigio profesional, al imputarle bajo rendimiento, sabiendo su falsedad –la causa falsa, en sí, no genera nulidad, como ha recordado la reciente [STSJ de Cataluña 3550/2020, de 21 de julio](#), con un voto particular nutrido, que reprocha al voto mayoritario resistir al margen de las normas internacionales, analizadas en la [actualidad del número de octubre/2020 de esta revista](#)–) quedan sin resarcir, de modo que quiebra la tutela judicial efectiva ex artículos [24](#) y [14](#) de la CE. ¿Puro caso episódico, infortunio por la conjunción de varias deficiencias que no suelen darse en la experiencia?

Contestemos –me temo que no muy positivamente–, de nuevo, con el ejemplo. Traigamos ahora la [STSJ de Madrid 438/2020, de 16 de junio](#). En ella se declara también la nulidad del despido de una empleada de hogar, no por su embarazo, el caso más tópico en la práctica (por ejemplo, [STSJ de Madrid 767/2018, de 20 de noviembre](#), entre decenas, de esta sala de suplicación social de toda España, sin que haya consenso indemnizatorio –la [STS 77/2020, de 29 de enero](#), unificaba un aspecto muy concreto, la fecha de inicio de los salarios de tramitación, y se quedaba con las «ganas» de unificar más cosas, pero razones procesales la obligaban a la contención–), sino, de nuevo, por la represalia de la empleadora al anunciar la empleada que reclamaría sus derechos en la vía judicial si no se cumplía con las condiciones pactadas (violación de la garantía de indemnidad). En este caso, sí se fija una doble indemnización de improcedencia, pues se sabe que ni el [artículo 11 del Real Decreto 1620/2011](#) prevé la nulidad del despido ni el [artículo 18.2 de la CE](#) (derecho a la inviolabilidad del domicilio) autorizaría a quien juzga a la readmisión obligatoria.

¿Entonces, por qué se trae a colación esta sentencia en una crítica por subestimación del daño discriminatorio de sexo-género cuando no concede una, sino dos indemnizaciones, la del despido improcedente y los salarios de tramitación? ¿No revelaría, al contrario, una sensibilidad especial hacia la indudable dimensión de género, normativa y fáctica, que subyace en este ámbito, en tanto se normaliza algo más con la ratificación tan anunciada del [Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo](#)? No. Se trae aquí porque la sentencia no resarce en modo alguno el daño discriminatorio de género, pese a ser también aquí muy manifiesto, sino tan solo la «improcedencia» del despido, lo que es cosa bien

distinta, como muestra la [STS 352/2020, de 19 de mayo](#) (criticada en el número de octubre/2020, si bien por otras causas –diluir hasta anular la función disuasoria de la indemnización por violación de derechos fundamentales–). Y, además, no lo hace aplicando la indemnización más elevada del [artículo 56 del ET](#), sino la más reducida del [artículo 11.2 del citado Real Decreto 1620/2011](#):

[...] procede fijar la indemnización que corresponde a la trabajadora a esta fecha en que se declara extinguida la relación laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, siendo la antigüedad de 3 años y 2 meses, a razón de 20 días de salario por año, en aplicación del artículo 11.2 del citado Real Decreto 1620/2011, y el salario diario de 34,22 euros, por lo que asciende a (63 días) 2.155,86 euros [...] (FJ Único).

Cierto, apenas 2.000 euros no parecen ofrecer mucha efectividad de la tutela reparadora del derecho a la igualdad de trato por razón de género (además de por la violación de otro derecho fundamental, la garantía de indemnidad ex [art. 24 CE](#)), pero siempre puede ser peor, de modo que no reciba nada. La [STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2020 \(rec. 1929/2020\)](#) constata que se ha despedido a la empleada de hogar –aquí sí surge la causa más común– durante su estado de embarazo, *pero se trata de una nulidad objetiva y automática, no procede indemnización alguna* para tal modalidad de tutela de la maternidad, solo cuando la nulidad deriva de una decisión adoptada expresamente con intención o por causa discriminatoria. Para ello hay que probar que la unidad empleadora conocía la situación de embarazo, lo que aquí no quedó acreditado.

La STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2020 (rec. 1929/2020) constata que se ha despedido a la empleada de hogar durante su estado de embarazo, pero se trata de una nulidad objetiva y automática, no procede indemnización alguna

4. El valor del tiempo de la acción diligente de la víctima de discriminación de género: ¿las normas procesales sociales no admiten una relectura en clave de igualdad de género para el TS por mandato de su diligencia debida? Por seguir nuestro relato crítico enlazando con el caso anterior, ¿basta con probar en juicio su embarazo y la conexión del despido con él? No, tampoco. Antes hay que invocarlo en el momento formal oportuno (conciliación preprocesal), sin ser suficiente, según la vetusta pero perpetuada jurisprudencia, con hacerlo en la demanda. Así lo afirma la –para mí, por las razones que sintetizaré, muy discutible desde la perspectiva de género, que omite por completo, pese a ser manifiesta– [STS 528/2020, de 25 de junio](#).

La trabajadora prestaba servicios para la empresa mediante sucesivos contratos temporales hasta el cese, estando embarazada. Disconforme, presenta su papeleta de conciliación

sin hacer constar su embarazo, esgrimiendo como causa del cese indebido la persistencia del objeto del contrato. Sin embargo, en trámite de aclaración de demanda esgrimió que la causa real de su cese-despido era su situación de embarazo. El juzgado de lo social desestimó la pretensión de nulidad y declaró la improcedencia por falta de congruencia entre la papeleta de conciliación y la demanda. En cambio, la sala de suplicación madrileña declaró la nulidad (con los efectos de readmisión y salarios de tramitación –sin indemnización adicional, una vez más–). Sin referencia alguna a la cuestión de género inherente al caso, prima el principio de realidad del conocimiento por la empresa de la situación de embarazo –probado–, siendo la causa real de la extinción, para evitar el riesgo de baja hasta el alumbramiento y posteriores bajas por maternidad, etc.

En unificación de doctrina, haciendo una interpretación literal y formalista del [artículo 80.1 c\) de la LRJS](#), aplica de forma inflexible la prohibición expresa de introducción de hechos nuevos en sede judicial no alegados en la papeleta de conciliación. Le reprocha que ni siquiera aparece en la demanda inicial, evidenciando un cambio de estrategia procesal, pero extemporáneo. Por ello, en aplicación del [artículo 215 de la LRJS](#), resuelve sin tomar en consideración la situación de embarazo de la trabajadora en el momento del despido. Una vez más, la «cuestión social de género» brilla por su ausencia. A mi juicio, resulta incomprensible jurídicamente, porque en vez de remover todo obstáculo procesal, la jurisprudencia crea una excepción legalmente no prevista a la protección automática de las situaciones de embarazo prevista –como técnica de garantía reforzada– por la legislación nacional.

En vez de remover todo obstáculo procesal, la jurisprudencia crea una excepción legalmente no prevista a la protección automática de las situaciones de embarazo

Primero, porque, siendo inherente al asunto tal canon de género, el TS está obligado ex [artículo 4 de la LOIEMH](#) a someter la ley procesal aplicable al juicio de efectividad exigido por el principio de diligencia debida en la protección de la igualdad de resultado por razón de sexo y género, aunque su conclusión hubiese sido la misma. Este juicio de valor de género tendrá un sentido u otro, pero lo que no puede el TS, so pena de vulnerar el [artículo 24 de la CE](#), es silenciarlo, como ha hecho. Segundo, existe una prohibición de despedir a las trabajadoras embarazadas, habiendo evidenciado el TJUE ([asunto Porras Guisado](#)) que esta tutela preventiva ex artículo 10 de la [Directiva 92/85/CEE](#) no se refleja en nuestro derecho. Por tanto, hacer de las normas procesales un obstáculo insalvable para el acceso a la justicia de género en ciertos casos agrava el desajuste. Tercero, mientras que a la empresa ni se le causa indefensión –se alega antes del juicio– ni se le priva de la oportunidad para conciliar, si es su voluntad, dentro del proceso –como le recuerda el TJS de Madrid–, la trabajadora sí se ve privada de acción para defenderse de un despido normativamente prohibido. La diferencia de poder generada es inasumible en términos de equidad de género, al convertir la aplicación de la norma procesal en un obstáculo indebido, perpetuando los agravios.

Por las razones esgrimidas, y otras que podrían añadirse, a mi entender, la doctrina más correcta es la de la sala de suplicación madrileña. Ninguno de los precedentes jurisprudenciales ([STS de 23 de junio de 2014, rec. 1766/2013](#) –no se refiere a la falta de congruencia entre papeleta de conciliación y demanda, sino a la ampliación de los hechos en juicio respecto de la demanda, lo que es muy distinto, pues tal novación procesal sí puede generar indefensión a la otra parte–) ni constitucionales (SSTC [199/2001](#) y [127/2006](#)) llevan a una interpretación tan rígida y formalista como la realizada por la [sentencia comentada](#). Al contrario, más bien reflejan una visión mucho más flexible del trámite de conciliación, que no puede convertirse en un muro insuperable para la protección efectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo-género, cuando hay cauces jurídicos suficientes para canalizar su acción eficazmente sin producir indefensión a la empresa. Cierto, si la defensa de la trabajadora hubiese sido más diligente profesionalmente, el problema procesal aquí emergido no se hubiera producido, pero estando en juego la cuestión de género manifiesta existente aquella falta de diligencia no puede ser un obstáculo insalvable para que el TS cumpla con su deber de diligencia debida, que le prohíbe interpretaciones rígidas, formalistas y de resultados tan restrictivos de la protección de la igualdad que la impide. No es función de quien juzga hacer de la norma un obstáculo, sino removerlo (arts. [9.2 CE](#) y [4 LOIEMH](#)).

En suma, en la protección efectiva frente al despido por embarazo (o la no contratación por él), la diligencia debida es innovar las garantías de tutela, no anclarse en interpretaciones rígidas del pasado. Esta perspectiva innovadora es la asumida tanto por el TC como por el TJUE. Así, se desprende, entre otras, de la [STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakelbracht](#) (extiende la protección frente a la no discriminación de sexo a personas relacionadas con las trabajadoras no contratadas por embarazo, anticipando incluso normas como la Directiva 2019/2137/UE, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión –[comentada](#) por la Dra. Patricia Nieto Rojas, en el núm. 441, diciembre/2019, de esta revista–). Conviene recordarlo, porque me temo que la Sala de lo Social del TS lo olvida a veces. El TJUE sostiene una y otra vez que la «aplicación efectiva del principio de igualdad de trato que pretende la Directiva 2006/54 requiere, como destaca su considerando 29, la aplicación de procedimientos judiciales o administrativos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones previstas en ella» (apdo. 31). En su virtud, el principio del control judicial efectivo queda privado de su esencial eficacia, de efecto útil, si la protección que confiere la prohibición de discriminación por razón de sexo se descarta «*si no cumplen determinadas exigencias formales [...]*, lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54» (apdo. 34). Sí, el caso es distinto, pero la doctrina análoga: con formalismo procesal no hay efectividad de la tutela por razón de sexo y género y, por lo tanto, está prohibida tal lectura.

Justamente, esta posición más flexible en el entendimiento de las normas procesales (tanto en la apreciación del requisito de la contradicción ex [art. 219 LRJS](#) como en los requisitos de la demanda), por lo tanto, de menor rigorismo procesalista, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales sustantivos es la que sostiene la

[STS 835/2020, de 2 de octubre](#). En el caso, se trata de un –enésimo– despido (objetivo) por razón de –o en situación de– maternidad (trabajo de cuidar: reducción de jornada por cuidado de hijo). Si bien en el texto de la demanda sí se evidencia la petición de nulidad, en su suplico solo se pide improcedencia. En virtud del principio de congruencia procesal ([art. 218 Ley de enjuiciamiento civil –LEC–](#)), rígidamente entendido, la sala de suplicación solo declaró la improcedencia, rechazando la nulidad. El TS, aquí sí con la flexibilidad exigible, consideró que la demanda no puede entenderse fragmentada, como un conjunto de partes autónomas, sino como un todo unitario y, de ese todo, se desprende con claridad que la trabajadora pretende la nulidad. Y ello pese a las notables deficiencias de las que adolecía el recurso –como el voto particular recuerda–, coadyuvando la sala a su éxito, primando aquí la obligación jurisdiccional de calificar de oficio el despido ([art. 108 LRJS](#)), al margen de la dada por las partes (pese al principio de justicia rogada ex [art. 216 LEC](#)), siempre que le expliciten bien los hechos y en momento procesal oportuno (SSTS de [23 de diciembre de 2014](#), [rec. 2091/2013](#), y [20 de enero de 2015](#), [rec. 2415/2013](#), entre otras).

Entonces ¿dónde está el problema jurídico? ¿En este caso la sala ameritará consenso y aprobación? No siempre es «arena de género», hay «cal (hermenéutica) de género», ¿no es cierto? Lamentablemente, no. Primero, porque, siendo también aquí manifiesta la perspectiva de género, no hay ni huella de ella en ninguno de los niveles jurisdiccionales, tampoco para el voto particular, pese a firmarlo una magistrada que habitualmente atiende, sea en sus ponencias sea en sus votos particulares (algunos de ellos formulados incluso por no aparecer), esa cuestión de género. Podría pensarse que, no siendo necesario para alcanzar su fallo, invocar la perspectiva de género podría generar la crítica, arriba señalada, de banalización de este canon jurídico, por lo que solo lo utilizaría cuando fuese preciso, determinante de una protección efectiva del [artículo 14 de la CE](#) en relación con su [artículo 10](#). ¿No le debemos criticar una cosa y la contraria, verdad?

No lo valoro así. Y ello porque, segundo, el fallo de la sala no es de protección sobre el fondo, reconociendo la nulidad del despido por discriminación de sexo, sino, una vez más, una decisión de justicia procesal «ordinaria», de modo que anulará la decisión recurrida y le devolverá las actuaciones para que se pronuncie sobre el fondo. Otro ejemplo de justicia social dilatada en el tiempo por un exceso de rigor procesalista, como evidenciará, a mi juicio con mejor razón, el voto minoritario. En él se indica que la sala debió entrar en ese aspecto concreto y estimarlo, pues tiene todos los elementos de juicio para hacerlo, evitando la dilación –indebida– del juicio.

El fallo de la sala no es de protección sobre el fondo, reconociendo la nulidad del despido por discriminación de sexo, sino de justicia procesal «ordinaria», y devolverá las actuaciones. Otro ejemplo de justicia social dilatada en el tiempo por un exceso de rigor procesalista

Atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, el despido debió calificarse ya por el TS como nulo. Así se desprendería de una doctrina jurisprudencial social consolidada

(por ejemplo, STS de 11 de enero de 2018, rec. 26/2016). Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, y que determinaría:

[...] la estimación del recurso limitado a la calificación del despido de que fue objeto la trabajadora, que ha de calificarse como nulo, reafirmando que la calificación [...] correspondiente al despido de la persona trabajadora es misión exclusiva del juzgador, con independencia de la petición vertida en la demanda [...] (voto particular).

¿Al menos en el voto particular emerge el principio de diligencia debida en la protección de la igualdad de género, en particular frente a la discriminación por maternidad sufrida? No, ya se anticipó que no. La cuestión se resuelve desde la legalidad ordinaria. Sin embargo, aquí hubiese sido muy oportuno traer a colación la perspectiva de género (inherente al caso), porque hubiese ayudado mucho, a mi entender, en la solución correcta de la situación, otorgando la tutela de forma efectiva en casación, sin tener que esperar a una nueva decisión de suplicación.

Al menos tendrá una «segunda oportunidad» para impetrar justicia social de género, cabría resignarse, llamando a una mayor diligencia profesional en la redacción de las demandas, desde su inicio hasta el suplico. Ya hemos visto que no siempre sucede así, y vamos a insistir en ello, por lo que las situaciones que se crean ante la falta de perspectiva de género jurisprudencial pueden ser mucho más lacerantes desde este prisma. Lo vamos a comprobar de inmediato.

5. Una ausencia de perspectiva de género lacerante: ¿la reprobación de un doble acoso por maternidad, uno por hijo, constatado por una doble autoridad, judicial e inspectora, no merece revisar una vieja jurisprudencia social menos garantista que de aplicarse leyes civiles? En efecto, mucho más siniestro es el horizonte para la trabajadora que, dos veces acosada moral y discriminadamente por maternidad, repitiendo la misma secuencia en cada uno de los alumbramientos y posteriores trabajos de cuidar derivados que tuvo que afrontar, se ve en la calle y sin un euro de indemnización, porque, para la jurisprudencia, «consintió el despido». Más que una paradoja resulta un sarcasmo jurídico e ilustra, a mi juicio, una inversión de la tarea o función que le es propia a la jurisdicción ex [artículo 4 de la LOIEMH](#) en relación con el [artículo 9.2 de la CE](#): hacer remoción de obstáculos –de nuevo procesales– allí donde emerjan, no levantarlos allí donde no se deberían dar. En mi valoración –siempre respetuosa con la función jurisdiccional de tan Alto Tribunal y solo efectuada en cumplimiento de la función de crítica jurídico-social que es propia de la doctrina científica–, por las razones que de inmediato sintetizaré, esa es la discrepancia que, desde una perspectiva de género, amerita la [STS 330/2020, de 14 de mayo](#).

En ella, el principio internacional de diligencia debida ([CEDAW](#)) hace mutis por el foro y la transversalidad reseñada para el [artículo 4 de la LOIEMH](#) vuelve a ceder a una interpretación procesal que, sin embargo, constituye un residuo del pasado. Un pasado en el que las desigualdades entre el poder resolutorio de las personas empleadoras (la mayoría de sexo masculino) y las

facultades análogas de las personas que trabajan asalariadamente para ellas saltan del plano fáctico al normativo, sustantivo y procesal. Paradójicamente, las razones –incluso sinrazones, por arbitrariedad– de la persona empleadora se protegen mejor en el ámbito laboral que resultaría de una ley civil, más garantista en

Paradójicamente, las sinrazones –por arbitrariedad– de la persona empleadora se protegen mejor en el ámbito laboral que resultaría de una ley civil

estos casos para las razones de las personas trabajadoras, deviniendo las normas –sustantivas y procesales– sociales un auténtico «privilegio» para la empleadora. Una situación que, si cabe aceptar desde un enfoque de legalidad ordinaria ([art. 50 ET](#); [art. 26 LRJS](#)), por así decirlo la ley y no ser cuestionada hasta el momento por ningún tribunal, que sí ha ido modulando ese efecto de favor hacia los intereses empresariales, deviene inasumible de plano cuando el «privilegio procesal empleador» tiene como resultado un «grave perjuicio procesal de género».

Vamos a verificarlo, brevemente. Una trabajadora sufre, como se decía, doble acoso moral y discriminatorio por razón de maternidad, uno por hijo. Así lo constatan tanto la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como la instancia judicial, que extingue el contrato por ello, tras la demanda por la trabajadora ex [artículo 50 del ET](#) y la suspensión judicial, en tutela cautelar ex [artículos 79 y 180.4](#) de la LRJS expresamente pedida –no es obligatoria, sino potestativa, pero lo hizo la defensa actora–. Pero, desafortunadamente, en suplicación la sentencia es revocada y anulada por una acumulación indebida de acciones. ¿Otro problema de vuelta a empezar la justicia social de género? No, aquí la sucesión de negligencias profesionales –de la defensa y judicial– conducirá a un resultado fatal.

La trabajadora demandó ex [artículo 50 del ET](#), expresando las razones tanto en la papeleta como en la demanda. Hasta aquí no hay incongruencia. Pero, después de presentar la demanda extintiva y la demanda de justicia cautelar, obtenidas ambas, la empresa, haciendo un uso oportunista de su poder de ejecutividad inmediata de la decisión de despedir, extingue el contrato. Sin que se alcancen las razones por las cuales la trabajadora no impugnó el despido, acumulando la acción en virtud del [artículo 26.3 de la LRJS](#), el hecho es que no lo hizo. Consecuentemente, aplicando la más tradicional doctrina jurisprudencial que excluye efecto resolutorio automático al [artículo 50 del ET](#), exigiendo la declaración judicial –aunque la prestación de servicios pueda estar suspendida, bien de derecho bien de hecho–, mientras que se interpreta el [artículo 54 del ET](#) (la trabajadora fue despedida por no incorporarse al trabajo tras la baja laboral, obedeciendo su ausencia a la decisión judicial que amparaba su no incorporación al trabajo en tal ambiente hostil) como expresivo de un poder extintivo de efectos inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio de la demanda judicial, el TS dará por extinguida la relación y, por lo tanto, validará el despido.

El TS dará por extinguida la relación y, por lo tanto, validará el despido. Y con él, el doble acoso moral por razón de maternidad

Y con él, el doble acoso moral por razón de maternidad. ¿Por qué desestima el impacto de la perspectiva de género que sin duda

tiene el asunto en el juicio mismo de efectividad de la ley aplicable y que seguro aplicó ex artículo 4 de la LOIEMH? No, no lo desestima, ni siquiera lo contempló, pese a que es manifiesto, de libro.

De nuevo, no solo no se usa en favor de la solución más favorable al derecho de igualdad y prohibición de discriminación, sino que ni tan siquiera se plantea la sala la cuestión de la validez de esa norma y de esa jurisprudencia cuando estamos ante un marcadísimo estereotipo de género, además de una violación flagrante y de extrema gravedad del derecho. Dos acosos consecutivos, una denuncia a la autoridad laboral, dos acciones judiciales –extintiva ex art. 50 ET y de suspensión cautelar de su obligación de prestar servicios ex arts. 79 y 180 LRJS–, y se concluye que el despido es «consentido» sobre la presunción –conforme a la ley procesal social, peyorativa respecto del art. 1.124 CC– de que «consiente» tan descarnado despido: la empresa lo hace oportunistamente –tras las varias demandas– y lo basa en la no incorporación a un ambiente laboral que se constata es psicosocialmente tóxico, por acosador, vejatorio, humillante, etc. Curiosamente, el resultado en este caso es que mientras que la trabajadora demandante debe ser coherente en el momento de conciliación y en el de la demanda, so pena de incongruencia, la empresa puede actuar de un modo en la conciliación, de otro en la impugnación de la demanda extintiva ex artículo 50 del ET y en cualquier momento antes del juicio. La carga de coherencia impugnatoria es de la trabajadora.

6. Persistentes deficiencias de justicia de género ordinarias en materia de principio de igualdad retributiva: el reclamo a la –dilatada– justicia de amparo constitucional.

Vemos cómo las continuas deficiencias de la justicia social de género en la jurisdicción ordinaria, con mayor o menor frecuencia, con más o menos intensidad, en todos sus niveles, reclaman necesariamente acudir a otros ámbitos jurisdiccionales del actual sistema completo o multinivel de protección, como son los internacionales (comunitario –TJUE– y europeo –TEDH–), pero también, pese a su gran pérdida de confianza, el constitucional. Al margen de las dificultades para obtener el amparo, en la medida en que solo un porcentaje muy exiguo de recursos son admitidos, reduciéndose de forma notable el número de estimados, queda claro que, incluso con éxito en esta instancia, de carácter extraordinario, implicará un notable retraso en la justicia social de género impetrada. Los tiempos de resolución constitucional son muy, demasiado, dilatados, con el perjuicio en sí que ello genera, amén –como se recordará– de ciertas limitaciones de esta justicia constitucional –por ejemplo, ausencia de resarcimiento económico–. Desde esta perspectiva, sorprende que cuestiones de prohibición de discriminación por razones de género también ya consolidadas, como serían las relativas a la igualdad retributiva, sigan necesitando amparo extraordinario.

Las continuas deficiencias de la justicia social de género en la jurisdicción ordinaria reclaman necesariamente acudir a otros ámbitos jurisdiccionales del actual sistema completo o multinivel de protección, como son los internacionales y también el constitucional

De nuevo, razonemos sobre el ejemplo. En uno de los últimos BOE con publicación de sentencias constitucionales hallamos la [STC 129/2020, de 21 de septiembre](#). No contiene novedad sustantiva, porque reitera la doctrina fijada poco más de 2 meses antes ([STC 79/2020, de 2 de julio](#)). Lo llamativo de la misma es que es la séptima decisión constitucional de una larga saga de sentencias que ilustran las persistentes deficiencias de tutela jurisdiccional ordinaria en materia de igualdad retributiva por razón de sexo, en especial en lo que concierne a los complementos de retribución variable y la recurrente penalización por los mismos de ejercicio efectivo de los derechos de conciliación. En todas ellas son idénticos el asunto, el razonamiento jurídico y la limitada solución de justicia laboral de género (el amparo no conlleva la atribución directa de protección, sino que devuelve las actuaciones a la sede jurisdiccional ordinaria –justicia de género dilatada–, sin que haya pronunciamiento indemnizatorio alguno –justicia constitucional de género subestimada–), pese a reconocer el amparo pedido.

En apretada síntesis, la saga constitucional concluye, en contra de las decisiones de los varios niveles judiciales ordinarios intervinientes, que fijar un sistema de descansos retribuidos («salientes de guardia»), sin perjuicio de su complejidad, tiene como efecto penalizar a las médicas de un hospital malagueño por su reducción de jornada vinculada al trabajo de cuidar (por encima de la complejidad técnica

La saga constitucional concluye, en contra de las decisiones de los niveles judiciales ordinarios intervinientes, que fijar un sistema de descansos retribuidos tiene como efecto penalizar a las médicas

el resultado es: computa 4,69 horas en lugar de 7 horas, debiendo trabajar 69,3 horas más anuales –879,71 en lugar de 810,41–) y es doblemente discriminatorio. De un lado, directa por causa de una condición laboral (jornada parcial-reducida respecto de la completa). De otro, indirecta por razón de sexo-género (el trato desigual vendría motivado por utilizar un derecho de titularidad no sexuada, pero cuyo ejercicio sí está sexuada, ante la abrumadora sobrerrepresentación femenina en el trabajo de cuidar). En suma, la entidad –hospital público malagueño gestionado bajo forma privada– aplicaría una reducción doble, pues:

[...] ante una misma situación (guardias de 10 horas), que generan el derecho a un descanso retribuido (7 horas), no puede [...] asignarle otro (de 4,69 horas), so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar. No existe [...] justificación razonable que legitime el diferente trato recibido [prohibición de desigualdades objetivamente injustificadas].

Prohibición además discriminatoria por asociarse al ejercicio de un derecho relacionado con la maternidad (incluye el trabajo de cuidar). Aunque el método es formalmente neutro, perjudica a un número mayor de mujeres que de hombres (FJ 4.º; [STC 91/2019](#)). La perspectiva de género es manifiesta, al incidir de modo singular y peyorativo en las mujeres ([STC 108/2019, de 30 de septiembre](#)).

Consciente en buena medida el TC de que se ve, de este modo, obligado a admitir ciertos asuntos con «transcendencia constitucional» que seguramente deberían haber encontrado una efectiva tutela en la justicia ordinaria, expresará que con esta intervención extraordinaria no solo «aclara la doctrina existente sobre la discriminación indirecta por razón de sexo», sobre la que tiene un cuerpo doctrinal muy consolidado –que debería ser suficientemente comprendido para su aplicación práctica, efectiva–, sino que también aprovecha la oportunidad para:

[...] insistir en la necesidad de cumplimiento de su jurisprudencia en la materia, abundando para ello en sus parámetros generales y concreción aplicativa, evitando, en lo posible, dudas ulteriores sobre su alcance que puedan dar lugar a inaplicaciones objetivas [...] (STC 146/2019, de 25 de noviembre, FJ 2.º).

No solo nosotros, el TC también es consciente de que lo teóricamente conocido no es sinónimo de efectivamente aplicado por la justicia ordinaria, a la que deja un aviso a navegantes. Justamente, si la justicia ordinaria de suplicación hubiese tenido en cuenta la doctrina coetánea del TS (por ejemplo, STS 43/2017, de 24 de enero –discriminación retributiva respecto de las guardias médicas

No solo nosotros, el TC también es consciente de que lo teóricamente conocido no es sinónimo de efectivamente aplicado por la justicia ordinaria, a la que deja un aviso a navegantes

de una facultativa en virtud de la adaptación de su puesto de trabajo por una situación de riesgo durante el embarazo–), dándole una interpretación expansiva, con enfoque de género, en vez de realizar una interpretación restrictiva y de mera legalidad ordinaria, primando la libertad de fijación de retribuciones de la entidad, la justicia ganaría no solo en efectividad, sino también en celeridad, estando tan urgida de ambas, como predica el artículo 24 de la CE. Lamentablemente no es así, y todos los asuntos tendrán que volver a la sede ordinaria para que se pronuncie otra vez, pero ya teniendo en cuenta la vulneración del derecho fundamental y, otra vez, asistiremos a la incertidumbre de una justicia social que infraestima el daño discriminatorio. El TC sigue dejando fuera de su jurisdicción (pese al varapalo en su día del TEDH) esta cuestión «monetaria», que no le atañe, sino que atribuye en exclusiva a la jurisdicción ordinaria. Vuelva a empezar, pues.

7. No, la igualdad de género no es (solo) una «cuestión jurídico-social de mujeres»: el efecto de irradiación o reflejo de la protección de género a favor de las mujeres en la igualdad retributiva –componente variable– de los hombres-cuidadores. La «generosidad» que cualifica la condición de madre (general) se predica –en gran medida– de los derechos asociados. Nacidos para compensar su histórica –aun persistente– situación de desventaja sociolaboral, se han ido extendiendo a los hombres, a los padres (hoy el «otro progenitor» –con lenguaje inclusivo, pero algo enlatado y desnaturalizado–). Por lo tanto, se ha venido

creando una relación de beneficiosa reciprocidad, de manera que la protección de la que vienen gozando los derechos de conciliación ya ha dejado de estar «sexuada», para proyectarse en ambos «géneros».

Consecuentemente, la perspectiva de género en el enjuiciamiento social, también en la legislación, no puede entenderse como una serie de políticas de favor hacia las mujeres, aunque estas necesiten medidas específicas para corregir las desigualdades de derecho y *de facto*, como se ha dicho, sino como un método o canon jurídico que promueve la igualdad efectiva –de resultado– entre los dos géneros. De ahí, la emergencia y promoción –no sin equívocos– de un nuevo modelo jurídico de conciliación de los tiempos de vida y de trabajo, como es el basado en la corresponsabilidad ([art. 44 LOIEMH](#)) y que tiende a configurarse como un nuevo principio jurídico derivado de la igualdad de género, pero real, efectiva, no meramente formal. Justamente, en su defensa, la Sala Cuarta del TS no ha tenido rubor alguno en abroncar una demanda sindical de conflicto colectivo en la que, también para el sector de grandes almacenes, parecía sugerirse:

[...] la idea de que la conciliación de la vida familiar y profesional es netamente femenina. Por el contrario, el mantenimiento de la insinuación de que los derechos de conciliación son derechos de las mujeres perpetúa los mecanismos de discriminación. De ahí que consideremos que resulta perfectamente ajustado a los fines de lograr la igualdad de oportunidades el que [...] el convenio atribuya el beneficio sin distinción, fomentando así la corresponsabilidad familiar mediante el otorgamiento de medidas de conciliación no sesgadas ([STS 190/2020, de 3 de marzo](#), FJ 2.º, punto 3; visión presente también en la citada [STS 815/2019, de 3 de diciembre](#)).

Justamente, entre las frases más célebres –hoy difundidas en todas las redes sociales y medios de comunicación con motivo de su lamentable fallecimiento– de la, ya legendaria, jueza Ruht Bader Ginsburg está: «Las mujeres habrán alcanzado la verdadera igualdad cuando los hombres compartan con ellas la responsabilidad de criar a la próxima generación».

Tratando de llevar esa máxima a la práctica (hoy muy alejada de ese modelo, sino más bien persistentemente opuesta a él) por parte de nuestra Sala Social del TS (ahora también, con todo mérito, presidida por una mujer), la [STS 793/2020, de 23 de septiembre](#) (confirmando la [Sentencia de la Audiencia Nacional 198/2018, de 18 de diciembre](#)), considerará como práctica retributiva discriminatoria por razón de género la política de remuneración variable establecida en una entidad financiera y en virtud de una normativa interna (Reglamento Valora), previamente acordada (acuerdo sobre el abono de incentivos variables en situación de baja). La razón de la nulidad judicial estriba en que el sistema de retribución variable penaliza al colectivo de trabajadores que disfruten del permiso de paternidad, no

La perspectiva de género en el enjuiciamiento social no puede entenderse como una serie de políticas de favor hacia las mujeres, sino como un método o canon jurídico que promueve la igualdad efectiva –de resultado– entre los dos géneros

así a quienes disfruten de permisos netamente asociados a la maternidad (incluye lactancia natural, riesgo por embarazo, etc.), incluso los permisos de baja por incapacidad temporal. Así lo exigiría el derecho de la Unión Europea (art. 16 [Directiva 2006/54](#)) y sus precedentes fundamentales en esa doble vertiente de igualdad retributiva de sexo y corresponsabilidad ([STS 10/2017, de 10 de enero](#)).

Precisamente, en este precedente se recordaba que, entroncando tanto la maternidad como la paternidad con el concepto comunitario de «permiso parental» (concepto más amplio, pero innominado en nuestra legislación –al menos de momento²–), la prohibición constitucional de discriminación alcanzaría a los permisos de paternidad, pues «las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres [...]».

Entroncando tanto la maternidad como la paternidad con el concepto comunitario de «permiso parental», la prohibición constitucional de discriminación alcanzaría a los permisos de paternidad

Cierto, consciente el TS de la doctrina constitucional que rechaza la plena identidad de ambos permisos por nacimiento ([STC 111/2018](#) –y una larga saga de decisiones en el mismo sentido–), pese a la equiparación legal –progresiva– de su duración ([art. 48 ET](#)), tratará de eludirla. No hay que comparar maternidad y paternidad –dice–, sino valorar si la práctica retributiva de la empresa que da un tratamiento peyorativo, en lo que concierne a la retribución variable, es acorde con la [LOIEMH](#), dado que esta parte de la corresponsabilidad en el trabajo de cuidar y, en consecuencia, toda norma o práctica que fomente la sobrerrepresentación de la mujer en él o, al contrario, desincentive la presencia del hombre en su realización sería contraria al principio de igualdad de género ex [artículo 14 de la CE](#), en su dimensión de prohibición discriminatoria. La posición del TS es clara al respecto. Esta práctica incurre tanto en desigualdad de tratamiento, en relación con los hombres que no ejercen este derecho, como en discriminación de sexo, porque desincentivar el disfrute, total o parcial, del permiso de paternidad significa perpetuar los estereotipos de género que hacen de la mujer la principal responsable del trabajo de cuidar: «[...] lo cual es, una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares [...]».

Aflora, de este modo, en una nueva versión, la preocupación jurisprudencial por evitar la figura del «varón discriminado», ahora en su condición de «padre-corresponsable».

² Recuérdese que la [Directiva 2019/1158/UE](#) (el plazo final de trasposición se fija para el 2 de agosto de 2022, para los permisos, y el 2 de agosto de 2024, respecto a las prestaciones) distingue entre el «permiso parental» (se mantiene su duración mínima, aunque aumenta 2 meses los no transferibles) y el «permiso de paternidad» (vinculado al nacimiento del hijo, para el que se prevé la pírrica duración mínima de al menos 10 días laborables).

Condición que se presume por la mera finalidad perseguida por el permiso de paternidad, pero sin fijar un factor más concreto o real, como pareciera exigir la [STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18](#). ¿Se ajustan plenamente ambos cánones jurídicos, el del TS y el del TJUE? Asimismo, el TS parece abrirse a una nueva dimensión de la discriminación indirecta por razón de sexo, pero ¿estamos en este caso realmente ante una discriminación indirecta o es más bien refleja o por asociación?

Aflora, de este modo, en una nueva versión, la preocupación jurisprudencial por evitar la figura del «varón discriminado», ahora en su condición de «padre-corresponsable»

Por supuesto, no puedo entrar aquí mínimamente en dilucidar tan interesante cuestión, no solo conceptual, también de utilidad práctica, que hubiera requerido del TS mayor atención, sobre todo atendiendo a la más reciente doctrina constitucional y comunitaria (para un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo con efectos de favor hacia los derechos del varón, de gran interés es la [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-486/18](#)) en la materia. Tan solo pretendo aquí dejar constancia de esta nueva dimensión de la discriminación, que acaba de recibir una especial confirmación en la [STC 71/2020, de 29 de junio](#) (un análisis de la evolución de este concepto puede verse en el artículo del profesor José Sánchez Pérez). Tampoco es desconocida para el TS, más bien al contrario (por ejemplo, la citada [STS de 29 de enero de 2020](#) –prestación de familiares en el SOVI–).

A mi juicio, en la [STS 793/2020, de 23 de septiembre](#), subyace una discriminación refleja por razón de sexo (además de directa en razón con las cargas familiares), pues realmente el peso argumental se centra en la protección que merece derivada de la relación entre ambos cónyuges en el trabajo de cuidar. De este modo, obstaculizar que uno de los cónyuges-progenitores ejerza de forma responsable sus cargas familiares irradiaría o reflejaría, de inmediato, un perjuicio para el otro, normalmente para la mujer, que es la que tiene más presencia en el trabajo de cuidar. De ahí que esta conclusión de discriminación se alcance sin necesidad de acudir a datos estadísticos o un criterio de notoria afección objetiva o concreta. Consecuentemente, la crítica que merece la sentencia no residiría ni en el sentido de su fallo –correcto– ni en la calificación, sino en la falta de precisión sobre el concepto de discriminación por razón de sexo que asume. Dejados en este laconismo y vaporosidad los criterios hace flaco favor a la comprensión de las cuestiones de género (por ejemplo, ¿puede prescindir de una prueba mínima de la relación directa, no indirecta o refleja, entre la diferencia de trato y el perjuicio o cabe que sea presumida de la notable brecha de género en el trabajo de cuidar, pese al rechazo de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#)?).

Se echa en falta en el razonamiento del TS la transparencia del razonamiento de la [STC 71/2020](#). Esta, con toda claridad, muestra las «dificultades de encuadramiento conceptual» de la compleja realidad en la

Se echa en falta en el razonamiento del TS la transparencia del razonamiento de la STC 71/2020

dicotomía discriminaciones directas e indirectas por razón de sexo. De ahí la utilidad del concepto –comunitario y europeo– de discriminación por irradiación, refleja o por asociación, a fin de profundizar en una mayor protección efectiva del derecho–principio a la igualdad de trato por razón de sexo. En el caso enjuiciado, la entidad pública empleadora –Servicio Vasco de Salud– no concedió permiso laboral retribuido de 2 días a una enfermera, solicitado para atender a su hermana hospitalizada por parto. Para la empleadora, tal situación estaba excluida del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, pues el parto no es una enfermedad grave, aunque el acuerdo contempla tanto la enfermedad grave como la hospitalización.

Partiendo de la [STC 91/2019, de 3 de julio](#) (FJ 4.º), concluye que la interpretación del artículo 47.1 c) del acuerdo implica una consideración de la mujer hospitalizada por parto diferente de la que se otorgaría al hombre hospitalizado. De ahí que sea «un caso evidente de discriminación indirecta» refleja, habida cuenta de que ha sido:

[...] una interpretación o aplicación de la norma la que ha producido los efectos desfavorables, sin que los poderes públicos hayan podido probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo.

Siendo discriminación indirecta no se requiere un término de comparación (como sí se requiere cuando se trata de prohibición de trato desigual sin contar con una justificación objetiva y razonable). A la luz de las peculiaridades del caso, el TC recuerda que tanto el TJUE como el TEDH han admitido la discriminación refleja (por ejemplo, [STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Coleman](#), y Sentencia del TEDH –STEDH– de 22 de marzo de 2016, asunto *Guberina c. Croacia*, § 79).

En suma, vemos cómo el TC parece abrirse más que la propia jurisdicción ordinaria a la innovación o, al menos, a la profundización de los conceptos clásicos en materia de protección de la igualdad efectiva por razón de sexo –piénsese, por ejemplo, en el nuevo concepto de la discriminación múltiple ([STC 3/2018, de 22 de enero](#))–, aunque, como es sabido, viene mostrando una posición algo recelosa

respecto de la perspectiva de género propiamente como método jurídico para renovar algunas de las construcciones más sólidas de su doctrina. Aunque esta falta de transparencia conceptual puede ser una «deficiencia menor», si nos centramos tan solo en el resultado (fallo estimatorio), dado que ha reconocido la protección favorable a la equidad de género, no menos cierto es que, en otros casos más difíciles, las soluciones pueden volverse más difusas, incluso ser diferentes, opuestas. Máxime, si los criterios jurídicos de referencia

El TC parece abrirse más que la propia jurisdicción ordinaria a la innovación o, al menos, a la profundización de los conceptos clásicos en materia de protección de la igualdad efectiva por razón de sexo

son más evanescentes, incluso pantanosos, como sucede en el complejo y problemático mundo de las relaciones de trabajo a tiempo parcial, tanto horizontales como verticales, y en las que, desde hace décadas, se acumulan los mayores yacimientos de discriminación indirecta de sexo.

8. Una dimensión de la igualdad retributiva por razón de sexo orillada: ¿la indemnización por despido improcedente de las personas trabajadoras fijas discontinuas? El problema vuelve a tener actualidad en relación con la –también referida– [STS 730/2020, de 30 de julio](#). En ella se ha rechazado dar una *vis expansiva* a la doctrina comunitaria ([Auto del TJUE –ATJUE– de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18](#)) que exige fijar las retribuciones de carácter complementario de las personas fijas discontinuas (trabajo parcial vertical) atendiendo a la duración del vínculo. La «antigüedad en el servicio» se identifica con los periodos de actividad, no el total de vinculación, a diferencia del complemento de antigüedad, que, al revés, se vincularía al tiempo de duración del vínculo, no a la prestación efectiva de servicios (por ejemplo, [STS 852/2019, de 10 de diciembre](#)).

En una primera –y superficial– aproximación, podría pensarse que nada tienen que ver uno y otro asunto, pues en este tema ni habría una cuestión retributiva, sino indemnizatoria, por lo tanto, extrasalarial, ni una perspectiva de género, porque quien reclama es un varón. Ahora bien, conviene tener presente que, de un lado, en aquellos sectores de relaciones indefinidas o fijas discontinuas donde concurra una especial feminización, como sucede en la AEAT, emerge, por mandato del [artículo 4 de la LOIEMH](#), la dimensión de género. De otro, allí donde concurra esta faceta, deberá tenerse en cuenta el concepto amplio de retribución que establece el artículo 157 del [TFUE](#), a efectos de igualdad de trato por razón de sexo y que incluye la indemnización, «una forma de retribución diferida [...], con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de empleo» ([STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-486/18](#), apdo. 72). Concepto amplio que reflejan tanto el [artículo 28 del ET](#) como sus normas de desarrollo ([RD 902/2020, de 13 de octubre](#)). El [artículo 11 del Real Decreto 902/2020](#) proyecta una visión igualmente expansiva de la igualdad retributiva de las personas trabajadoras a tiempo parcial.

Así, expresamente prevé que el principio de proporcionalidad retributiva solo se aplicará con una doble condición –se entiende que valorada restrictivamente–: que lo exija la finalidad o naturaleza de la retribución y, además, que así se establezca por una disposición legal, reglamentaria o por convenio colectivo. Naturalmente, debe tenerse como regla implícita la conformidad total de esas reglas al propio principio de igualdad, dada la sujeción de la autonomía colectiva. En todo caso, el propio reglamento cuida de explicitar la dimensión de género que ha de atenderse de forma inexorable, pues toda reducción proporcional «deberá garantizar asimismo que no tenga repercusión negativa alguna en el disfrute de los derechos relacionados con la maternidad y el cuidado de menores o personas dependientes». Precisamente por ello, la [disposición adicional decimonovena del ET](#) exige que, en caso de reducción de jornada por guarda legal ex [artículo 37](#) –también para el ejercicio a tiempo

parcial de los permisos por nacimiento ex [art. 48 ET](#)–, la indemnización ha de fijarse atendiendo a los salarios correspondientes a un servicio a tiempo completo (de forma análoga al [art. 270.6 LGSS](#) para las prestaciones por desempleo en estas situaciones).

En esta reforma subyace la doctrina de la citada [STJUE de 8 de mayo de 2019 \(C-486/18\)](#), en la que se constata también una discriminación indirecta por razón de sexo. ¿Podría aplicarse este acervo jurídico comunitario y nacional, renovado a la estela de aquel, para la indemnización por despido improcedente para las personas trabajadoras a tiempo parcial, e incluso fijas discontinuas (parcialidad vertical), en los casos en que se acredite la sobrerrepresentación de la mujer en tales relaciones laborales?

No, para el TS. De inicio, omite todo razonamiento respecto a la cuestión de género y prefiere quedarse sea en la literalidad del [artículo 56.1 del ET](#) (este precepto contempla un sistema de cálculo que integra el criterio del prorrateo), sea en la valoración que el [ATJUE de 15 de octubre de 2019](#) hace de la *pro rata temporis* (el TJUE prohíbe la doble repercusión, no la proporcionalidad en sí –también la [STJUE de 13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17](#), para el derecho a vacaciones–), sea, finalmente, por la inexistencia de una situación subjetivamente comparable. A su juicio, no habría real diferencia de trato entre ambas modalidades (fijas continuas y fijas discontinuas), y, en todo caso, estaría justificada. No existiría diferencia real porque en ambos casos percibirían la misma indemnización por despido si se prestan «servicios durante un lapso temporal igual a la suma de los periodos de ocupación del fijo discontinuo y [...] percib[en] el mismo salario regulador del despido. En ambos casos se computan los servicios efectivamente prestados [...]». Además, y para el caso de que se entendiera existente esa diferencia de trato, se valora justificada porque:

[...] el trabajador [como puede verse, el lenguaje inclusivo no va con la Sala Social del TS] que presta servicios a tiempo completo carece de las oportunidades de pluriempleo que tiene el trabajador fijo discontinuo, lo que justifica el régimen indemnizatorio de este último».

Este criterio deviene irrealista si se atiende a la perspectiva de género. Si la mayor parte de las personas que trabajan a tiempo parcial no eligen esa modalidad de forma voluntaria, sino por no hallar otra vía de empleo, y si tal situación se vincula estrechamente al cuidado familiar, en el caso de las mujeres, la mayoría, ¿es razonable atribuirles mayores oportunidades para lograr un empleo complementario (expectativas de pluriempleo)? Tengo muchas dudas.

Si la mayor parte de las personas que trabajan a tiempo parcial no eligen esa modalidad de forma voluntaria, sino por no hallar otra vía de empleo, y si tal situación se vincula estrechamente al cuidado familiar, en el caso de las mujeres, la mayoría, ¿es razonable atribuirles mayores oportunidades para lograr un empleo complementario (expectativas de pluriempleo)? Tengo muchas dudas

9. *Eppur si muove: la vis expansiva de la perspectiva de género en el juicio social es irrefrenable, aunque requiere mayor capacitación y rigor jurídicos.* Aunque no siempre se use de la forma correcta, la perspectiva de género en el momento de la decisión jurisdiccional está siendo, y lo será todavía más, una de las mayores novedades culturales, no solo metodológicas, del derecho de nuestro tiempo. No hay orden jurisdiccional que se resista. Por ejemplo, predica la igualdad de retribuciones en las relaciones societarias por razón de sexo la [Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona 332/2020, de 20 de octubre](#). Dejo aquí de lado la cuestión de si en los planes de igualdad debe darse transparencia a las retribuciones de las personas que integran los consejos de administración societaria. Así lo piden las representaciones sindicales y lo rechazan las empresas (excluidos del ET por el [art. 1.3 c](#)), la retribución en estos casos goza de gran libertad de fijación ex [art. 217.2 Ley de sociedades de capital](#)). No creo que la nueva regulación –remito al [comentario de actualidad de doña María de los Ángeles García](#) que incorpora el número– pueda alterar esta situación, pese a su *vis expansiva* (arts. [7.2](#) y [4 RD 902/2020](#)).

Lo destacable en la sentencia es la reprobación que hace el órgano jurisdiccional de lo mercantil ante uno de los argumentos de la demanda por nulidad de determinados acuerdos societarios retributivos de la administradora de la sociedad y a la que se le imputa: «su falta de idoneidad para administrar la mercantil, consecuencia de su edad y de su condición de ama de casa».

Adviértase que es el mismo reproche que el TS portugués hizo para justificar reducir la indemnización civil de daños de una mujer y que la [STEDH de 25 de julio de 2017, asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal](#), reprobó (discriminación múltiple por sexo y edad: reducción indebida de la cuantía indemnizatoria por daños en intervención ginecológica, al tratarse de una mujer de 50 años, con vulneración de los arts. 14 y 8 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)). Pues bien, en el marco de la relación societaria referida, la juzgadora de lo mercantil advirtió claramente que se estaba expresando un prejuicio típico de los estereotipos sexistas, por lo que procede:

[...] integrar obligatoriamente la perspectiva de género en la interpretación del derecho a ser retribuida en las mismas condiciones que un hombre o que una mujer que no ejerza un rol tradicional, sin discriminación de edad ni de género, conforme lo previsto en el art. 4 de la Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [...]. [Así lo demanda el] principio de diligencia debida que exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), [...] respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo de este derecho humano para lograr la igualdad *de facto*, que no [solo] *de iure* [...] (FJ 5.^o).

La sentencia no puede ser más precisa en el significado de la perspectiva de género, pero también revela un uso oportunista de la misma, porque la decisión del fondo del asunto ya la había tomado atendiendo a argumentos de legalidad ordinaria. Realmente la llamada al canon de género actúa a mayor abundamiento. El orden jurisdiccional social no es

tampoco ajeno a un doble vicio hermenéutico, o a su exceso de invocación, reduciendo el canon de género a un típico argumento a mayor abundamiento, o a su defecto de integración, ignorando la perspectiva de género que, sin embargo, resulta obligatoria, no opcional. En ambos casos, aunque con impacto distinto, se impone la hermenéutica tradicional sobre la hermenéutica de género, determinante no solo para resolver dudas interpretativas, sino para integrar lagunas y corregir antinomias. Así lo hemos ilustrado en las páginas precedentes. Y las referencias podrían seguir. Piénsese en la reciente [STS 784/2020, de 17 de septiembre](#), que confirma la procedencia de un despido por absentismo de una trabajadora, conforme a la regulación precedente a la derogada. Esta sentencia asume plenamente la validación constitucional de aquella regulación y no plantea juicio de convencionalidad alguno ex [artículo 96 de la CE](#), como sí hizo la [STSJ de Cataluña 240/2020, de 16 de enero](#). En consecuencia, el despido por absentismo procedente sigue ganando causas después de su «muerte» (derogación) y mantiene su vigor, aún como derecho transitorio, al margen de toda cuestión de género, pese a que tanto los votos particulares de la [STC 118/2019, de 16 de octubre](#), como la propia legislación, acogiendo tal canon jurídico de invalidez, evidencian la dimensión o perspectiva de género de esta figura. Una vez más, el TS ni tan siquiera repara en esa dimensión, cuando parecía manifiesta, al tratarse de una trabajadora y ser muy evidente la prueba estadística de la mayor prevalencia en ellas de este tipo de situaciones.

Con ello solo pretendemos seguir animando un debate de crítica constructiva, por el compromiso científico-cultural con la igualdad efectiva.

En última instancia, como también afirmara la jueza Ruth Bader Ginsburg:

Los disensos le hablan a un tiempo futuro. No se trata solamente de decir «mis colegas están equivocados y lo haría de esta manera». Los mayores disensos se convierten en opiniones de la corte y gradualmente, con el tiempo, su visión se transforma en la visión dominante.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). Una «cuestión de género» en la justicia social: asignatura aún pendiente, también del Tribunal Supremo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 5-30.



La problemática relativa al sistema español de negociación colectiva: criterios jurisprudenciales y algunas cuestiones pendientes

Rubén González Rodríguez

Asociado junior del Departamento de Derecho Laboral de Uría Menéndez Abogados

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña Verónica Martínez Barbero, don Faustino Cavas Martínez, don Jordi García Viña, doña Lourdes Mella Méndez, don Cristóbal Molina Navarrete, doña Susana Rodríguez Escanciano y doña Aránzazu Vicente Palacio.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

El sistema español de negociación colectiva ha sufrido cambios sustanciales como consecuencia de las continuas modificaciones que se han realizado durante la última década. En el presente trabajo vamos a tratar algunos de los aspectos más problemáticos en torno a dos figuras que han sido objeto de intensos debates en el ámbito de la doctrina científica y judicial, hasta que el Tribunal Supremo ha marcado de una forma más o menos estable la línea interpretativa a seguir, como son la limitación de la ultraactividad de los convenios colectivos y la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial. De igual forma, nos vamos a ocupar de otros aspectos que no han recibido la atención que merecían, y que en definitiva no han sido objeto aún de una respuesta por parte de nuestros tribunales, como es la incidencia de los grupos de empresas laborales en la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de las empresas que conforman el grupo. Finalmente, haremos referencia a un fenómeno muy arraigado a nuestro sistema de negociación colectiva como es la subrogación convencional que ha sufrido un duro golpe derivado de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que puede provocar que se convierta en una institución totalmente residual en los convenios colectivos futuros.

Palabras clave: negociación colectiva; legitimación; prioridad aplicativa; contractualización; subrogación.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 09-09-2020 / Fecha de revisión: 16-11-2020

Cómo citar: González Rodríguez, Rubén. (2020). La problemática relativa al sistema español de negociación colectiva: criterios jurisprudenciales y algunas cuestiones pendientes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 31-64.





The problems related to the Spanish collective bargaining system: jurisprudential criteria and some pending issues

Rubén González Rodríguez

Abstract

The Spanish collective bargaining system has undergone substantial changes as a result of the continuous modifications that have been made over the last decade. In the present work we are going to deal with some of the most problematic aspects around two figures that have been the subject of intense debates within the scientific and judicial doctrine, until the Spanish Supreme Court has established in a more or less stable way the interpretative line to be followed, such as the limitation of the extended validity of collective bargaining agreements and the priority application of the collective bargaining agreements at the company level. In the same way, we are going to deal with other aspects that have not received the attention they deserved, and that ultimately have not yet been the object of a decision from our courts, such as the incidence of group of companies for labour purposes in the priority application of the collective agreements of the companies that are member of a group of companies. Finally, we will refer to a phenomenon deeply rooted in our collective bargaining system, such as subrogation derived from a collective bargaining agreement, which has suffered a severe blow as a result of the interpretation of the Court of Justice of the European Union, and which can cause it to become a totally residual in future collective bargaining agreements.

Keywords: collective bargaining; legitimation; priority application; contractualisation; subrogation.

Citation: González Rodríguez, Rubén. (2020). The problems related to the Spanish collective bargaining system: jurisprudential criteria and some pending issues. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 31-64.





Sumario

1. La negociación colectiva como elemento esencial del derecho del trabajo
2. La legitimación para negociar y su incidencia sobre los efectos del convenio colectivo de empresa
 - 2.1. La legitimación de la representación sindical y la eficacia plena del convenio colectivo de empresa
 - 2.2. La legitimación de la representación unitaria y la eficacia limitada del convenio colectivo de empresa
3. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial
 - 3.1. Alcance subjetivo y material de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial
 - 3.2. ¿Tiene incidencia la existencia de un grupo de empresas laboral sobre la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa?
4. El ámbito temporal de los convenios colectivos: efecto limitado de la ultraactividad y la contractualización de las condiciones convencionales
 - 4.1. Inexistencia de convenio colectivo aplicable de ámbito superior
 - 4.2. Existencia de convenio colectivo aplicable de ámbito superior
5. La desnaturalización de las cláusulas subrogatorias convencionales: una interpretación desafortunada
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas



A mi mitad, Alba, por su apoyo incondicional en cada una de las decisiones adoptadas y por su consuelo en los momentos de zozobra.

En definitiva, por ser la esencia de mi vida.

1. La negociación colectiva como elemento esencial del derecho del trabajo

Es evidente que nos encontramos en una situación absolutamente excepcional, en la que las personas estamos viviendo de forma atípica, con unas relaciones sociales muy limitadas como consecuencia de la COVID-19, y el derecho del trabajo, como la rama más social de nuestro ordenamiento, se encuentra en una situación extraordinariamente anómala, en la que todo se centra en figuras totalmente residuales en nuestro ordenamiento laboral como la fuerza mayor, en cambios de paradigmas como la aplicación preferente del teletrabajo o en la creación de instituciones desnaturalizadas como puede ser la prestación por desempleo sin periodo de carencia necesario.

Sin embargo, no podemos obviar que esta situación es perentoria, de manera que, una vez que hayamos superado esta dramática situación, las relaciones sociales volverán de forma progresiva a la normalidad, y, por ende, el derecho del trabajo dejará de ser utilizado como una institución de urgencia para paliar o amortiguar los efectos económicos y sociales derivados de esta pandemia, y recuperará su carácter original, que no es otro que la ordenación de las relaciones entre las empresas y las personas trabajadoras, así como de la representación de ambos.

En esta vuelta a la aplicación ordinaria del derecho del trabajo, no cabe duda de que la negociación colectiva es el elemento esencial y diferenciador de esta rama del ordenamiento jurídico. Nadie puede negar que una de las características del derecho del trabajo es el carácter tuitivo de una de las partes que componen la relación laboral, en este caso, la persona trabajadora, denominado principio *pro operario*, tal y como ha sido reiterado una y otra vez por parte de nuestra jurisprudencia. No obstante, este carácter protector también dimana de otras ramas de nuestro ordenamiento, como el derecho del consumo. Por lo tanto, no es ese carácter tuitivo el que hace al derecho del trabajo una rama única dentro del ordenamiento jurídico.

En este sentido, no cabe duda de que el elemento esencial que convierte al derecho del trabajo en una rama jurídica totalmente diferente al resto del ordenamiento jurídico es la negociación colectiva. A través de ella, quienes actúan bajo su ámbito de aplicación negocian los convenios colectivos, que, si cumplen las garantías y requisitos previstos legalmente, se convierten en las normas jurídicas que rigen las relaciones laborales de un ámbito de aplicación concreto, de manera que, aunque sujeto a límites, son las partes las que acuerdan sus propias normas.

Partiendo de dicha premisa, hay que tener en cuenta que nuestro sistema de negociación colectiva se regula en el título III del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), y que en la última década ha sido modificado en numerosas ocasiones. Es verdad que no ha sufrido una gran modificación desde un punto de vista cuantitativo, pero sí cualitativo, provocando una importante conflictividad, y siendo necesario que el Tribunal Supremo (TS) haya ido interpretando de forma progresiva los problemas que se le planteaban, dotando de una cierta seguridad jurídica a quienes actúan dentro del marco de las relaciones jurídico-laborales.

No podemos obviar que el actual Gobierno en su acuerdo de coalición incluyó como uno de sus objetivos la modificación de algunas de las instituciones que vamos a tratar en las páginas sucesivas, como son la eliminación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa o la vuelta a la ultraactividad de carácter ilimitado. Como consecuencia de ello, es muy probable que muchas de las interpretaciones aportadas en el presente trabajo dejen de ser relevantes en el futuro debido a cambios de carácter normativo.

2. La legitimación para negociar y su incidencia sobre los efectos del convenio colectivo de empresa

El convenio colectivo de empresa, desde las reformas producidas en la última década, ha pasado de ocupar un lugar totalmente residual en nuestro sistema de relaciones laborales colectivas a convertirse en una de las instituciones más relevantes dentro de dicho ordenamiento, tanto por el papel que le ha otorgado la legislación, empoderándolo respecto al convenio colectivo sectorial, como por el esfuerzo encomiable que han realizado los tribunales, encabezados por el TS, para evitar los posibles abusos derivados de la nueva regulación.

Si observamos la regulación legal del convenio colectivo de empresa, esta parece bastante sencilla en su literalidad y, por lo tanto, no debería provocar tantas dudas; sin embargo, en estos momentos es imposible tener un conocimiento mínimo del alcance real del convenio colectivo de empresa si no tenemos un conocimiento amplio y actualizado de la interpretación que realiza de forma continua la jurisprudencia.

Por ello, en los siguientes epígrafes vamos a tratar dos de los aspectos esenciales de la regulación del convenio de empresa: la legitimación para negociar el convenio de empresa y la prioridad aplicativa del convenio de empresa (y de otros ámbitos empresariales).

En este sentido, comenzaremos por la legitimación para negociar los convenios colectivos de empresa, que, tal y como se recoge en el artículo 87 del ET, se reconoce a la representación unitaria (delegados/as de personal y comité de empresa de forma expresa) y a las secciones sindicales en favor de las personas trabajadoras, y, por otro lado, a la empresa.

No obstante, el reconocimiento no se hace en las mismas condiciones para ambas partes, ya que a la representación unitaria no se le exige ningún tipo de reconocimiento adicional, *a priori*, mientras que en el caso de la representación sindical se le exige que en su conjunto sume la mayoría de las personas integrantes del comité. Como contrapartida a la carga impuesta a las secciones sindicales, se les reconoce a estas la posibilidad de negociar de forma preferente el convenio colectivo de empresa respecto a la representación unitaria, siempre que así lo acuerden.

En consecuencia, conforme a la literalidad del precepto, se establece quiénes pueden negociar en nombre de las personas trabajadoras y, pese al carácter preferente de las secciones sindicales, no se incluyen diferencias en los efectos que pueden producir los convenios colectivos en función de quienes intervengan. Sin embargo, como veremos en los subepígrafes siguientes, la jurisprudencia ha interpretado que la representación unitaria necesita cumplir con una serie de garantías para que los convenios negociados tengan realmente eficacia, y las secciones sindicales no son el único sujeto con carácter sindical que puede negociarlos.

No obstante, antes de entrar a analizar dichas cuestiones, es necesario tratar dos aspectos que, desde nuestro punto de vista, son muy relevantes: la concurrencia entre diferentes sujetos legitimados en una misma negociación y la posibilidad de negociar un convenio de empresa en ausencia de representación.

En primer lugar, aunque el ET reconoce la prioridad de las secciones sindicales en la negociación de los convenios colectivos de empresa, no parece establecer una prohibición expresa y clara respecto a la posibilidad de que negocie de forma concurrente la representación de diversa índole. Ante esta situación, la doctrina, destacadamente García-Perrote Escartín (2019), ha señalado que: «La legitimación es alternativa o excluyente y no acumulable [...] sin que sea legalmente posible que negocien conjuntamente el comité de empresa y las secciones sindicales» (p. 966). Esta parece la interpretación más razonable conforme a la literalidad de la norma, que se refiere a ambos sujetos legitimados de forma disyuntiva, utilizando la letra «o».

En cualquier caso, en la jurisprudencia se han planteado diversos conflictos en los que aparecían de forma simultánea representantes de distinta naturaleza, y ese carácter disyuntivo no ha tenido incidencia sobre la negociación, habiendo sido considerado un defecto no invalidante en una interpretación flexible y finalista de la normativa. Así, la Sentencia del TS (STS) de 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015) entendió que el hecho de que en la comisión negociadora de un convenio colectivo de empresa no estuviera únicamente la representación unitaria, sino que también formara parte de la misma un delegado sindical, no puede suponer la nulidad del convenio por su simple presencia, siempre que esta no incida en la formación de mayorías o el desarrollo de la negociación. Por lo tanto, aunque parte de la idea de que no pueden concurrir ambas modalidades de representación en la negociación, utiliza el criterio de la irrelevancia de dicha participación en el caso concreto para no declarar nulo el convenio, al no tener una repercusión real sobre la negociación llevada a cabo.

En segundo lugar, el artículo 87.1 del ET no establece la posibilidad de que el convenio colectivo de empresa sea negociado en ausencia de representantes de las personas trabajadoras. En sentido contrario, sí se ha permitido la negociación de otras materias de carácter colectivo en ausencia de representación de las personas trabajadoras, concretamente: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la suspensión de contratos y reducción de jornada, despidos colectivos y descuelgue de convenio colectivo.

Teniendo en cuenta esta situación, algún autor/a, como Cabeza Pereiro (2016), ha sugerido en relación con las comisiones *ad hoc* que: «[...] quizás el experimento pretenda extenderse en un futuro más o menos próximo al ET art. 87, de tal modo que se puedan negociar convenios estatutarios con representaciones no permanentes de los trabajadores» (pp. 5 y 6).

Desde nuestro punto de vista, esta ausencia no parece que haya sido un olvido de la legislación, sino que se trata de una decisión totalmente coherente con el artículo 37.1 de la Constitución española (CE), que reconoce el derecho a la negociación colectiva a la representación de las personas trabajadoras y no a las personas trabajadoras como tales. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 151/1994, de 23 de mayo, consideró los convenios colectivos como el resultado del derecho a la negociación colectiva que tienen reconocido en el artículo 37.1 de la CE las empresas y la representación de las personas trabajadoras, sin referirse a las personas trabajadoras de forma individual, a diferencia de lo que sucede con las empresas, a las que no señala que sea necesario que negocien a través de sus representantes.

Es importante tener en cuenta que el TS ha reconocido a las comisiones *ad hoc* el carácter de representación de las personas trabajadoras, pero esto es una excepción y no una regla general. Así, la STS de 18 de mayo de 2014 (rec. 114/2013) entendió que, a efectos de la impugnación de un despido colectivo, la comisión *ad hoc* entraba dentro del concepto de representantes de las personas trabajadoras recogido en el artículo 124.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Sin embargo, esa asimilación tiene un carácter muy estricto, ya que se refiere a un reconocimiento instrumental, para evitar que se vacíe de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de que se les permitiera negociar un despido colectivo, pero no impugnarlo, y, por lo tanto, limitándolo en exceso en su actuación. Teniendo en cuenta las garantías que prevé la norma para la designación de representación unitaria y sindical, siendo inexistentes en el supuesto de la elección de representantes *ad hoc*, admitir la posibilidad de que esta última pudiera negociar convenios colectivos, aunque fuera por modificación del ET, sería vaciar de contenido el artículo 37.1 de la CE.

Además, el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, ha establecido en su artículo 23 que para los expedientes de regulación temporal de empleo derivados de la COVID-19 tengan preferencia para participar en el periodo de consultas los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa sobre las

comisiones *ad hoc*, alterando el régimen general del artículo 41.4 del ET. Por lo que, pese a que estemos en una situación de urgencia y se trate de una norma excepcional, nos puede servir de orientación sobre las intenciones del Gobierno de reducir la participación de las comisiones *ad hoc* en los periodos de consultas.

Y, evidentemente, si no se reconoce la legitimación para negociar convenios colectivos a las comisiones *ad hoc* en ausencia de representación de las personas trabajadoras, mucho menos se les va a reconocer dicha posibilidad a las personas trabajadoras de forma conjunta, pese a que de forma excepcional se les haya permitido negociar despidos colectivos, como en el caso de la STS de 23 de marzo de 2015 (rec. 287/2014), o de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como en el supuesto de la STS de 10 de octubre de 2019 (rec. 966/2017), en ambos casos en supuestos de empresas de pequeño tamaño.

Por lo tanto, podemos decir que el ET no permite la negociación colectiva de convenios de empresa por comisiones *ad hoc* o por las personas trabajadoras de forma directa, y que, en nuestra opinión, esto debería seguir siendo así en el futuro, ya que, conforme al contenido esencial del artículo 37.1 de la CE, no sería constitucional que se permitiese dicha posibilidad.

A continuación, vamos a ver los requisitos que deben cumplir los distintos sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo y los efectos de estos en función de los mismos.

2.1. La legitimación de la representación sindical y la eficacia plena del convenio colectivo de empresa

En primer lugar, nos vamos a encargar de las secciones sindicales, ya que el artículo 87 del ET les da un trato preferente, siempre que sumen la mayoría de quienes integran los órganos de representación.

Así, las secciones sindicales podrán negociar convenios de empresa siempre que reúnan la mayoría en los órganos unitarios de representación. Sin embargo, en la práctica se han planteado diversos conflictos en relación con el carácter con el que la representación participa en la negociación colectiva. Así, la STS 22/2018, de 16 de enero, resolvió un caso en el que habían negociado varias personas de las secciones sindicales de la empresa un convenio colectivo de empresa, alcanzando finalmente un acuerdo sobre el mismo. En este caso, se discutía si las personas de la comisión negociadora habían participado como representación unitaria o como integrantes de las secciones sindicales. Este hecho no es una cuestión baladí, ya que, en el caso de que participen como representación unitaria, actúan como representantes de los centros de trabajo en la que resultó elegida, mientras que, si actúan como sección sindical de la empresa, representan a la empresa en su conjunto. Así, y partiendo de dicha diferenciación, el TS sostiene que, mientras que a las personas integrantes de la representación unitaria les basta con su simple presencia para acreditar su

condición, en el caso de las secciones sindicales es necesario que se demuestre de alguna forma que actúan en representación de la sección sindical, sin que sea suficiente el mero hecho de su afiliación a un sindicato.

Es interesante destacar que, desde el ámbito sindical, no solo las secciones sindicales tienen competencia para la negociación de los convenios colectivos de empresa, sino que también la tienen los sindicatos de forma directa. Estos, pese a que no aparecen reconocidos como sujetos legitimados conforme a la redacción del artículo 87.1 del ET, sí han sido reconocidos por la jurisprudencia. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 13/2016, de 27 de enero, entendió que, en las empresas en las que no se hubieran constituido secciones sindicales, podrá negociarse el convenio colectivo de ámbito empresarial directamente por las organizaciones sindicales, apoyándose para ello en que: (i) entender lo contrario impediría la negociación de convenios colectivos de empresa en aquellas que tengan centros de trabajo sin representación; (ii) una interpretación restrictiva de dicha posibilidad iría en contra del espíritu de la legislación, que pretendía empoderar al convenio de empresa; (iii) las secciones sindicales son elementos instrumentales del sindicato dentro de la empresa.

Esta SAN fue ratificada por la STS 730/2017, de 27 de septiembre, que, sin entrar a valorar lo mencionado en el párrafo anterior, recalca que, en aquellos supuestos en los que la negociación colectiva se desarrolla por los sindicatos y no por la representación unitaria, la conformación del voto para la aprobación del mismo se debe realizar conforme al voto proporcional y no personal, computándose por tanto la representatividad de sus integrantes y no el número de personas que componen la representación de trabajadores en la comisión negociadora.

Evidentemente, este criterio interpretativo, que flexibiliza la literalidad del artículo 87.1 del ET, debe acogerse de forma muy positiva, y no solo por los razonamientos que se han aportado anteriormente, sino porque no tendría sentido que los sindicatos con representatividad en un sector puedan negociar convenios colectivos sectoriales vinculando a empresas del sector en las que quizás no tengan representatividad específica y que no puedan negociar convenios de ámbito inferior en empresas en las que tienen representatividad suficiente, aunque no hayan constituido secciones sindicales.

De esta forma, los convenios colectivos de empresa, negociados por las secciones sindicales que reúnen la mayoría de las personas integrantes de la representación unitaria, así como por sindicatos que tengan la representatividad suficiente, van a tener eficacia general, aplicándose a todos los centros existentes en la empresa, así como a aquellos que se constituyan a futuro. Sin embargo, recientemente, la STS 154/2020, de 19 de febrero, ha añadido un requisito adicional para que las secciones sindicales puedan negociar un convenio colectivo de empresa, como es el hecho de que la misma se haya constituido conforme a los estatutos que regulan el sindicato, y, en caso contrario, el convenio colectivo negociado por estas sería nulo.

Sin embargo, como veremos a continuación, este carácter flexible de los conceptos se aplica de forma totalmente inversa cuando nos referimos a la representación unitaria.

2.2. La legitimación de la representación unitaria y la eficacia limitada del convenio colectivo de empresa

En relación con la representación unitaria, tal y como hemos señalado con anterioridad, el convenio de empresa puede ser negociado por los delegados/as de personal y por los comités de empresas. En un principio, de dicha literalidad se deduce que aquellas empresas que tengan representación unitaria podrán negociar convenios colectivos de empresa con dicha representación. No obstante, la jurisprudencia ha ido interpretando dicho artículo de una forma integrada con el título II del ET, de manera que debe producirse una correspondencia entre el ámbito de representación de quienes negocian el convenio colectivo y el ámbito de aplicación del convenio colectivo, limitando a través de ciertas restricciones la posibilidad de negociar convenios colectivos de empresa.

En primer lugar, la jurisprudencia ha interpretado que no puede tener eficacia un convenio colectivo de empresa que haya sido negociado por un solo delegado/a de personal o comité de empresa si la empresa tiene varios centros de trabajo. En este caso, el convenio no sería de empresa, sino de centro de trabajo, tal y como sostuvo la STS 133/2018, de 8 de febrero, y, por lo tanto, no podría disfrutar de la prioridad aplicativa que establece el artículo 84.2 del ET. Así, no pueden negociarse convenios de empresas solo con parte de la representación unitaria de la empresa.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha interpretado que no puede ser negociado un convenio de empresa si no existe representación de las personas trabajadoras en todos los centros de trabajo que conforman la empresa. En este sentido es muy relevante la STS de 18 de febrero de 2016 (rec. 282/2014), que señala que cuando un convenio colectivo de empresa ha sido negociado por el delegado/a de personal de un único centro de trabajo, existiendo otros centros, no sería aplicable a los mismos, ya que la representatividad del mismo, conforme al principio de correspondencia, concierne únicamente al centro en el que fue elegido. De igual forma, la mencionada STS estableció que, en el ámbito de la negociación colectiva, no se permite que las personas trabajadoras de un centro de trabajo sin representación deleguen su representación en representantes de otros centros, ya que dicha posibilidad no está prevista en el artículo 87.1 del ET, como sí sucede en otros supuestos como las modificaciones sustanciales de las condiciones laborales de carácter colectivo reguladas en el artículo 41.4 del ET.

Por lo tanto, podemos deducir que, si la empresa no tiene representación en todos sus centros, no va a poder negociar un convenio colectivo de empresa con la representación unitaria, ya que todos los centros deben estar representados, y, en caso de existir centros

sin representación, esta no se puede delegar. Por lo tanto, la única posibilidad de negociar un convenio colectivo de empresa sería con la representación sindical en las condiciones anteriormente mencionadas.

En tercer lugar, y esta es quizá la interpretación más restrictiva, el convenio colectivo de empresa, cuando sea negociado por la representación unitaria, no puede establecer en su ámbito de aplicación que este afectará a centros de trabajo futuros, considerándose esto causa de nulidad del convenio. Así, la STS 190/2017, de 7 de marzo, resolvió un supuesto en el que, a diferencia de los anteriores, el convenio colectivo de empresa había sido negociado por representantes unitarios de los diferentes centros de trabajo existentes, y estableciendo un ámbito de aplicación que no abarcaba solo los centros existentes, sino también los centros que la empresa tuviera en el futuro.

La empresa sostuvo que el convenio no podía ser declarado nulo, ya que es necesario distinguir entre los convenios de empresa que han sido negociados por representantes de todos los centros existentes de aquellos que han sido negociados solo por representantes de algunos de sus centros de trabajo, ya que en este supuesto están representadas todas las personas trabajadoras de la empresa en el momento de la negociación.

Sin embargo, el TS sostiene que esto no es posible, ya que, aunque se negocie un convenio colectivo de empresa por la representación de los únicos centros existentes al momento de la negociación, este solo puede afectar a estos centros, ya que admitir su afectación a las personas trabajadoras incorporadas a la empresa en centros de trabajo futuros vulneraría el principio de correspondencia. Por lo tanto, el convenio colectivo de empresa negociado por la representación unitaria solo puede afectar a los centros de trabajo existentes.

Además, y pese a que el ET no establece nada de forma expresa, se debe conformar el banco social conforme al número de personas trabajadoras representadas por cada delegado/a. Así, la STS 746/2019, de 30 de octubre, entendió que el convenio colectivo era nulo, entre otras causas, porque la conformación del banco social de la comisión negociadora no se había realizado en función del número de personas trabajadoras representadas por cada delegado/a, sino en virtud de la afiliación sindical de las mismas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el convenio colectivo que haya respetado todos los requisitos mencionados tendrá eficacia limitada y solo se podrá aplicar a los centros existentes en el momento de la negociación. Por lo tanto, los convenios de empresa negociados por la representación unitaria deben considerarse convenios de empresa de carácter limitado, ya que sus efectos están restringidos a una pluralidad de centros, sin que sea aplicable realmente a la empresa como tal, ya que, si se abre un nuevo centro, este no va a estar afectado por el convenio colectivo de empresa previamente negociado. Esta doctrina, con todo nuestro respeto, es tan restrictiva que puede ser considerada a nuestro juicio una interpretación *contra legem* por los razonamientos que expondremos a continuación.

En este sentido, es totalmente entendible que los supuestos en los que se negocie un convenio colectivo por representantes de algunos de los centros de trabajo, y este se quiera aplicar al resto de personas trabajadoras de centros que no fueron representadas en dicha negociación, existiría un defecto de representación y se estaría vulnerando el principio de correspondencia representativa.

Sin embargo, no tiene sentido que, en el caso en el que un convenio colectivo de empresa haya sido negociado por representantes de todos los centros de trabajo, este no pueda afectar a las personas trabajadoras futuras y se limite la aplicación de las condiciones a los centros existentes. De esta forma, si la empresa contrata a las personas trabajadoras en uno de estos centros, se les aplicará el convenio de empresa, pero si se abre otro centro de trabajo, y contrata a la misma persona trabajadora para dicho centro, esta no puede verse afectada por el convenio de empresa.

Desde nuestro punto de vista, es lógico que no se pueda negociar un convenio de empresa solo por representantes de parte de la empresa, pero cuando se negocie por representantes de todos los centros de la empresa, no actúan como representantes de las personas trabajadoras de dichos centros, sino que actúan *de facto* como representantes unitarios de todas las personas trabajadoras que componen la empresa. Cuando el artículo 87.1 del ET habla de la negociación de los convenios colectivos de empresa no establece una limitación a los efectos de estos, por lo que, de una interpretación conjunta e integradora de este y los artículos 62 y 63 del ET, se podría entender que, pese al ámbito limitado de representación de los delegados/as de personal y de los comités de empresa, para la negociación colectiva de un convenio de empresa, cuando concurren representantes de todos los centros, estas personas actúan como representación de la empresa, y no de los centros para los que fueron designadas. No podemos obviar que el artículo 87.1 hace referencia al concepto de empresa, y no de pluralidad de centros existentes, por lo que la interpretación realizada atenta contra la literalidad del mismo, ya que tendremos convenios colectivos de empresa que no afectan a todas las personas trabajadoras de la empresa, siendo esta interpretación contraria al espíritu de la legislación. Esto contrasta con la interpretación tan flexible que se ha realizado, como hemos visto anteriormente, respecto a la posibilidad de negociar convenios de empresas directamente por los sindicatos.

Es evidente que esta interpretación del TS es totalmente bienintencionada, ya que se quiere evitar abusos por parte de las empresas; pero estos pueden ser evitados por otras vías, sin necesidad de realizar interpretaciones tan estrictas e incluso contrarias a la literalidad de las normas.

Si observamos muchos de los convenios colectivos de empresa que han sido declarados nulos, podremos comprobar que estos tenían otros defectos para ser declarados nulos, sin necesidad de restringir tanto la interpretación del artículo 87.1 del ET. A modo de ejemplo, cuando un convenio colectivo no haya ido precedido de una negociación, sino que solo haya existido una reunión para la firma del convenio, se puede sostener sin ánimo de duda

que se ha producido un fraude de ley. No podemos obviar que la negociación colectiva, reconocida como derecho constitucional en el artículo 37.1 de la CE, conlleva la necesidad de una verdadera negociación, en la que ambas partes propongan y respondan a las propuestas, ya que en caso contrario no es una negociación, sino una imposición, y esto vulnera el contenido esencial del precepto, debiendo considerarse nulo.

Así, la SAN 52/2019, de 8 de abril, declaró nulo un convenio colectivo que había sido negociado por dos delegados de personal, pero que habían sido electos en fechas muy próximas a la constitución de la comisión negociadora, siendo uno de ellos directivo de la empresa, y que había sido negociado en dos reuniones, siendo la primera simplemente para constituir la comisión negociadora, y no durando el proceso más de 8 días. En este sentido, y como de forma muy acertada sostuvo la AN, se trataba de una mera apariencia de negociación colectiva, consistiendo en realidad en la imposición unilateral de las condiciones laborales por parte de la empresa, y, por lo tanto, conforme a los principios de buena fe y de abuso del derecho, se debía declarar la nulidad del convenio colectivo.

Igualmente, cuando se aprecie que un convenio colectivo de empresa no mejora ninguna previsión del convenio sectorial de aplicación, y que se limita a realizar *de facto* un descuelgue de las condiciones del mismo, se tratará igualmente de un fraude de ley, ya que se estará realizando un descuelgue convencional sin aplicar las reglas establecidas para el mismo. No podemos obviar que, tal y como señala Merino Segovia (2014):

El ET art. 82.3 es norma de orden público laboral, indisponible para la negociación colectiva. Para la inaplicación de un concepto ex ET art. 82.3 reconocido y regulado en convenio colectivo estatutario es imprescindible seguir los trámites previstos en el precepto legal (p. 7).

Por lo tanto, en aquellos supuestos en los que únicamente se esté realizando un descuelgue *de facto*, sin causa, a través de la negociación colectiva, se estaría produciendo un fraude de ley, y se estaría ante una causa de nulidad.

Además, y aunque sin negar la diferencia existente entre la representación unitaria y la representación sindical, amparada la primera en el artículo 129 de la CE y la segunda en los artículos 7 y 28 de la CE, y, por lo tanto, teniendo distinta repercusión desde un punto de vista constitucional, nos podemos encontrar con supuestos en los que se produce una interpretación un tanto perversa. Así, se podría entender que es válido un convenio colectivo de empresa que haya sido negociado por las secciones sindicales de la empresa que ostentan la totalidad de la representación unitaria de la empresa, pero existente en un único centro de trabajo, mientras que la empresa tiene otros centros de trabajo. Por lo tanto, y aunque entendemos que sería un caso extremo, sería paradójico que se pudiese negociar un convenio colectivo de empresa de eficacia plena por las secciones sindicales que reúnen la mayoría del único centro de trabajo en el que tiene representación y que no se le admita dicha cualidad a un convenio colectivo que ha sido negociado por representantes unitarios de todos los centros de trabajo existentes.

No obstante, esta es la interpretación de nuestra jurisprudencia, y es el marco del que tenemos que partir, de forma que el convenio de empresa debe estar limitado en su ámbito de aplicación a los centros de las personas representantes que lo negociaron, sin poder afectar a los centros futuros, y en caso contrario sería nulo. Es verdad que la STS 162/2017, de 23 de febrero, parecía que iba a matizar dicha interpretación aplicando la regla del *favor negotii*, y entendiendo que en estos casos se trataba de una nulidad parcial del convenio y no total.

Pese a ello, dicho pronunciamiento fue rápidamente matizado por el propio TS en sentencias posteriores, entre ellas, la STS 535/2017, de 20 de junio, que entendió que este supuesto era excepcional, y que había sido interpretado de dicha forma como consecuencia de las circunstancias concretas del caso, en el que se había producido una adhesión masiva del resto de personas trabajadoras de otros centros.

En cualquier caso, esto ha provocado, tal y como han señalado García-Perrote Escartín y Mercader Uguina (2018): «[...] la devaluación progresiva de la prevalencia condicionada del convenio de empresa y, por tanto, la conservación del marco sectorial como elemento definidor prevalente de la actual estructura de la negociación colectiva en nuestro país» (p. 7). En consecuencia, no parece que se haya podido flexibilizar la negociación colectiva a través de los convenios de empresa como pretendían las reformas realizadas durante la última década.

En este sentido, quien ha legislado no ha estado demasiado acertado al modificar el título III del ET sin modificar el título II, cuando es evidente que ambos son correlativos. Quizás, teniendo en cuenta nuestro tejido productivo, hubiera sido necesario reconocer legalmente la figura del delegado/a de personal conjunto, o la flexibilización de los requisitos para la constitución de comités de empresa conjuntos, y, así, disminuir el número de personas trabajadoras que carecen de representación, mejorando la posibilidad de interlocución entre la empresa y su plantilla.

Por último, aunque no aparece en el artículo 87.1 del ET, la SAN 41/2015, de 12 de marzo, ha sugerido que los comités intercentros tendrían también competencia para negociar convenios colectivos de empresa, si se les ha reconocido dicha facultad en el convenio estatutario que los crea, como permite el artículo 63.3 del ET, y, en este caso, sí podría tener el convenio de empresa eficacia plena, ya que este órgano actúa como representación de las personas trabajadoras ante la empresa, no adscrito a centros de trabajo concretos.

Sin embargo, esto plantea dos problemas. Por un lado, es necesario que haya sido constituido previamente por un convenio colectivo, por lo que, si lo que se quiere negociar es el primer convenio colectivo de empresa, tenemos que descartar esta opción. Por otro lado, no está del todo claro cuál es el ámbito de representación del comité intercentros. Así, tal y como establece el artículo 63.3 del ET, las personas integrantes del comité intercentros serán designadas de entre quienes componen los distintos comités de centros, por lo que, conforme a la literalidad del mismo, parece que su representación se ceñiría a los centros

en los que previamente existieran representantes. Por lo tanto, no se evitarían los problemas relativos al principio de correspondencia representativa anteriormente expuestos en los supuestos en los que existan centros de trabajo sin representación.

No obstante, quizás sea más acertada la interpretación mantenida por Nieto Rojas (2016), que entiende que: «[...] de la configuración legal de este órgano parece claro que su ámbito de afectación abarca a la totalidad de la empresa aunque en alguno de los centros de la misma no cuenten con representación unitaria» (p. 183). Por lo tanto, sería recomendable que la interlocución de los convenios colectivos de empresa creara dicha figura, ya que puede dotar a las personas trabajadoras de una representación en bloque respecto a la empresa y no dividida en distintos centros. Además, la legislación debería darle un impulso a dicha figura, para centralizar la representación en órganos más uniformes y evitar los vacíos de representación de las personas trabajadoras que formen parte de centros pequeños que no gozan de representación unitaria, más allá de la necesidad de que nuestra jurisprudencia flexibilice la interpretación de dichos artículos.

3. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial

La regulación relativa a la concurrencia de convenios colectivos es, sin duda alguna, una de las que ha sufrido cambios de mayor calado. Es más, podemos decir que el cambio de paradigma en virtud del cual se le otorga prioridad aplicativa a los convenios colectivos de ámbito empresarial ha sido la clave de bóveda de las reformas producidas a lo largo de la última década, mientras que los problemas relativos a la legitimación negocial han adquirido importancia como consecuencia de este, siendo, por tanto, un asunto de carácter instrumental, constituyendo la verdadera cuestión de fondo la prioridad aplicativa de estos convenios. Así, tal y como sostuvo Cruz Villalón (2013): «[...] lo que hasta ese momento era una regla más del conjunto del entramado de mandatos sobre concurrencia convencional, ahora se transforma en la primera regla y principal a todos los efectos de ordenación de la concurrencia entre convenios colectivos» (p. 18).

Estas modificaciones tuvieron tal calado que se presentó recurso de inconstitucionalidad por sostener que las mismas eran contrarias a la libertad sindical (art. 28 CE) y a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). Sin embargo, la STC (Pleno) 119/2014, de 16 de julio, entendió que esta reforma no era inconstitucional, ya que el artículo 37.1 de la CE no establece un modelo predeterminado de negociación colectiva, sino que se limita al reconocimiento de dicha institución, encomendando a la legislación la regulación de los aspectos relativos a la misma, de forma que esta dispone de un amplio margen de configuración en el desarrollo de dicho derecho. Por lo tanto, tan constitucional es otorgarle la prioridad aplicativa al convenio colectivo sectorial, como reconocérsela al convenio colectivo de empresa, siendo una facultad de la legislación la determinación de las reglas de concurrencia entre los convenios colectivos de distinto ámbito.

La concurrencia de convenios colectivos se regula en los artículos 83 y 84 del ET, y su estudio completo conllevaría, sin duda, un trabajo autónomo sobre la materia, por lo que en los siguientes epígrafes trataremos solo aquellas cuestiones que han tenido una mayor incidencia práctica o sobre las que no se ha realizado un debate real sobre la materia, ni desde el plano científico ni desde el jurisprudencial.

3.1. Alcance subjetivo y material de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial

Cuando hablamos de la prioridad aplicativa que regula el artículo 84.2 del ET, normalmente nos referimos al convenio colectivo de empresa, aunque lo más correcto sería referirnos a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial, ya que este abarca tres supuestos en los que existe dicha prioridad: empresas individualmente consideradas, grupos de empresas y pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas.

El artículo 84.2 del ET es, sin duda, una excepción al principio de no concurrencia de convenios colectivos, de manera que, como regla general, mientras un convenio colectivo está vigente, no podrá ser afectado por la entrada en vigor de otro convenio colectivo. Por lo tanto, los supuestos recogidos anteriormente sobre la prioridad aplicativa deben ser interpretados de forma restrictiva, de manera que, por ejemplo, los convenios colectivos de centro no tienen prioridad aplicativa.

Si observamos la literalidad del precepto, el artículo 84.2 establece la prioridad aplicativa de los convenios de ámbito empresarial respecto a convenios de diferente ámbito, mencionando expresamente los convenios colectivos sectoriales de distintos ámbitos, pero sin jerarquizar la prioridad aplicativa entre los diversos ámbitos empresariales. Sin embargo, desde la doctrina, Del Rey Guanter (2015) ha destacado que:

[...] de acuerdo con la literalidad del ET art. 84.2, en caso de conflicto entre convenio colectivo de empresa y convenio colectivo de grupo de empresas o de empresas vinculadas, la prioridad la tendría en todo caso el convenio de empresa (p. 4).

Desde nuestro punto de vista, no está tan claro que dicha prioridad derive directamente de la literalidad, al no deducirse de forma tan expresa, aunque sí entendemos que el espíritu de la legislación era priorizar los convenios de empresa frente al resto.

Por otra parte, y una vez delimitado el ámbito subjetivo, se plantean problemas respecto al verdadero alcance de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial. Así, aunque se haya hecho referencia de forma generalizada a la prioridad aplicativa de este tipo de convenios, esta tiene unas características concretas, que hacen

que su dinámica sea especial. Quizás, la mejor definición sobre la misma sea la realizada por Del Rey Guanter (2013): «Se trata de una prioridad aplicativa absoluta, pero, a su vez, y desde la perspectiva material, de carácter parcial, en tanto que se extiende solo a determinadas materias» (p. 237).

Por lo tanto, en primer lugar, se trata de una prioridad aplicativa de carácter absoluto, porque, tal y como establece el primer párrafo del artículo 84.2 del ET, puede negociarse durante la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior y se aplicará desde su entrada en vigor. De estas características se derivan dos efectos directos.

Por un lado, que están vigentes desde su entrada en vigor, sin que se pueda aplicar de forma retroactiva el convenio colectivo de ámbito empresarial si contiene condiciones desfavorables, como estableció la STS de 18 de febrero de 2015 (rec. 18/2014).

Por otro lado, que la prioridad aplicativa que reconoce la ley no puede ser alterada por convenios colectivos de diferente ámbito como recoge el propio artículo 84.2 *in fine* del ET. Sin embargo, nada dice la norma sobre la posibilidad de que esta se lleve a cabo por el propio convenio de empresa. En este sentido, es interesante el II Convenio colectivo de la empresa Clece, SA (servicios auxiliares), que establece en su artículo 1.2 que solo será aplicable a las personas trabajadoras que, perteneciendo a alguno de los sectores mencionados en el propio convenio, carecen de regulación convencional, procediendo este, por tanto, solo ante el vacío convencional. En principio, y pese a la ausencia de regla expresa sobre dicha posibilidad, el artículo 84.2 *in fine* del ET excluye a los convenios colectivos del artículo 83.2 del ET, sin que se contemple entre ellos los de empresa, por lo que no debería haber problemas para su aplicación.

En segundo lugar, se trata de una prioridad aplicativa de carácter parcial, ya que el artículo 84.2 del ET se refiere a materias concretas como la cuantía del salario base y de los complementos salariales o el horario y la distribución del tiempo de trabajo, pero no al convenio en su integridad. Por lo tanto, tenemos determinadas materias sobre las que la ley regula de forma completa su prioridad, permitiéndose mediante acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales que se amplíen dichas materias. Igualmente, se permite la adaptación, que no modificación, del sistema de clasificación profesional y de las modalidades de contratación, existiendo, por tanto, diferencias respecto a la intensidad de la prioridad aplicativa de las distintas materias, de forma que en unas la posibilidad de disposición es total, mientras que en otras está bastante limitada.

La prioridad aplicativa, por lo tanto, es parcial, ya que solo afecta a las materias establecidas legalmente en el artículo 84.2 del ET o ampliadas de forma convencional conforme al artículo 83.2 del ET, utilizándose en el resto de los supuestos la regla *prior in tempore, potior in iure* para determinar la prioridad del convenio. En este sentido, es importante tener en cuenta que, aunque la práctica habitual suele centrarse en la prioridad temporal o en función de las materias, algún sector doctrinal considera que se podrían establecer reglas

conforme a otros criterios. Así, Goerlich Peset (2013) ha sostenido que: «[...] cabría admitir la plena libertad de negociación en los diferentes niveles, utilizando un criterio alternativo de resolución de los conflictos de concurrencia. Tal podría ser el caso de los criterios de favorabilidad, modernidad o especialidad» (pp. 1.351 y 1.352).

De forma adicional, en relación con la prioridad aplicativa parcial, hay que tener en cuenta que, además del carácter limitado de las materias, estas deben ser interpretadas en sentido estricto. Así, la STS de 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015) sostuvo que la prioridad aplicativa se produce en relación con las materias contenidas en el artículo 84.2 del ET, pero no con las materias conexas, de forma que, cuando se refiere a la distribución del tiempo de trabajo (horario), no se refiere a la determinación de la jornada máxima, y cuando se refiere a la planificación de las vacaciones, no se extiende a la duración de las mismas.

Finalmente, se produce *de facto* una alteración de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 del ET a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, que en su artículo 122.2 establece que las empresas que quieran participar en contratos del sector público deben cumplir las condiciones salariales del convenio sectorial de aplicación, por lo que, aunque sin alterar la regulación de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 del ET, se les exige aplicar las condiciones sectoriales en materia sectorial para poder participar en las contrataciones del sector público.

3.2. ¿Tiene incidencia la existencia de un grupo de empresas laboral sobre la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa?

Los grupos de empresas son, sin duda, uno de los fenómenos empresariales que tienen una mayor extensión en el mercado y que, sin embargo, no gozan de una auténtica regulación que trate en bloque estas cuestiones. Tal y como sostiene Goerlich Peset (2014): «Las normas legales y reglamentarias sobre grupos son escasas y constituyen aproximaciones fragmentarias referidas a aspectos concretos que, por tanto, no agotan los problemas que aquellos plantean» (pp. 18 y 19).

En el área del derecho del trabajo, la problemática se ve aumentada, ya que nos encontramos con la existencia de lo que la jurisprudencia ha denominado grupo de empresas laboral o grupo de empresas patológico. El grupo de empresas laboral es un grupo de empresas tal y como lo define el artículo 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, pero que cumple con determinados requisitos adicionales que provocan una serie de efectos dentro del ámbito laboral. Así, dentro de dicho ámbito, podemos distinguir entre grupos de empresas mercantiles y grupos de empresas laborales, teniendo los segundos evidentemente una mayor relevancia que los primeros. Para que nos encontremos ante un grupo de empresas laboral se debe comprobar el cumplimiento de una

serie de indicios establecidos por la jurisprudencia, sin que sea necesario que se cumplan todos. Estos indicios han ido evolucionando, y, a modo de ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012) se refiere a: (i) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; (ii) prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias empresas del grupo; (iii) creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y (iv) confusión de plantillas, confusión de patrimonios y unidad de dirección.

Dicho esto, si observamos la literalidad del artículo 84.2 del ET, podemos comprobar que cuando habla de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de grupo de empresas se refiere a este con carácter general, lo que provoca, como sostiene Biurrún Mancisidor (2017): «La tradicional duda acerca de si, a estos efectos, el convenio de grupo de empresas ha de entenderse referido exclusivamente al grupo de empresas mercantil o también al grupo de empresas laboral» (p. 10). Sin embargo, parece evidente que, si se refiere a grupo de empresas de forma general, no debería haber problema para entender que el convenio colectivo de un grupo de empresas laboral tenga prioridad aplicativa.

El principal problema, y esto creemos que no ha sido hasta ahora estudiado por la doctrina de forma profunda, o al menos que tengamos constancia, es si realmente el hecho de que un grupo de empresas tenga carácter laboral afecta o no a la facultad de las empresas que componen el grupo para negociar un convenio colectivo de empresa con prioridad aplicativa.

Es evidente que, si un grupo de empresas laboral negocia un convenio colectivo dentro de su ámbito, este tendría prioridad aplicativa por la propia dicción del artículo 84.2. En este sentido, Del Rey Guanter (2015) ha manifestado que: «[...] la conversión o no del grupo de empresas en un grupo de empresas patológico laboral dependerá de muchos factores, siendo el hecho de firmar un convenio de empresa un factor a considerar, aunque no de por sí determinante» (p. 4). No obstante, desde nuestro punto de vista, el problema no se refiere tanto a los efectos que puede tener el hecho de que se negocie un convenio a nivel de grupo, sino cuando son las empresas que componen un grupo de empresas laboral las que quieren negociar un convenio para la empresa individualmente considerada.

Normalmente, la existencia de grupo de empresas laboral ha provocado que todo el grupo responda solidariamente de las deudas económicas con las personas trabajadoras, siendo esta la principal consecuencia. Sin embargo, en los últimos años, como consecuencia de la gran cantidad de conflictos planteados en torno a los despidos colectivos, el concepto de grupo de empresas laboral ha adquirido otra serie de connotaciones que deberían, o al menos podrían, tener una serie de efectos sobre los convenios colectivos de ámbito empresarial.

Así, la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 165/2013) entendió que, cuando nos encontremos ante un grupo de empresas laboral, se podía realizar, incluso era lo más coherente, el periodo de consultas relativo al despido colectivo en el ámbito del grupo. Para ello, utiliza varios

razonamientos, siendo el más destacable el que establece que, cuando nos encontramos ante un grupo de empresas a efectos laborales, estamos ante una realidad empresarial única a efectos de imputación de obligaciones y responsabilidades de las personas trabajadoras del mismo, y, por lo tanto, es este el verdadero «empresario», conforme al artículo 1.2 del ET.

Es verdad que dicha STS habla de posibilidad de negociarlo en el ámbito del grupo, y no de obligación de hacerlo, pero no podemos olvidar que la regulación de la negociación es distinta en lo relativo a las medidas de reestructuración empresarial y a los convenios colectivos. Así, las primeras aparecen contempladas en el artículo 41.4 del ET en relación con la legitimación para negociar dichas medidas y relacionan a quienes participan en la negociación con el ámbito de la medida, sin que sea necesario que se haga respecto a todo el ámbito empresarial. En este sentido se pronuncia la STS 366/2019, de 13 de mayo. Por lo tanto, aunque en supuestos de medidas de reestructuración se podría negociar solo en el ámbito de afectación, esto no sería una posibilidad cuando nos encontremos ante la negociación de un convenio colectivo.

Sin embargo, como hemos visto anteriormente, para negociar un convenio colectivo de empresa con prioridad aplicativa, es necesario que todos los centros de trabajo que lo componen estén debidamente representados, mientras que, si se negocia solo con los centros de trabajo con representación, existiendo otros, ciñendo su aplicación a dichos centros, este será un convenio colectivo de centros de trabajo y no de empresa, por lo que carecería de prioridad aplicativa.

Si aplicamos esta misma regla partiendo de que el grupo de empresas laboral es el verdadero «empresario», los convenios negociados por las empresas de dicho grupo de forma individual no podrían ser convenios de empresa con prioridad aplicativa, ya que serían convenios de una pluralidad de centros de trabajos, y no de la empresa, que en este caso sería el grupo.

Por lo tanto, mientras que, en los grupos de empresas mercantiles, podrían facultativamente negociarse en la empresa o en el grupo, en los casos de grupos de empresas de carácter laboral, la única posibilidad sería negociar en el grupo. Es evidente que esto provoca ciertas disfuncionalidades, ya que se deberían aplicar las reglas de legitimación negociada previstas para el grupo en el artículo 87.1 del ET y no las previstas para la empresa. Además, se plantea el problema del momento en el que se entiende que estamos ante un grupo de empresas laboral, ya que este no existe desde la constitución del grupo, sino que adquiere dicha consideración como consecuencia de su funcionamiento. Estos aspectos, a nuestro juicio, podrían provocar problemas en aquellos supuestos en los que no existe ninguna sentencia o resolución que declare la existencia del grupo, ya que sería complicado demostrar desde cuándo existe, mientras que en los supuestos en los que ya existe declaración formal del grupo de empresas laboral, si el convenio colectivo ha sido negociado en el ámbito de la empresa, se podría solicitar su nulidad, al tratarse en realidad de un convenio colectivo de parte de la empresa, y no de un convenio colectivo de empresa.

4. El ámbito temporal de los convenios colectivos: efecto limitado de la ultraactividad y la contractualización de las condiciones convencionales

La vigencia de los convenios colectivos ha sido, sin duda, junto a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial, uno de los aspectos que ha tenido mayor incidencia en la práctica. A pesar de ello, en el presente trabajo no pretendemos tratar todos los aspectos relativos a la vigencia de los convenios, ya que excedería del ámbito de su estudio, sino que, en línea con los anteriores epígrafes, vamos a dedicarnos a estudiar los aspectos que han resultado más problemáticos. En este sentido, el cambio más sustancial que se ha llevado a cabo, como consecuencia de las reformas producidas en la última década, ha sido el paso de una ultraactividad indefinida del convenio colectivo a una ultraactividad limitada. Es verdad que el artículo 86 del ET contiene una serie de reglas dispositivas para las partes negociadoras del convenio colectivo, sin embargo, nos vamos a centrar en el estudio de la norma legal supletoria, y, por lo tanto, en los supuestos en los que, ante la inexistencia de pacto entre las partes, finaliza el periodo de ultraactividad del convenio. En este sentido, hay que tener en cuenta las dos variantes posibles: (i) existe convenio colectivo aplicable de ámbito superior o (ii) no existe convenio colectivo aplicable de ámbito superior. En este caso, empezaremos la exposición por el segundo supuesto, ya que nos permitirá entender mejor el primero.

4.1. Inexistencia de convenio colectivo aplicable de ámbito superior

El artículo 86.3 *in fine* del ET establece que, en defecto de pacto, cuando transcurra 1 año desde la denuncia del convenio colectivo, y sin que se haya negociado uno nuevo, se aplicará, «si lo hubiere», el convenio colectivo de ámbito superior. No obstante, dicho precepto no establece qué ocurre si no existiese convenio colectivo aplicable de ámbito superior, y esto ha provocado en la práctica que se haya producido una división en la doctrina científica sobre cuáles deberían ser los efectos de dicha situación, de forma que, ante la finalización de la ultraactividad del convenio colectivo sin que exista otro de ámbito superior aplicable, se planteaban diversos escenarios posibles.

En primer lugar, la tesis conservacionista, en virtud de la cual se mantendrían las condiciones laborales del convenio colectivo extinto, aunque incorporadas al contrato. En este sentido, Casas Baamonde (2013) sostuvo que: «[...] las condiciones de trabajo establecidas en el convenio que ha perdido su vigencia pasarán a descomponerse en condiciones individuales incorporadas en los respectivos contratos de trabajo de los trabajadores» (p. 20).

En segundo lugar, y como tesis contrapuesta a la anterior, se defendía la aplicación del ET ante el vacío convencional, siendo esta tesis identificada como la rupturista. Así, en

palabras de Sala Franco (2013): «[...] es obvio que estaremos en una situación de anomia convencional (al haber perdido su vigencia el convenio colectivo anterior ultraactivo) y por ello debiendo aplicarse la legislación laboral general (Estatuto de los Trabajadores, RD de salario mínimo interprofesional, etc.)» (p. 1.222).

En tercer lugar, como teoría intermedia, aunque con un carácter muy minoritario, Durán López (2014) defendía una contractualización de carácter limitado, al considerar que: «[...] la retribución y la duración del tiempo de trabajo forman parte del vínculo contractual individual, del intercambio contractual que constituye causa del mismo» (p. 50). Por lo tanto, se entiende que, como causa del contrato, la jornada y el salario siguen vigentes con independencia de que exista o no convenio colectivo aplicable.

Partiendo de dicha situación, fue el TS el que resolvió la cuestión, aunque con una división muy clara que provocó en sus primeras sentencias diversos votos particulares y un voto mayoritario bastante limitado. Así, la STS de 22 de diciembre de 2014 (rec. 264/2014), siguiendo la tesis conservacionista, estableció que las condiciones laborales previstas en el convenio colectivo se habían contractualizado y, por lo tanto, formaban parte de los contratos laborales de las personas trabajadoras individualmente consideradas, de forma que, una vez fenecido el convenio colectivo, y sin existir otro de ámbito superior aplicable, seguirían operando las condiciones convencionales, aunque ahora como consecuencia de los contratos.

Esta interpretación provocó diversas críticas, ya que, como hemos dicho anteriormente, la doctrina estaba dividida, y porque, además, la aplicación de la teoría de la contractualización causaba diversos problemas en su funcionamiento práctico.

Una de las que se planteó en el propio recurso ante el TS era que la teoría de la contractualización chocaba frontalmente con el espíritu de la legislación, que pretendía evitar que se petrificaran las condiciones convencionales para conseguir una mayor agilidad en la negociación colectiva. No obstante, desde nuestro punto de vista, esta fue salvada de forma muy solvente por el TS, que estableció que las condiciones dejan de tener sustento convencional, y que, por lo tanto, desde el momento en el que el convenio decae, la empresa puede modificar dichas condiciones contractuales a través del artículo 41 del ET.

Además, la propia STS planteaba que el fenómeno de la contractualización se producía respecto a los contratos existentes, de manera que las personas trabajadoras contratadas posteriormente se registrarían por las condiciones del ET y las normas de desarrollo. Esta idea fue ratificada posteriormente por la STS 360/2019, de 13 de mayo, que sostuvo que para que se produjera la contractualización era necesario que existiera contrato durante la vigencia del convenio, ya que en caso contrario no era posible la conversión de las condiciones convencionales en condiciones contractuales.

Quizás la crítica de mayor calado es la relativa a la imposibilidad material de que todas las condiciones puedan ser contractualizadas, ya que, como sostuvieron Goerlich Peset y

Blasco Pellicer (2015): «[...] la remisión normativa está hecha en términos exclusivos a la autonomía colectiva, por lo que su contractualización resulta, claramente, inviable». Por lo tanto, se plantea el problema de interpretar caso por caso qué condiciones se podrán contractualizar y cuáles no, lo que implicará una labor inmensa por parte de la jurisprudencia, ya que, mientras hay supuestos muy claros como el salario o la jornada, existen otros en los que va a ser muy complicado determinar dicha posibilidad.

Respecto a esta cuestión, el TS ha tenido la oportunidad de manifestarse. Así, la STS 1068/2016, de 20 de diciembre, resolvió un supuesto en el que la empresa, una vez fenecido el convenio colectivo que había sido de aplicación hasta entonces, entiende que no todas las condiciones son contractualizables, sino solo las relativas a los elementos esenciales del contrato, y, por lo tanto, realiza una contractualización selectiva. El TS no resuelve qué condiciones son o no contractualizables, aunque manifiesta que el concepto de condiciones laborales no aparece limitado a los elementos esenciales del contrato de trabajo, sino que abarca la totalidad de las condiciones laborales que regulan la relación de forma completa, basándose para ello en que el ET, en la redacción actual, no realiza una distinción entre condiciones laborales. Sin embargo, permite que, en los supuestos en los que la empresa entienda que hay preceptos específicos del convenio que no se pueden contractualizar, estos se dejen de aplicar, pero debiendo comunicarse a las personas trabajadoras qué condiciones se han contractualizado y cuáles no, realizándose de forma expresa, no pudiendo utilizarse una mención genérica de contenidos. Por lo tanto, y aunque no lo dice expresamente, se establece *de facto* una presunción *iuris tantum* de que todos los preceptos son contractualizables, siendo la empresa la que tendrá que determinar lo contrario mediante comunicación expresa a las personas trabajadoras, y con la posibilidad de plantear dicha cuestión ante los tribunales por parte de las mismas.

Otro de los aspectos o lagunas que se planteaban por la doctrina en relación con la contractualización de las condiciones convencionales era determinar si estas condiciones se contractualizan con un carácter estático o dinámico; debate que también se ha producido en los supuestos de mantenimiento del convenio colectivo en casos de sucesión de empresas. En este aspecto, Desdentado Bonete (2015) había defendido: «[...] que queden "congeladas", como consecuencia de la no subsistencia de las cláusulas de revisión salarial» (pp. 43 y 44). Esta teoría fue la apoyada por la STS 120/2019, de 14 de febrero, que entendió que la contractualización implica que los derechos incorporados a la relación contractual permanecen en el contrato que rige la misma, pero que dichas condiciones quedan petrificadas tal y como se hallaban en el momento de la pérdida de vigencia, sin que puedan nacer nuevas obligaciones con carácter posterior derivadas del convenio colectivo que ha perdido su vigencia.

En cualquier caso, y pese a las críticas recibidas y al debate producido, actualmente la teoría de la contractualización está plenamente instaurada como solución al vacío convencional, aunque se seguirán produciendo litigios sobre la materia, ya que es necesario perfilar determinados aspectos que no están claros, siendo sin duda el más problemático

y casuístico el relativo a qué condiciones son o no contractualizables. No estaría de más que se establecieran mediante ley las condiciones en las que la contractualización se produce, con la finalidad de, si no eliminar los conflictos sobre la materia, cosa que sería casi imposible, reducir los que se puedan producir, dotando a quienes actúan en el mercado de trabajo de una mayor seguridad jurídica.

4.2. Existencia de convenio colectivo aplicable de ámbito superior

Una vez que hemos estudiado las consecuencias del fin de ultraactividad de los convenios colectivos sin que exista un convenio colectivo de ámbito superior aplicable, que sería o debería ser la situación excepcional, debido a la amplia cobertura convencional existente en España, nos vamos a centrar en lo que debería ser el escenario habitual previsto por la legislación.

En este sentido, el mecanismo aplicable sería que, una vez extinguido un convenio colectivo, se aplicaría el de ámbito superior y, conforme al artículo 86.4 del ET, el convenio colectivo aplicable de ámbito superior sucede al anterior derogándolo en su integridad. Esta regla, que en su literalidad parece muy clara y que dejaría poco margen a la interpretación, plantea dos problemas fundamentales.

En primer lugar, el relativo a la determinación del convenio colectivo aplicable de ámbito superior, ya que no aclara si se refiere al superior inmediato al fenecido o al superior existente en términos absolutos. No podemos obviar que, en nuestro sistema de negociación colectiva, quienes negocian tienen libertad de establecimiento del ámbito de aplicación, siempre que tengan la representación suficiente. Esto provoca que puedan existir distintos convenios colectivos para un mismo ámbito funcional, pero de diferentes ámbitos territoriales, o varios convenios colectivos que, teniendo el mismo ámbito territorial, tienen un ámbito funcional concurrente, ocupándose uno de un ámbito funcional más amplio y el otro de ciertas especialidades dentro de dicho ámbito.

Ante esta situación, Durán López (2014) defendía que: «[...] si hay convenio provincial se debe aplicar con preferencia al nacional, y si existe un convenio de ámbito sectorial más reducido, que englobe el subsector del convenio vencido, debe aplicarse con preferencia al convenio de ámbito sectorial más amplio» (pp. 43 y 44). En sentido contrario a lo anterior, Sala Franco (2013) proponía que: «[...] habrá que aplicar las reglas del artículo 84 del ET sobre el principio de no concurrencia, siendo de aplicación el convenio colectivo más antiguo, salvo que se den algunas de las excepciones legales en él establecidas» (p. 1.222). Desde nuestro punto de vista, esta segunda teoría es la que parece más coherente, ya que realiza una interpretación integradora de los artículos 84 y 86 del ET, y porque además es la interpretación que menos altera la regla general, ya que aplica, una vez extinguido un

convenio, las mismas reglas de determinación del convenio aplicable que para la determinación del mismo en un momento inicial.

En segundo lugar, plantea el problema de la sucesión de convenios con diferencias en la cobertura convencional. En este sentido, hay que tener en cuenta que los convenios colectivos no siempre regulan las mismas condiciones, ya que el contenido del convenio es libre para las partes, salvo las cuestiones mínimas contempladas en el artículo 85 del ET (determinación de las partes, ámbito, forma y denuncia del convenio, etc.). Esta situación provoca problemas cuando el convenio colectivo de ámbito superior no regula todas las condiciones previstas en el que era de aplicación, y en este aspecto el TS sí ha tenido la oportunidad de manifestarse en diferentes ocasiones, realizando una labor interpretativa muy importante.

Así, nos podemos encontrar ante un supuesto en el que, existiendo un convenio colectivo aplicable de ámbito superior, este no regule todas las condiciones previstas en el convenio colectivo anterior. Sobre dicho aspecto, la STS de 23 de septiembre de 2015 (rec. 209/2014) estableció que, en el caso en el que el convenio colectivo aplicable de ámbito superior no regulara los aspectos más típicos y relevantes de las relaciones laborales individuales, se seguirán aplicando las condiciones laborales del convenio extinto al haberse estas contractualizado, con la salvedad de las materias que sí se hayan regulado en el convenio colectivo superior de aplicación. De manera que se produce una sucesión de convenios, aunque con cobertura de los vacíos que se pudieran plantear a través de la contractualización.

Sin embargo, en el caso en el que el convenio colectivo aplicable de ámbito superior sí contemple las condiciones laborales esenciales, lo que se produce es la sustitución de un convenio por otro. En este sentido, la STS 587/2018, de 5 de junio, estableció que, cuando finaliza la vigencia ultraactiva del convenio colectivo, si existe un convenio colectivo superior aplicable, y este regula los mismos aspectos que el anterior, entonces se produce una completa sustitución por el nuevo. Y añade que la contractualización no es un mecanismo que impida la aplicación del artículo 86.3 del ET, sino un complemento del mismo, que de forma excepcional actúa ante los vacíos de cobertura.

Por último, cabría plantearse qué sucedería en el caso en el que, como vimos anteriormente, el convenio colectivo de empresa haya alterado su prioridad aplicativa para aplicarse solo en aquellos supuestos en los que no existe cobertura sectorial, y el convenio colectivo sectorial deje de operar, sin que exista un convenio colectivo superior. En estos supuestos habría que estar a la literalidad del convenio colectivo, aunque en el caso que enunciábamos anteriormente, al referirse a la carencia de regulación convencional, al finalizar el periodo de ultraactividad, no se produciría la contractualización, ya que con esta se pierde el carácter convencional de las condiciones laborales, de forma que, extinto el convenio, se volvería a aplicar el convenio de empresa, pese a ser de ámbito inferior, y no superior, tal y como establece el artículo 86 del ET.

5. La desnaturalización de las cláusulas subrogatorias convencionales: una interpretación desafortunada

En los últimos años se ha producido un aumento de pronunciamientos de tribunales de carácter internacional con repercusión sobre el ámbito laboral. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado diversas sentencias en el ámbito del control laboral a través de medios tecnológicos, que han alterado de forma sustancial la interpretación de nuestros tribunales sobre la materia debido a la vinculación de los mismos conforme al artículo 10.2 de la CE. En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictado diversos pronunciamientos con repercusión laboral, en materias como la contratación temporal, las vacaciones, los despidos colectivos o la sucesión de empresas, que han alterado nuestro ordenamiento jurídico, al ser necesaria la realización de una interpretación conforme a los mismos, debido al principio de primacía del derecho de la Unión Europea.

En el caso del TJUE, las interpretaciones realizadas por el mismo han supuesto un importante cambio para diferentes instituciones de nuestro ordenamiento, aunque, desde nuestro punto de vista, la que ha tenido una mayor incidencia ha sido la relativa a la relación existente entre la sucesión de empresas legal y la subrogación convencional.

Respecto a esta materia, existía un conflicto interpretativo evidente entre el TJUE y el TS sobre la posibilidad de que en los supuestos de subrogación convencional se puede producir una sucesión de empresas legal, o si ambas son instituciones divididas en compartimentos estancos, y, por lo tanto, no se puede producir una interacción entre las mismas.

En este sentido, y para que entendamos el conflicto planteado, debemos partir de la regulación del artículo 44 del ET, que es el precepto que se encarga de trasponer la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Conforme a dicha regulación, en los supuestos en los que se produzca el cambio de titularidad de una unidad productiva autónoma, el nuevo empresario/a quedará subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, y estableciendo una serie de responsabilidades de carácter patrimonial entre la empresa cedente y la cesionaria.

Aunque en un primer momento la tesis del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) (actual TJUE) y de nuestro TS había sido identificar la sucesión de empresas con supuestos en los que se producía una transmisión de elementos patrimoniales, el TJCE cambió dicho criterio en su Sentencia (STJCE) de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95 (caso Sūzen), de manera que, en los supuestos en los estuviéramos ante sectores en los que es posible prestar el servicio sin activos especialmente significativos, ya que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, se podría considerar que el conjunto

de personas trabajadoras que ejerce de forma duradera una actividad común es una entidad económica. En virtud de dicha interpretación, si el nuevo empresario/a se hace cargo de una parte esencial, cuantitativa o cualitativa de la plantilla, se podrá considerar que nos encontramos ante una sucesión de empresas reconocida en la directiva, siendo conocida dicha doctrina como la «sucesión de plantillas».

Por lo tanto, y pese a que existen otros criterios a tener en cuenta para interpretar si se ha producido o no la sucesión de empresas, como son el traspaso de la clientela, la continuidad de la actividad o el grado de similitud entre las actividades, en los supuestos de actividades materializadas (actividades que necesitan de importante activos para la prestación del servicio) será un elemento muy relevante el hecho de que se haya producido una transmisión de elementos patrimoniales suficientes, mientras que en el caso en el que estamos ante actividades desmaterializadas (actividades intensivas en mano de obra) será un aspecto fundamental si se ha producido o no la asunción por parte del nuevo empresario/a de una parte esencial de la plantilla, en términos cuantitativos o cualitativos.

Sin embargo, y como podemos intuir con facilidad, en el supuesto de actividades materializadas, la subrogación se produce de forma automática al cambio de titularidad de los activos, mientras que en el supuesto de actividades desmaterializadas es necesario que se produzca la asunción por parte del empresario/a de parte esencial de la plantilla, quedando, por tanto, a su arbitrio y desprotegiendo a las personas trabajadoras que prestan servicios en dichos sectores ante los cambios de contratistas.

Ante dicha situación, los convenios colectivos de carácter sectorial incluyeron dentro de su regulación cláusulas subrogatorias, con la finalidad de que en los supuestos de sucesión de contratistas se produjera la subrogación empresarial, aunque con unos requisitos y efectos distintos a la legal. Estas cláusulas tenían diversa índole, de forma que cada convenio colectivo establecía sus propias condiciones respecto a la plantilla afectada por la subrogación (porcentajes, requisitos de antigüedad, entre otros), así como la exoneración respecto a las deudas de la empresa anterior. Por lo tanto, teníamos, por un lado, la sucesión de empresas del artículo 44 del ET y, por otro lado, la subrogación convencional, que tenía un carácter más atenuado.

Sobre la interpretación de dichas instituciones y la interrelación entre ellas se produjeron diversos pronunciamientos contradictorios por parte de nuestro TS. Así, la STJCE de 24 de enero de 2002 (caso Temco) estableció que se podía producir la sucesión de plantillas derivada de la aplicación de la subrogación convencional y que, por lo tanto, no existía una relación de impermeabilidad entre ambas. Esta tesis fue acogida por nuestro TS, aunque no sin mostrar sus discrepancias, hasta que la STS 276/2016, de 7 de abril, estableció que ambas instituciones eran diferentes y que, por lo tanto, la aplicación de una no podía dar lugar a los efectos de la otra. De manera que, conforme a la interpretación del TS, la subrogación convencional actúa cuando no es aplicable el artículo 44 del ET, ya que, si se cumplieran los requisitos legales, las cláusulas convencionales subrogatorias no

entrarían en juego, no produciéndose, por lo tanto, un conflicto de aplicación entre ambas instituciones. Por lo tanto, cuando la empresa se subroga en las relaciones laborales de parte de la plantilla, y lo hace en virtud de la obligación establecida en el convenio colectivo, lo realizará conforme a los requisitos y efectos previstos en la regulación convencional, sin aplicarse la regulación legal.

Esta tesis fue apoyada por parte de la doctrina científica, al entender que la subrogación convencional no limitaba la regulación del artículo 44 del ET, sino que mejoraba sus previsiones. En este sentido, Nores Torres (2016) sostenía que: «[...] la cláusula está extendiendo una parte de la tutela contenida en el art. 44 ET a supuestos de hecho no contemplados en la norma, algo perfectamente lícito en atención a su naturaleza» (pp. 160 y 161). Sin embargo, otro sector había entendido lo contrario, así Monereo Pérez y Ortega Lozano (2018) defendían que: «[...] constatada la existencia de una transmisión de empresa a través de la sucesión de plantilla ordenada por el convenio colectivo, se debía imponer la aplicación de las garantías contempladas en el art. 44 de ET» (p. 6).

La interpretación que había realizado el TS, en virtud de la cual ambas realidades podían existir de forma conjunta, sin conflictos entre ellas, fue acogida de forma más o menos uniforme, hasta que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia elevó cuestión prejudicial al TJUE sobre la materia. Así, la Sentencia del TJUE (STJUE) de 11 de julio de 2018 (caso Somoza Hermo) volvió a interpretar la cuestión en el mismo sentido que en el caso Temco anteriormente enunciado, de forma que, si como consecuencia de la aplicación de una cláusula subrogatoria se produce la asunción de una parte esencial de la plantilla, se estará ante una sucesión de empresas conforme a la directiva, y, por lo tanto, con los efectos del artículo 44 del ET.

Esta STJUE ha sido ya integrada por nuestro TS, que en la STS 873/2018, de 27 de septiembre, ha establecido que, cuando nos encontremos ante actividades desmaterializadas y se produzca la asunción de una parte esencial de la plantilla, nos encontraremos ante una sucesión de empresas de carácter legal, aplicando los efectos previstos para la misma, y no los previstos en el convenio colectivo aplicable. Por lo tanto, y como sostiene la STS, no se trata de una aplicación automática, sino que debe cumplir dos requisitos: (i) encontrarnos ante una actividad desmaterializada y (ii) que se produzca la asunción de una parte esencial de la plantilla, en términos cuantitativos o cualitativos. Así, en los supuestos en los que nos encontremos ante actividades materializadas, si únicamente se produce la subrogación de la plantilla sin ningún elemento patrimonial, se aplicarán los efectos del convenio colectivo. De igual forma, si con la aplicación de la cláusula subrogatoria no se produce la asunción de una parte esencial de la plantilla, nos encontraremos ante una subrogación convencional.

Sin embargo, y pese al principio de primacía del derecho de la Unión Europea, se debería realizar por parte de nuestro TS una nueva cuestión prejudicial sobre la materia, ya que, a nuestro juicio, el problema no está bien resuelto. Y es que, como pone de manifiesto el voto particular a la STS anteriormente enunciada, la STJUE parte de un presupuesto

equivocado para la resolución del supuesto, al entender que tanto el convenio colectivo como la directiva responden al mismo objetivo, no siendo cierta dicha afirmación. No podemos obviar que, cuando los convenios colectivos prevén cláusulas subrogatorias, estas precisamente pretenden aplicarse a situaciones en las que no es aplicable la sucesión legal, y que estas establecen sus propios requisitos y efectos, limitándose en la mayoría de los casos al mantenimiento del empleo, pero no a la responsabilidad por deudas entre las empresas. Por lo tanto, parece muy complicado de sostener que el convenio tenga el mismo objetivo que la regulación de la directiva.

Así, se debería partir de que el convenio colectivo no limita en ningún caso la aplicación del artículo 44 del ET, y, en consecuencia, de la directiva, ya que, precisamente, este se destina a supuestos en los que no procede la sucesión de empresas legal, al depender de la voluntad de la empresa entrante, que evidentemente no va a querer, salvo excepciones, asumir la totalidad de la plantilla, y mucho menos las consecuencias en materia de responsabilidad que ello conlleva. De manera que se deberían distinguir aquellos supuestos en los que la empresa entrante se limitase a asumir la plantilla derivada de la obligación convencional de forma estricta de aquellos supuestos en los que esta no se limite a contratar a aquellas personas trabajadoras a las que está obligado, sino que contrate a un número superior, por voluntad, al querer a determinadas personas trabajadoras, o simplemente por inobservancia de sus obligaciones. Así, en el primer supuesto se deberían aplicar las consecuencias previstas en el convenio, mientras que en el segundo se debería valorar si se ha producido o no una sucesión de plantillas, y, en consecuencia, los efectos de la sucesión de empresas legal. Entender lo contrario sería realizar una interpretación un tanto tramposa, ya que se estarían aplicando los efectos de la sucesión de empresas a un supuesto en el que no existiría causa de aplicación, y extendiendo unos efectos no previstos para dicha situación.

No estaría de más recordar que recientemente el TJUE se manifestó en dos pronunciamientos sobre un mismo supuesto aplicando dos soluciones distintas. Así, la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso Ana de Diego Porras I) entendió que el ordenamiento español discriminaba a las personas trabajadoras temporales respecto a las fijas por establecer una indemnización distinta para los supuestos de extinción del contrato en situaciones comparables. En sentido contrario, la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (caso Ana de Diego Porras II) interpretó, respecto al mismo supuesto, que no se producía discriminación en este caso, ya que no se trataba de situaciones comparables, respondiendo a razones objetivas diferentes. Como se puede apreciar, el presupuesto del que parte el TJUE, aunque se trate de unos mismos hechos, puede suponer un cambio sustancial en la interpretación de la cuestión, por lo que no estaría de más elevar una cuestión prejudicial en la que se plantee la situación de forma precisa y sin mezclar los conceptos, con la finalidad de que el TJUE se pueda manifestar una vez más, aunque teniendo una visión completa de la cuestión.

Además, podemos encontrarnos con que la aplicación de esta interpretación suponga que, por intentar llevar a cabo una protección excesiva, se produzca una desprotección de las personas trabajadoras en el futuro, ya que esto puede provocar el desincentivo de la

inclusión de dichas cláusulas en los convenios futuros, ante las gravosas consecuencias que puede suponer. O quizás, como ha sostenido De la Puebla Pinilla (2018): «[...] la incorporación de cláusulas de este tipo se hará con las cautelas y restricciones necesarias para asegurar que la subrogación no alcance a una parte esencial de la plantilla» (pp. 104 y 105). Por lo tanto, se podrían prever porcentajes tan reducidos que la protección sería ínfima, aunque, a nuestro juicio, ni siquiera así se evitaría el riesgo, ya que la sucesión de plantillas no opera solo por criterios cuantitativos, sino también cualitativos.

Es verdad que también pueden existir incentivos para incluir dichas cláusulas, ya que como defiende Preciado Domènech (2019): «la inclusión de estas cláusulas puede seguir siendo beneficiosa para ambas partes (y, especialmente, para la empresarial, pues les exime de tener que proceder a eventuales reestructuraciones de plantilla cada vez que pierde una contrata)» (p. 23). Sin embargo, y pese a que dicha afirmación es cierta, parece evidente que, si las personas titulares quisieran someterse a las garantías del artículo 44 del ET, bastaría con que lo pactaran en los convenios colectivos, y, conforme a la literalidad de estos, no parece que esta sea la voluntad de los mismos.

Por último, cabe señalar que parte de la doctrina, aunque no solo referido a los supuestos de subrogación convencional, ha manifestado la necesidad de modificar el artículo 44 del ET para adaptarlo a los supuestos de sucesión de plantillas. Así, Sanguinetti Raymond (2006) manifestó la necesidad de crear: «[...] un régimen especial para este tipo de sucesiones que, huyendo de las soluciones extremas pero de débil efectividad, se encontraría en condiciones de contemplar equilibradamente los distintos intereses en juego» (p. 118). Quizás lo oportuno, más allá del planteamiento de una nueva cuestión prejudicial, aunque a nuestro juicio necesaria, fuera una reforma del artículo 44 del ET que, teniendo en cuenta los distintos aspectos que componen dichas actividades, encaje dicha realidad en la regulación legal, dentro del respeto a la directiva.

6. Conclusiones

En relación con lo anteriormente expuesto, podemos señalar las siguientes conclusiones:

Primera. Los convenios colectivos de empresa pueden ser negociados tanto por la representación unitaria como por la representación sindical, siendo dicha facultad alternativa y no concurrente, aunque en el caso en el que hayan participado sujetos de diversa índole no se estará ante una causa de nulidad automática del convenio colectivo, sino que, conforme a un criterio finalista, se tendrá en cuenta la incidencia que dicha concurrencia ha tenido.

Segunda. Los convenios colectivos de empresa negociados por la representación sindical, siempre que se demuestre que actúan con tal carácter y tengan la mayoría en los órganos de representación unitaria de la empresa, tienen eficacia plena, afectando tanto a los centros existentes como a los futuros. Pese a que el ET solo reconoce la legitimación

a las secciones sindicales, la jurisprudencia ha entendido que también pueden ser negociados por los sindicatos de forma directa, siempre que demuestren su implantación en la empresa.

Tercera. Los convenios colectivos de empresa negociados por la representación unitaria solo serán válidos si se negocian por la representación de todos los centros de trabajo, de manera que, si hay centros sin representación, no se podrán negociar, ya que no es posible la designación de representantes *ad hoc* para la negociación de un convenio colectivo, ni tampoco la delegación de la representación. Además, con un criterio un tanto dudoso, por ir en contra de la literalidad de la norma, los convenios colectivos de empresa negociados por la representación unitaria solo pueden afectar a los centros existentes al momento de la negociación, y no a centros futuros, por lo que realmente son convenios de empresa de eficacia limitada o convenios de pluralidad de centros.

Cuarta. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial es de carácter limitado y absoluto. Por lo tanto, esta prioridad solo afecta a las materias expresamente recogidas en el ET, y se deben interpretar de forma restrictiva, ciñéndose a la literalidad del mismo. De igual forma, la prioridad se aplica aunque el convenio haya entrado en vigor con carácter posterior, pero no se puede aplicar retroactivamente si empeora las condiciones laborales. Los convenios colectivos sectoriales y los acuerdos interprofesionales no pueden restringir dicha prioridad aplicativa, aunque sí ampliarla a otras materias, mientras que nada impide que sea el propio convenio de empresa el que establezca su carácter supletorio.

Quinta. La existencia de un grupo de empresas laboral puede afectar a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos que negocien las empresas que forman parte del mismo, ya que, si el grupo de empresas es considerado el verdadero empresario, los convenios colectivos negociados por las empresas que forman parte del mismo serán convenios de una parte de la empresa, pero no de la empresa real, y, por lo tanto, no se deberían considerar convenios colectivos de empresa, con la correspondiente prioridad aplicativa. En estos casos se debería negociar a nivel del grupo de empresas laboral para poder disfrutar de dicho privilegio.

Sexta. La ultraactividad de los convenios colectivos ya no tiene carácter ilimitado, salvo que las partes establezcan lo contrario, de manera que, fenecido un convenio colectivo sin que se haya establecido pacto en contrario, el ET establece la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior.

Séptima. En el supuesto en el que no exista convenio colectivo de ámbito superior, la jurisprudencia ha interpretado que se produce la contractualización de las condiciones laborales del convenio fenecido, de manera que se siguen aplicando las condiciones laborales previstas en el mismo hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable. Dicha doctrina tiene algunas lagunas aún respecto a qué condiciones pueden o no contractualizarse, aunque, conforme a la jurisprudencia, en los casos en los que la empresa entienda que hay cláusulas del convenio que no se pueden aplicar, deberá comunicarlo a

las personas trabajadoras de forma expresa, y no siendo válida su realización de forma genérica, debiendo ser los tribunales en caso de controversia los que se manifiesten sobre los diferentes conflictos.

Octava. En el supuesto en el que exista un convenio colectivo aplicable o varios convenios colectivos aplicables de ámbito superior, se aplicará el que corresponda conforme a las reglas generales de concurrencia, basadas en el criterio temporal y en la distribución de materias realizadas por los convenios colectivos de distinto ámbito. En los supuestos en los que el convenio colectivo aplicable de ámbito superior no regule todas las condiciones, se cubrirán dichos vacíos aplicando la contractualización de las condiciones del convenio fenecido en aquellas que no se regulen.

Novena. La jurisprudencia comunitaria y nuestros tribunales, como consecuencia de la aplicación del principio de primacía de la normativa de la Unión Europea, han interpretado que, en los supuestos de actividades desmaterializadas en los que como consecuencia de la aplicación de un convenio colectivo se produzca una asunción de la parte esencial de la plantilla, en términos cuantitativos o cualitativos, serán aplicables los efectos de la sucesión de empresas legal y no los previstos en el convenio colectivo aplicable. Esta interpretación es de carácter dudoso, ya que parte de un presupuesto erróneo, al entender que ambas instituciones responden a un mismo objetivo, cuando, precisamente, el objetivo de las cláusulas convencionales es la garantía del empleo, cuando no sea aplicable la sucesión de empresas legal, sin la aplicación de las responsabilidades de carácter económico. Además, quizás fuera necesario realizar una modificación normativa que tratara de forma singular los supuestos de sucesión de plantilla, considerando las especialidades de dichas actividades y los intereses en juego.

Referencias bibliográficas

- Biurrún Mancisidor, Garbiñe. (2017). La concurrencia de convenios colectivos. En particular, las reglas sobre prioridad aplicativa y práctica judicial. *Actum Fiscal*, 129, 1-17.
- Cabeza Pereiro, Jaime. (2016). La representación de los trabajadores en la empresa. Representaciones unitarias, sindicales y *ad hoc*. Debilidades de nuestro modelo representativo. *Actum Social*, 107, 1-8.
- Casas Baamonde, María Emilia. (2013). La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos. *Relaciones Laborales*, 6, 1-26.
- Cruz Villalón, Jesús. (2013). Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva. *Temas Laborales*, 120, 13-32.
- Desdentado Bonete, Aurelio. (2015). La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014. *Revista de Información Laboral*, 3, 25-44.
- Durán López, Federico. (2014). Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de las condiciones laborales pactadas colectivamente. *Revista de Relaciones Laborales*, 9, 33-52.
- García-Perrote Escartín, Ignacio. (2019). Negociación colectiva. En Ignacio García-Perrote Escartín, *Manual de derecho del trabajo* (9.ª ed., pp. 955-1.058). Tirant lo Blanch.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2018). Los restos de un naufragio: la devaluación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la prevalencia del marco sectorial. *Revista de Información Laboral*, 9, 1-7.
- Goerlich Peset, José María. (2013). Las unidades de negociación: selección y relación entre ellas. *Actualidad Laboral*, 11, 1.341-1.359.
- Goerlich Peset, José María. (2014). Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente. *Revista de Información Laboral*, 5, 17-49.
- Goerlich Peset, José María y Blasco Pellicer, Ángel. (2015). La nueva situación de «post-ultraactividad» del convenio colectivo: una visión «rupturista». A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 *in fine* ET sobre ultraactividad de los convenios. *Revista de Información Laboral*, 2, 49-65.
- Merino Segovia, Amparo. (2014). Criterios jurisprudenciales sobre la pérdida de eficacia del convenio colectivo tras las últimas reformas laborales. *Actum Social*, 83, 1-12.
- Monereo Pérez, José Luis y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel. (2018). Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional –«ex convenio colectivo sectorial»–. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo. *La Ley Unión Europea*, 65, 1-22.
- Nieto Rojas, Patricia. (2016). El tratamiento del comité intercentros en la negociación colectiva. *Revista de Información Laboral*, 1, 181-197.
- Nores Torres, Luis Enrique. (2016). Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016). *Revista de Información Laboral*, 9, 151-163.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2019). Los fenómenos interempresariales (subrogación, cesión ilegal, subcontrataciones y grupos de empresa). *Actum Social*, 146, 1-33.
- Puebla Pinilla, Ana de la. (2018). Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional: reflexiones a partir de la



STS de 27 de septiembre de 2018. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 48, 108-118.

Rey Guanter, Salvador del. (2013). Una visión integrada sobre la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. *Actualidad Laboral*, 2, 230-242.

Rey Guanter, Salvador del. (2015). La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio

colectivo de empresa. *Actum Social*, 100, 1-6.

Sala Franco, Tomás. (2013). La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos. *Actualidad Laboral*, 10, 1.214-1.227.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2006). Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales. En Ricardo Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (pp. 99-118). Tirant lo Blanch.





Alcance y responsabilidades de la vigilancia de la salud en el ámbito de la prevención de riesgos laborales

Juan Gómez Arbós

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña Verónica Martínez Barbero, don Faustino Cavas Martínez, don Jordi García Viña, doña Lourdes Mella Méndez, don Cristóbal Molina Navarrete, doña Susana Rodríguez Escanciano y doña Aránzazu Vicente Palacio.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

La vigilancia de la salud es un elemento básico de la organización preventiva. Está directamente relacionada con la evaluación de riesgos y, sobre todo, con la adopción de medidas que previenen el riesgo real y efectivo. La detección temprana en determinados casos evita de manera directa accidentes, pero todo ello se encuentra sujeto a los principios constitucionales, que determinan los límites que pueden alcanzar dichos reconocimientos y garantizan a la persona trabajadora una atención adecuada y proporcional.

Palabras clave: vigilancia de la salud; reconocimientos médicos; Ley de prevención de riesgos laborales; personas trabajadoras especialmente sensibles; adicciones.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 09-09-2020 / Fecha de revisión: 26-11-2020

Cómo citar: Gómez Arbós, Juan. (2020). Alcance y responsabilidades de la vigilancia de la salud en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 65-102.





Scope and responsibilities of health surveillance in the field of occupational risk prevention

Juan Gómez Arbós

Abstract

Health surveillance is a basic element of preventive organization. It is directly related to risk assessment above all with the adoption of measures that prevent real and effective risk. Early detection in certain cases, it directly avoids accidents, but all of this is subject to constitutional principles, which determine the limits that these recognitions can achieve, and guarantee the worker adequate and proportional care.

Keywords: health surveillance; occupational risks; medical check-ups; fundamental rights; addictions; risk prevention; responsibilities.

Citation: Gómez Arbós, Juan. (2020). Scope and responsibilities of health surveillance in the field of occupational risk prevention. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 65-102.





Sumario

1. La vigilancia de la salud
 2. Elementos básicos del reconocimiento médico
 3. El carácter obligatorio del reconocimiento médico. El laberinto de las pruebas diagnósticas y la COVID-19
 4. Los convenios colectivos y los reconocimientos médicos
 5. La participación de la representación de las personas trabajadoras
 6. Adicciones y reconocimientos médicos
 7. El establecimiento de medios de intercambio de datos sanitarios como medida de gestión de los reconocimientos médicos
 8. La protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles y la vigilancia de la salud
 9. Responsabilidades derivadas de la falta de vigilancia de la salud
- Referencias bibliográficas

1. La vigilancia de la salud

Uno de los aspectos que determinan en cierta medida la efectividad de las medidas preventivas son los reconocimientos médicos (Fernández-Costales Muñiz, 2009; Gómez Mur, 2010; González Díaz, 2011; Navarro Nieto, 2012; Pedrosa Alquézar, 2005, p. 106; Serrano García, 2010; Toscani Giménez, 2012). El Convenio 155 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, ratificado por España el 11 de septiembre de 1985, y su Protocolo de 2002, así como la guía de la OIT sobre Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo de 2009, sirven de referencia para el desarrollo de políticas y programas de seguridad y salud en el trabajo sobre la base de la filosofía de prevención y protección de la OIT que se desprende del mandato de la organización en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Además, en el ámbito de la Organización Mundial de la Salud (OMS), debemos tener en cuenta el Reglamento sanitario internacional de 2005 (RSI) que entró en vigor el 15 de junio de 2007. La Directiva 89/391/CE, de 12 de junio, Directiva Marco de seguridad y salud en el trabajo, establece las bases que deben aplicarse en los países la Unión Europea (UE). En España tienen su reflejo tanto en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública (LGSP), como en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) y en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención. El estudio referido a la realización de los reconocimientos médicos además exige el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), que requiere que exista una justificación y que se pruebe su indispensabilidad. El artículo 14 de la LPRL contempla el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y el correlativo deber de la empresa de procurarles dicha protección frente a los riesgos laborales. En cumplimiento de este deber, la empresa habrá de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras a su servicio. La vigilancia de la salud de las personas trabajadoras se concreta fundamentalmente en los denominados «reconocimientos médicos», cuyo objeto es detectar cualquier enfermedad que sufra o pueda sufrir la persona trabajadora como consecuencia de la realización de su trabajo, desvelando si las medidas de prevención que se están adoptando o que se prevé adoptar son las adecuadas para eliminar o reducir los riesgos para su salud. El origen del deber contemplado y regulado en el artículo 22 de la LPRL¹ se encuentra en el

¹ El artículo 22.1 de la LPRL señala como regla general que los reconocimientos médicos solo podrán llevarse a cabo cuando la persona trabajadora preste su consentimiento, de modo que el deber de la empresa de vigilar la salud de la persona empleada se cumple siempre que se ofrezcan los reconocimientos médicos adecuados y se practiquen en la medida que así lo quieran las personas trabajadoras.

artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE, que subraya el ya mencionado carácter específico y finalista de la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras atendiendo a los riesgos laborales a que están sometidas. Introduce el principio de voluntariedad como un derecho subjetivo del que disfrutan. Además, contempla la periodicidad de estos exámenes de salud, que han de realizarse a intervalos regulares. En cualquier caso, debemos distinguir entre reconocimientos médicos voluntarios y reconocimientos médicos obligatorios. Si bien el marco de confidencialidad y proporcionalidad ampara ambos supuestos, la determinación de los mismos, además de amparada por una norma de referencia, deberá tener en cuenta los riesgos para la persona trabajadora y para terceras personas que pueda suponer la ausencia de reconocimiento médico obligatorio.

2. Elementos básicos del reconocimiento médico

El reconocimiento médico, como elemento de salud, es de carácter voluntario (Martínez Fons, 2004). Es necesario que se realice con autorización de la persona trabajadora; para ello, el TC establece que sea previo, exteriorizado (bien de forma escrita, de forma verbal o mediante actos concluyentes), informado y pleno. El consentimiento (Sentencia del TC –STC– 196/2004) debe mostrar la voluntad real de someterse a las pruebas médicas. Debe constar igualmente, para poder acreditar que se ha cumplido con la obligación prevista en el artículo 22 de la LPRL, que se ha ofrecido a la persona trabajadora, que esta ha tenido la posibilidad de realizarlo y, en caso de que no haya optado por hacer efectivo ese derecho, es recomendable que se dé constancia de la negativa del mismo a su realización². Los reconocimientos nunca deben suponer una carga, coste o consecuencia negativa y perjudicial para la persona trabajadora, por lo que generalmente deben realizarse dentro de la jornada laboral y, cuando se realicen fuera de ella, el tiempo invertido deberá ser tenido en cuenta como tiempo efectivo de trabajo y, por tanto, compensable (Sentencia de la Audiencia Nacional 26/2020, de 2 de marzo). El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), contempla una serie de derechos que deben tenerse en cuenta en el ámbito de los reconocimientos médicos, entre otros el derecho de oposición (art. 21 RGPD), derecho de rectificación (arts. 16 RGPD y 14 Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales –LOPDGDD–), derecho de supresión –«derecho al olvido»– (art. 17 RGPD), portabilidad de los datos (art. 20 RGPD) o derecho a la limitación en el tratamiento de los datos (art. 18 RGPD) (Alegre Nueno, 2019, pp. 2-3).

² La nota técnica de prevención (NTP) 959 indica que:

[...] no es necesario obligar al trabajador a firmar la negativa a realizar el examen médico ya que puede considerarse una coacción de libertad [...]. Sí es aconsejable pedir la firma o acuse de recibo del ofrecimiento de vigilancia de la salud.

En cualquier caso, la realización de los reconocimientos médicos deberá estar sujeta a unos protocolos médicos, que podrán variar en función de la evaluación de riesgos inicial y sus revisiones realizadas en la empresa, y que, en definitiva, es la que determina qué tipo de pruebas son las más adecuadas en función de riesgos detectados³. El médico del trabajo deberá atender a la misma y realizar, por tanto, el reconocimiento y pruebas diagnósticas que procedan, sin que la falta de protocolo sea excusa para no dar cumplimiento a la obligación legal establecida en el artículo 22 de la LPRL⁴. No se incluirá entre las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios sanitarios de los servicios de prevención la realización de exploraciones y pruebas no relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas a las personas trabajadoras o con riesgos inespecíficos que puedan dar lugar a agravar patologías previas. En todo caso, toda prueba o exploración deberá acompañarse de la mención explícita del riesgo o problema de salud asociado a la actividad laboral que se pretende examinar. No obstante, el servicio de prevención podrá realizar programas preventivos no relacionados directamente con riesgos laborales cuando estos hayan sido acordados en la negociación colectiva⁵. Igualmente se han admitido los reconocimientos médicos solicitados por terceras empresas a petición de la empleadora, para verificar el estado de enfermedad de la persona trabajadora conforme al artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), siempre a través de personal médico, con carácter voluntario, donde no se exige el parte de baja médica ni se practica tampoco ninguna prueba diagnóstica, no vulnerándose ningún derecho de la persona trabajadora, en tanto se trata de una actuación que está exclusivamente dirigida a verificar su estado de salud como justificación de la inasistencia al trabajo (STS 62/2018, de 25 de enero)⁶. Las medidas de vigilancia y control de la salud de las personas trabajadoras se llevarán a cabo respetando siempre su derecho a la intimidad⁷ y a la dignidad y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Los resultados de la vigilancia referida serán comunicados a las personas trabajadoras afectadas.

³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 18 de mayo de 2011 (rec. 2621/2010) –entiende que existe responsabilidad en el recargo de prestaciones, aunque anualmente en la empresa se llevaban a cabo reconocimientos médicos, sin contener ninguna especificidad relativa a los riesgos de amianto– y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco 383/2019, de 19 de febrero.

⁴ Vid. STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de mayo de 2004 (rec. 377/2002) –se conforma un acta de infracción de la Inspección de Trabajo, indicando que la ausencia de protocolos, que en cualquier caso no se acredita, no exime de la aplicación del art. 22 de la LPRL–.

⁵ Artículo 3 del Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención.

⁶ Aunque la falta de colaboración voluntaria puede derivar en la retirada del complemento de la incapacidad temporal por parte de la empresa y la solicitud al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) del alta de la persona trabajadora.

⁷ Vid. SSTC 159/2009, de 29 de junio; 70/2009, de 23 de marzo; 206/2007, de 24 de septiembre, y 196/2004, de 15 de noviembre; y STSJ de Galicia de 5 de julio de 2019 (rec. 2595/2019). No se produce violación del derecho a la intimidad en caso de que el reconocimiento sea obligatorio: STSJ de Cataluña 4308/2019, de 19 de septiembre (rec. 2775/2019).

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras, sin que pueda facilitarse a la empleadora o a otras personas sin consentimiento expreso de la persona trabajadora, prohibiéndose la transmisión de la información médica obtenida al amparo de lo dispuesto en la ley a cualquier tercera persona distinta del personal médico⁸. No obstante lo anterior, el titular de la empresa y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud de la persona trabajadora para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva. En el caso de los delegados/as de prevención, atendiendo al artículo 36.2 de la LPRL, será posible acceder a los datos personales relativos a los daños causados a la salud de las personas trabajadoras garantizando el respeto de la confidencialidad. Según señala la AEPD (Informe de 7 de enero de 2009), no deberá hacerse extensiva a todo el historial médico que se derive de su asistencia por accidente o enfermedad con motivo del trabajo.

En cuanto a situaciones derivadas de cuestiones de sanidad y seguridad pública, no relacionadas directamente con la actividad laboral, como ocurrió en el caso de la gripe A o con los supuestos de COVID-19 (Informe AEPD 17/2020), el RGPD ya reconoce que, en situaciones excepcionales, como una epidemia, la base jurídica de los tratamientos puede ser múltiple, basada tanto en el interés público como en el interés vital de la persona interesada u otra persona física. La obligación que corresponde a cada persona trabajadora de velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones de la empresa, se concreta en que deberán informar de inmediato a la persona que ostente directamente el puesto jerárquicamente superior y a las personas trabajadoras designadas para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud. En el ámbito de la situación derivada de la COVID-19, ello supone que la persona trabajadora deberá informar a su empleadora en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de las demás personas trabajadoras del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas. La empleadora deberá tratar dichos datos conforme al RGPD. En relación con la posibilidad de que se ponga en conocimiento por parte del servicio de prevención al titular de la empresa sobre el listado de personas trabajadoras afectadas, de nuevo la AEPD se manifestó, en el caso de la gripe A, de manera contraria a dicha comunicación (Informe de 1 de enero de

⁸ En este sentido se ha manifestado la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en Informe de 1 de enero de 2009.

2009), señalando que, para comunicar cualquier información médica a la persona cliente, deberá obtenerse consentimiento expreso de las personas afectadas o analizar si la LPRL permite otorgar dicha información. Lo único que se puede comunicar es si la persona trabajadora es apta para el desempeño del trabajo. Cuestión distinta es que, para prevenir la propagación de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y dar una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública, las autoridades responsables, dentro de su respectiva jurisdicción, adopten la aplicación de medidas sanitarias de conformidad con el RSI y la LGSP, así como la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Teniendo la ciudadanía la obligación de comunicar a la autoridad sanitaria hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población, que velará por la protección debida a los datos de carácter personal (arts. 8 y 9 LGSP). Igualmente, la LPRL establece en su artículo 29.4 y 5 la obligación de colaboración de la persona trabajadora, debiendo comunicar a la empresa aquellas cuestiones que puedan afectar a su seguridad o a la de terceras personas y contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud en el trabajo⁹. En su caso, las medidas de salud pública podrían derivar en medidas cautelares como el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, o en la determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias (art. 54 LGSP). Por tanto, no cabe la obligación de comunicar a la empresa o al servicio de prevención la situación de salud de la persona trabajadora, que podrá realizarse de manera voluntaria. Sí cabe la obligación de que se comunique a la autoridad sanitaria, siendo esta la competente para adoptar las medidas que estime oportunas, con el fin de garantizar la salud pública. En cualquier caso, los datos relativos a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras no podrán ser usados con fines discriminatorios¹⁰ ni en perjuicio de la persona trabajadora. Las situaciones derivadas de esta cuestión se encuentran referidas a la condición de aptitud (y se califican como aptitud con limitaciones, restricciones, adaptaciones) o de no aptitud. La declaración de no apto implica la consideración de que la persona trabajadora no puede desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo¹¹, la ineptitud debe ser probada por la empresa, debe ser permanente y no meramente circunstancial, imputable a la persona trabajadora y no achacable a defectuosos medios de trabajo, verdadera y no disimulada, referida al conjunto o, por lo menos, a la principal de las tareas encomendadas, de suficiente entidad y, sobre todo, independiente de la voluntad, no debida a un actuar deliberado y consciente de la persona. La mera calificación del servicio de prevención como «no apto» no es causa que por sí misma justifique la extinción de la

⁹ Esto mismo lo recuerda el Informe AEPD 7/2020.

¹⁰ Vid. STSJ de Galicia de 16 de enero de 2017 (rec. 3940/2016).

¹¹ Vid. SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 23 de febrero de 2012 (rec. 111/2012) y Madrid 497/2016, de 11 de julio.

relación laboral al amparo del artículo 52 a) del ET, porque el puesto de trabajo puede implicar serios problemas de salud o los problemas de salud impedir la realización de las tareas propias del puesto. Tampoco supone el reconocimiento de una incapacidad profesional. Por ello, la empresa debe proceder a su separación del puesto de trabajo en dichas condiciones y a la adaptación del puesto de trabajo, sin que pueda considerarse modificación sustancial de condiciones de trabajo¹². No obstante, esta situación da lugar a que, en caso de duda, haya personas trabajadoras que opten por no someterse a los reconocimientos ante el riesgo de perder el puesto de trabajo (Núñez González, 2016, p. 119).

3. El carácter obligatorio del reconocimiento médico. El laberinto de las pruebas diagnósticas y la COVID-19

La vigilancia de la salud tiene una clara incidencia en el ámbito de la intimidad personal de las personas trabajadoras, y no solo hay que pensar en la posible afección de la intimidad corporal a raíz de la realización de determinadas pruebas médicas, sino, sobre todo, en que se ponen de manifiesto datos e informaciones relativas a la salud que pertenecen a su esfera de privacidad¹³. Ahora bien, la regla general de la voluntariedad de los reconocimientos presenta ciertas excepciones formuladas por la legislación, en las que la vigilancia de la salud deviene obligatoria previo informe de la representación legal de las personas trabajadoras. Son los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de las personas trabajadoras o para verificar si el estado de salud de estas puede constituir un peligro para las mismas, para las demás personas trabajadoras o para otras relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal¹⁴ en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad¹⁵. Igualmente, el ordenamiento ha previsto una serie de supuestos que deben añadirse al establecimiento de reconocimientos médicos previos como los indicados en la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), que señala expresamente en su artículo 243 que todas las empresas que hayan

¹² Vid. STSJ de Madrid 405/2006, de 14 de junio, y STS de 18 de diciembre de 2013 (rec. 2566/2012).

¹³ Vid. SSTC 37/1989, de 15 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 57/1994, de 28 de febrero.

¹⁴ La obligación de someterse a reconocimientos médicos la podemos encontrar en los Reales Decretos 664/1997, de 12 de mayo –agentes biológicos–; 665/1997, de 12 de mayo –agentes cancerígenos–; 396/2006, de 31 de marzo –amianto–; 286/2006, de 10 de marzo –ruido–; 1311/2005, de 4 de noviembre –vibraciones mecánicas–; 783/2001, de 6 de julio –radiaciones ionizantes–; y 1696/2007, de 14 de diciembre –reconocimientos médicos de embarque marítimo–.

Vid. STC 196/2004, de 15 de noviembre –*obiter dicta* entiende que las pruebas obligatorias de alcohol y drogas sí hubieran procedido en caso de que el trabajador hubiera sido un piloto de avión–.

¹⁵ Vid. STSJ del País Vasco 2213/1998, de 4 de junio –establece la responsabilidad por daños y perjuicios derivada del incumplimiento del deber de realizar reconocimientos médicos en trabajos con amianto–.

de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de las personas trabajadoras que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que al efecto apruebe el Ministerio de Trabajo¹⁶. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para la persona trabajadora. Las empresas no podrán contratar personas trabajadoras que en el reconocimiento médico no hayan sido calificadas como aptas para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación de la persona trabajadora en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos. Es decir, no solo establece una obligación previa, además la hace extensiva al periodo y repetición que sean necesarios para la actividad que deba desarrollarse, que puede exigirse además en caso de reincorporación después del alta del INSS, sin que por ello se viole el derecho a la intimidad¹⁷. En cualquier caso, las disposiciones de aplicación y desarrollo determinarán los casos excepcionales en los que, por exigencias de hecho de la contratación laboral, se pueda conceder un plazo para efectuar los reconocimientos inmediatamente después de la iniciación del trabajo. Es el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, el que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y donde se encuentran comprendidas las enfermedades profesionales causadas por agentes químicos, físicos, biológicos, por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados, enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados y, por último, las causadas por agentes carcinogénicos.

La obligatoriedad de los reconocimientos médicos supone que es más importante proteger el derecho a la salud que la libertad de decidir si se protege o no. La salud de la persona trabajadora ha de quedar salvaguardada por encima de su propia decisión, convirtiendo el derecho a los reconocimientos médicos en un deber¹⁸. Tan solo queda

¹⁶ Vid. STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 73/2002, de 23 de enero –confirma acta de infracción por no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar a los afectados el resultado de los mismos. Ninguno de los trabajadores contratados fue sometido a reconocimiento médico previo al comienzo de su actividad cuando este trámite viene impuesto por el artículo 196.1 de la LGSS si se trata de actividades susceptibles de causar enfermedades profesionales–.

¹⁷ Vid. STSJ de Cataluña 4308/2019, de 19 de septiembre –tras reincorporación por alta del INSS, las revisiones médicas son obligatorias en el caso de riesgo de enfermedades profesionales, y en el caso de las excepciones al principio de voluntariedad en enfermedades comunes, especialmente cuando la enfermedad pueda constituir un peligro para el propio trabajador o para terceros. El mero requerimiento de pasar examen médico obligatorio tras 2 años de baja, sin llegar a pasarlo, no constituye violación alguna de su derecho a la intimidad, primando la excepción establecida en función de los riesgos–.

¹⁸ Vid. STC 2/1982, de 29 de enero –no existen derechos ilimitados: todo derecho tiene sus límites, que en relación con los derechos fundamentales establece la Constitución (CE) por sí misma en algunas

justificada su realización obligatoria cuando resulte imprescindible¹⁹. Por tanto, cuando constituya el único mecanismo posible para determinar si el estado de la persona trabajadora puede suponer un riesgo, atendiendo particularmente a la gravedad del mismo y a la existencia de razones fundadas para presumir su existencia. Meras sospechas o elucubraciones acerca de posibilidades más o menos remotas de que dicho riesgo existiera no justificarían la realización del reconocimiento con carácter obligatorio²⁰, por ello la obligatoriedad no puede imponerse²¹. El carácter obligatorio de este reconocimiento queda justificado por la posibilidad de que se generen riesgos a terceros. La STC 196/2004, de 15 de noviembre, señala que la obligatoriedad no puede imponerse:

[...] si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, se precisa el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues el trabajador es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión. Así pues, los límites legales quedan vinculados, o bien a la certeza de un riesgo en la salud de los trabajadores o terceros, o bien, en determinados sectores a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Esta sentencia justifica la obligatoriedad cuando concurre un riesgo o peligro cierto objetivable. Por ello, para tener una justificación en la obligatoriedad de los reconocimientos

ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales–.

¹⁹ Vid. STSJ de Asturias 4452/2007, de 9 de noviembre –la disposición adoptada por la empresa de someter a todos los trabajadores tras una baja laboral prolongada a un reconocimiento médico podrá o no ser considerada una medida conveniente, pero en el caso abordado, ante la falta de datos probados concretos de significado contrario, no hay razón específica alguna para calificarla de imprescindible, ya que ha de presumirse que el alta médica recibida responde a una valoración especializada sobre la recuperación por el trabajador de su capacidad laboral en condiciones que le permitan afrontar con seguridad para sí, sus compañeros de trabajo y terceros los requerimientos físicos-psíquicos del puesto de trabajo–.

²⁰ Vid. STS de 10 de junio de 2015 (rec. 178/2014).

²¹ Vid. STSJ de Galicia de 5 de julio de 2019 (rec. 2595/2019) –tras alta del INSS, el actor fue sometido al reconocimiento médico siendo considerado apto. La sentencia de instancia desestima la demanda rectora al considerar que la actuación de la empresa no supuso violación del derecho fundamental a la intimidad, al estar el supuesto del actor comprendido en las excepciones previstas en el art. 22 de la LPRL, al estimar que en las condiciones de trabajo del actor concurren determinadas circunstancias que pueden influir en la salud del trabajador y que hacen que el reconocimiento médico resulte necesario, proporcional e idóneo, no existiendo otra alternativa para verificar su estado de salud. El TSJ desestima la sentencia de instancia y señala que la obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquel es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión–.

médicos debemos identificar el riesgo²². El TS ha entendido en los supuestos de brigadas de extinción de incendios, personal de vigilancia²³ y puestos de conducción, así como trabajos en altura, la necesidad de avalar el establecimiento de reconocimientos médicos obligatorios. Indica que hemos de partir de que la detección de enfermedades que conviertan en inadecuadas las tareas encomendadas evitará que las propias personas trabajadoras puedan tener que ser auxiliadas en situaciones de emergencia, haciendo surgir un riesgo para terceras personas. Para conjurar el riesgo que supone el destinar una persona sin los requerimientos psicofísicos a esas peligrosas tareas es necesario conocer su estado de salud²⁴.

En el caso del personal de vigilancia²⁵, a la vista de sus funciones, se entiende que la vigilancia de la salud, en su vertiente de instrumento al servicio de la prevención de riesgos laborales, aparece como decisiva para garantizar el derecho a la salud de cuantas personas intervienen en el ámbito de la relación laboral y de las terceras personas que con ellas se relacionan y, en ese sentido, entronca directamente con el artículo 14 de la LPRL que establece el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; derecho al que corresponde el correlativo deber empresarial de protección de las personas empleadas frente a los riesgos laborales, garantizando la seguridad y salud de todas las que estén a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. No cabe duda, por tanto, de que la vigilancia de la salud es, en los supuestos aquí examinados, tanto desde la perspectiva de derecho de la persona trabajadora como desde la perspectiva empresarial, un instrumento al servicio de la prevención de los riesgos laborales que según los casos puede alcanzar una gran importancia y convertirse

²² Vid. STSJ de Castilla-La Mancha 100/2011, de 27 de enero –los trabajadores del centro de trabajo se encuentran expuestos a agentes químicos peligrosos, recogidos en el listado correspondiente como potencialmente causantes de enfermedades profesionales, según resulta de las distintas evaluaciones de riesgos laborales llevadas a cabo, lo que permite concluir que las medidas de vigilancia de la salud que pretende adoptar la empresa se consideren adecuadas para los fines a que se destina de protección de los trabajadores–.

²³ Engloba dicha actividad ejercer la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión; efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de estos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio. También la ley les asigna la función de evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección. Proteger el almacenamiento, recuento, clasificación, transporte y dispensado de dinero, obras de arte y antigüedades, valores y otros objetos valiosos, así como el manipulado de efectivo y demás procesos inherentes a la ejecución de estos servicios. Los escoltas, además, tienen encomendado el acompañamiento, defensa y protección de personas determinadas, o de grupos concretos de personas, impidiendo que sean objeto de agresiones o actos delictivos.

²⁴ Vid. STS de 10 de junio de 2015 (rec. 178/2014).

²⁵ Vid. STS de 7 de marzo de 2018 (rec. 42/2017).

en un pilar básico sobre el que poder construir la actividad preventiva en la empresa. No cabe la renuncia en estos supuestos, ni, por tanto, realizar la actividad si no se dispone del reconocimiento médico preceptivo²⁶, pudiendo dar lugar a la adopción de medidas disciplinarias como el despido²⁷.

En el caso de personas que conducen vehículos (Gómez Arbós, 2013, pp. 103-105) y las que realizan trabajos en altura²⁸, el TS también avala la obligatoriedad de dichos reconocimientos. La STS de 10 de junio de 2015 (rec. 178/2014) incide en que, junto con el interés individual de la persona trabajadora de proteger su propia intimidad, hay otro interés preponderante: el del resto de personas trabajadoras o de terceras personas, cuya integridad física y salud pueden depender de ello. Para conjurar el riesgo que supone el destinar una persona sin los requerimientos psicofísicos precisos es necesario conocer y comprobar que goza de un adecuado estado de salud. Estos supuestos también se habían examinado en diferentes TSJ para los casos de vigilantes²⁹ y personas conductoras de vehículos, en los que también se ha entendido que el examen médico es absolutamente necesario y presupuesto imprescindible para realizar sus tareas³⁰. También exigen los tribunales que la

²⁶ Vid. STSJ de Madrid 80/2010, de 4 de febrero –parte de la premisa de que los reconocimientos médicos son, con carácter general, voluntarios, pero ello no significa que la persona trabajadora pueda oponerse a los reconocimientos cuando las funciones para las que fue contratada requieren constatar que su estado de salud es compatible con aquellas (en el caso, con la conducción de vehículos a motor). No puede razonablemente sostenerse que la persona trabajadora tiene reconocido un derecho de resistencia a someterse a estos reconocimientos médicos, porque tal reconocimiento no es (en el caso) caprichoso o carente de fundamento, sino absolutamente necesario y presupuesto imprescindible para realizar las tareas para las que fue contratada (conductor). En estos casos se justifica judicialmente incluso el despido disciplinario, *vid.* STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de mayo de 2004 (rec. 377/2002), donde se conforma un acta de infracción de la Inspección de Trabajo, indicando que la ausencia de protocolos, que en cualquier caso no se acredita, si el reconocimiento es obligatorio no exime de la aplicación del art. 22 de la LPRL. En sentido contrario, *vid.* STSJ de Galicia de 9 de abril de 2019 (rec. 4057/2018), que no aprecia responsabilidad de la empresa en la incapacidad de la persona trabajadora, a pesar de la negativa de la misma durante 4 años a realizarse los reconocimientos médicos, y de la obligación de realizar el mismo establecido en el convenio colectivo. Dada la actividad, silicosis, y la propia obligación establecida en convenio, no cabe que se preste una actividad sin el reconocimiento de la persona trabajadora. Por tanto, debería aplicarse la responsabilidad a la empresa ya que a falta del mismo debía impedir la realización de la actividad–.

²⁷ Se acepta la situación de despido en las SSTSJ de Extremadura de 5 de febrero de 2013; Madrid 80/2010, de 4 de febrero; Andalucía de 12 de mayo de 2008 (rec. 2925/2007). Se aplica la suspensión de empleo y sueldo en la STSJ de Andalucía de 1 de julio de 1998 (rec. 4515/1997).

²⁸ Vid. STS 33/2019, de 21 de enero.

²⁹ Vid. STSJ de Extremadura 44/2013, de 5 de febrero. Un comentario crítico por la escasa fundamentación de la sentencia aplicando una excepción a un derecho fundamental en Carrizosa Prieto (2013).

³⁰ Vid. SSTSJ de Madrid 80/2010, de 4 de febrero, y País Vasco 904/2019, de 14 de mayo –procedimiento para la certificación de aptitud psicofísica del personal que desarrolla su actividad laboral en relación con la circulación ferroviaria, que implica un reconocimiento médico imprescindible y obligatorio: inexistencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino tan solo pequeña modificación

empresa pruebe que la medida del reconocimiento médico es estrictamente indispensable. Esto es, que no exista otra opción menos intrusiva³¹ en la intimidad de la persona trabajadora para satisfacer la política preventiva con igual eficacia. La empresa debe acreditar que no existen otras opciones alternativas con menor impacto. Lo cierto es que, en aplicación de la doctrina del TS, se han ido ampliando las situaciones donde es posible que sea exigible la realización de un reconocimiento médico obligatorio, como en los supuestos de trabajos con barredoras, carretillas, transpaletas, trabajos sometidos a estrés térmico, como el de cámaras frigoríficas, o trabajos en espacios confinados³².

• El laberinto de las pruebas diagnósticas y la COVID-19

Las propuestas de utilización de los test rápidos diagnósticos de detección de anticuerpos (PCR), test rápidos de antígeno, que son pruebas de diagnóstico rápido, los test serológicos que no detectan el virus, y la toma de temperatura generan dudas de si pueden establecerse de manera obligatoria como pruebas diagnósticas de la vigilancia de la salud. Conforme a lo establecido por el Ministerio de Sanidad el 7 de abril de 2020, en general, las pruebas diagnósticas de PCR solo se realizarán en pacientes sintomáticos, moderados o graves en el ámbito hospitalario, o leves en el ámbito extrahospitalario, priorizando en este último la utilización de los test en residencias de personas mayores y centros sociosanitarios con el objetivo de detectar precozmente los casos e investigar los posibles brotes. En instituciones penitenciarias, las PCR serán pruebas de elección diagnóstica. No se indica en dicha instrucción ni hay norma hasta la fecha que establezca la obligación de realización de dichos test en los centros de trabajo de manera generalizada. En relación con la posibilidad de establecer controles biométricos (Rodríguez-Piñero Royo, 2019, pp. 94-95) de temperatura es fundamental distinguir, cuando se trata de biometría, entre «controles» y «datos», porque nos vamos a encontrar con ambos en el ámbito laboral. «Control» es el artilugio que permite realizar autenticaciones o identificaciones a partir de una característica biométrica de la persona; «dato» es la información que se obtiene a partir de este control. Para que se impida el acceso a los puestos de trabajo con valores irregulares se plantean

en la certificación de la aptitud, a fin de garantizar la vigilancia periódica de la salud de las personas trabajadoras, en función a los riesgos inherentes al trabajo, evitando el peligro para sí mismas, para las demás personas trabajadoras o para la ciudadanía en general, que no supone la vulneración de derechos fundamentales. No se está ante un convenio colectivo que habilite la generación de posibles reconocimientos médicos obligatorios, sino ante los supuestos contemplados por la propia LPRL que ampara su carácter de obligatoriedad-.

³¹ Se trata de optar por aquellos que causen las menores molestias a la persona trabajadora y que sean proporcionales al riesgo. A esta idea de proporcionalidad también aludía la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, actual LOPDGDD, al exigir que los datos obtenidos no sean excesivos con el ámbito y las finalidades para las que se obtuvieron.

³² Vid. SSTSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2016 (rec. 177/2016) y 31 de marzo de 2016 (rec. 304/2016).

diversas cuestiones, en relación con la posibilidad de que se pueda realizar dicha prueba y con el personal al que pueda realizarse. La AEPD ha señalado, como interpretación a preguntas frecuentes³³, que dicha medida corresponde a la vigilancia de la salud del artículo 22 de la LPRL y, por tanto, debe realizarse por personal especializado. El 30 de abril de 2020 en un comunicado³⁴ de la AEPD, en relación con la toma de temperatura por parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos, se indicaba que esta supone una injerencia particularmente intensa en los derechos de las personas afectadas. Por una parte, porque afecta a datos relativos a la salud de las personas, no solo porque el valor de la temperatura corporal es un dato de salud en sí mismo, sino también porque, a partir de él, se asume que una persona padece o no una concreta enfermedad, como es, en estos casos, la infección por coronavirus. La aplicación de estas medidas y el correspondiente tratamiento de datos requeriría la determinación previa que haga la autoridad sanitaria competente, que en estos momentos es el Ministerio de Sanidad, de su necesidad y adecuación al objetivo de contribuir eficazmente a prevenir la diseminación de la enfermedad en los ámbitos en los que se apliquen, regulando los límites y garantías específicos para el tratamiento de los datos personales de las personas afectadas.

Aunque el virus ha sido catalogado hasta la fecha dentro del grupo 2 («aquél que puede causar una enfermedad en el hombre y puede suponer un peligro para los trabajadores, siendo poco probable que se propague a la colectividad y existiendo generalmente profilaxis o tratamiento eficaz»), dicha clasificación no está adaptada al progreso de los conocimientos científicos, teniendo en cuenta que ya ha sido modificada por la Directiva de la Comisión 2019/1833, de 24 de octubre, donde los coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV) y coronavirus del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV) ya aparecen clasificados en el grupo 3 («aquél que puede causar una enfermedad grave en el hombre y presenta un serio peligro para los trabajadores, con riesgo de que se propague a la colectividad y existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz»). El nuevo coronavirus de que ahora se trata es análogo al primero de ellos, hasta el punto de haber sido denominado, entre otras maneras, como SARS-CoV-2. Aunque el plazo de incorporación de la directiva no vence hasta el 20 de noviembre de 2021, lo cierto es que se ha constatado su facilidad en la propagación y contagio³⁵. Por tanto, cabe entender que en esta circunstancia ha quedado acreditada la posibilidad de que se generen riesgos a terceros³⁶. Ahora bien, la realización de pruebas PCR o test rápidos no garantiza que la persona trabajadora se encuentre infectada en ese momento, ni que lo vaya a estar en el futuro. La OMS³⁷, en este caso y refiriéndose a los pasaportes serológicos, indica que las personas que asumen que son

³³ Vid. https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf.

³⁴ Vid. <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-aepd-temperatura-establecimientos>.

³⁵ Como indica el Auto del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2020 (proc. núm. 318/2020).

³⁶ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha 100/2011, de 27 de enero.

³⁷ Vid. <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>.

inmunes a una segunda infección porque han recibido un resultado positivo pueden ignorar los consejos de salud pública. Por lo tanto, el uso de dichos certificados puede aumentar los riesgos de transmisión continua. Si bien existe la posibilidad de establecer reconocimientos médicos previos en caso de riesgo para la salud de la persona trabajadora y de terceras, los mismos deben respetar el principio de proporcionalidad de la medida adoptada. Dado que dicha medida no es recomendada por la OMS ni por Sanidad, con carácter general, como habilitación o pasaporte para realizar una actividad laboral, no parece que dicha medida se pueda considerar como proporcional, atendiendo además a los criterios de salud pública y la autoridad competente en esta materia.

Conforme a la Ley orgánica de protección de datos (LOPD), el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras, sin que pueda facilitarse a la empresa o a otras personas sin su consentimiento expreso, prohibiéndose, por tanto, la transmisión de la información médica obtenida al amparo de lo dispuesto en dicha ley a cualquier tercera persona distinta del personal médico, tal y como manifestó la AEPD. La toma de temperatura, las PCR, los test rápidos son pruebas diagnósticas en el ámbito de la vigilancia de la salud, que de manera aislada no representan nada relevante, ya que, a efectos laborales, el resultado de la vigilancia de salud, que valora de manera conjunta las pruebas diagnósticas, es lo que determina si la persona trabajadora es apta o no apta para su actividad, y que atienden a un momento concreto sin tener en cuenta que pueden pasar para su manifestación entre 1 o 2 semanas. En cualquier caso, tanto las PCR como la toma de temperatura en el ámbito del Real Decreto 664/1997, que se estimen necesarias para realizar el trabajo en condiciones adecuadas, deberán realizarse conforme al protocolo previsto y por personal especializado. Para el resto de supuestos, y ante la situación del estado de alarma, en los que se regulan las actuaciones ante la situación de salud pública generada por la COVID-19, si así lo establecen las recomendaciones, o instrucciones de la autoridad competente, en este caso la sanitaria, se deberán establecer los controles adecuados para verificar el estado de salud, si bien, para estos casos, no nos encontramos ante una prueba diagnóstica derivada de los protocolos de salud laboral para el puesto de trabajo concreto, sino ante una recomendación de salud pública para evitar contagios, por lo que se entendería que dicha prueba puede realizarse por cualquier persona o sistema habilitado para ello. La evolución de la pandemia ha generado una constante actualización de instrucciones y recomendaciones por parte de las autoridades sanitarias, lo que ha obligado a mantener una adaptación encomiable por parte de profesionales, empresas y servicios de prevención. En el caso de comunidades autónomas como Canarias y Aragón, se estableció un proceso de comunicación y autorización para la realización de las mismas³⁸.

³⁸ Orden SAN/320/2020, de 15 de abril, relativa a la realización de pruebas de diagnóstico para la detección del COVID-19 por medios ajenos al Sistema Público de Salud en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 16 de abril de 2020). Orden de 28 de abril de 2020, relativa a la realización de pruebas de diagnóstico para la detección del COVID-19 por medios ajenos al Servicio Canario de la Salud (BOC de 30 de abril de 2020).

Igualmente, la Instrucción de Sanidad de 19 de abril de 2020 indica que los servicios de prevención de riesgos laborales que realizan actividades sanitarias deben limitar la realización de pruebas diagnósticas para la detección de la COVID-19 establecidas por el Ministerio de Sanidad, es decir, en el ámbito extrahospitalario solo se prioriza la utilización de los test en residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, y su uso está indicado en pacientes sintomáticos si han transcurrido varios días desde el inicio de síntomas. En instituciones penitenciarias, cuando no sea posible la PCR. En el ámbito comunitario, solo si está garantizada la capacidad de realización de PCR se podrá plantear la utilización de test de diagnóstico rápido de detección de anticuerpos en pacientes con alta sospecha clínica de varios días de evolución tras el inicio de síntomas. Dicha instrucción se actualizó a 14 de mayo de 2020³⁹ señalando expresamente que cualquier entidad de naturaleza pública o privada que, en relación con las pruebas diagnósticas para la detección de la COVID-19, adquiera hisopos para toma de muestras, medio de transporte de virus, reactivos de inactivación, kits de extracción de ácidos nucleicos o reacciones de PCR o test rápidos diagnósticos deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad sanitaria competente de la comunidad autónoma en la que se encuentren ubicadas o presten sus servicios, con indicación expresa del tipo de material, número de unidades adquiridas y destino de uso. Corresponde a la autoridad sanitaria competente de cada comunidad autónoma establecer el procedimiento concreto para su remisión, por ello, conforme a las instrucciones de la autoridad sanitaria competente, se autoriza a las empresas para la realización de pruebas diagnósticas para actividades, en cualquier caso siempre dentro de lo previsto en el artículo 22 de la LPRL, sin que quepa por ello actuación autónoma por parte de las empresas y dando traslado de ello a la representación legal de las personas trabajadoras⁴⁰.

³⁹ Vid. <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>.

⁴⁰ El 19 de junio de 2020 se incluyó en la revisión del procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales un nuevo apartado 6, referido a los estudios de cribado sobre personas asintomáticas, indicando expresamente que no se recomienda la realización de cribados mediante la realización de PCR o técnicas serológicas, por las dificultades de interpretación de los resultados en personas asintomáticas y de bajo riesgo y las implicaciones en su manejo. Solo podría considerarse su realización en determinadas situaciones que se exponen a continuación y siempre bajo la recomendación de las autoridades de salud pública. Indica que las autoridades sanitarias podrán establecer los mismos al personal sanitario o sociosanitario o residentes en residencias de mayores u otros centros sociosanitarios. En cualquier caso, no se aconseja volver a realizar PCR de nuevo a las personas asintomáticas que ya tuvieron una prueba positiva que se negativizó, dada la falta de evidencia en el momento actual de transmisibilidad a partir de pacientes que vuelven a presentar PCR positiva. Si bien con base en la detección de posibles casos, en la actualización de 14 de julio de 2020 se recogió expresamente que las empresas, a través de los servicios de prevención y por los servicios sanitarios, bajo los criterios de sanidad y las comunidades autónomas, ante cualquier cuadro clínico sospechoso deberán realizar una PCR y, en caso negativo, repetirla en 48 horas, y, si persisten síntomas, realizar una prueba tipo ELISA. Este nuevo escenario fue objeto de nueva revisión, de 7 de octubre de 2020, y se plantearon nuevos escenarios para las situaciones de infección activa conforme a las estrategias indicadas por las autoridades de salud pública dirigidas a determinados grupos o poblaciones. Primero se propone de preferencia la realización de PCR en exudado nasofaríngeo mediante su análisis en lotes

Por otra parte, respecto a la toma de temperatura de su personal o terceras personas, por estimar que el coronavirus puede afectar a la salud de las personas trabajadoras, y, por tanto, quiera aplicar el establecimiento de un control de vigilancia de la salud obligatorio conforme al artículo 22 de la LPRL, atendiendo a que la realización de los reconocimientos es imprescindible para verificar si el estado de salud de la persona trabajadora puede constituir un peligro para la misma, para los demás compañeros/as o para otras personas relacionadas con la empresa, debe determinarse si es el único mecanismo posible para establecer si el estado de la persona trabajadora puede suponer un riesgo. Las meras sospechas o elucubraciones acerca de posibilidades más o menos remotas de que dicho riesgo existiera no justificarían la realización del reconocimiento con carácter obligatorio. El problema está en que, atendiendo al problema de salud pública, las pruebas diagnósticas de toma de temperatura no garantizan la ausencia de riesgo, ni la posibilidad de contagio, ya que se puede ser persona transmisora siendo asintomática, se puede transmitir a través de objetos en los que se haya fijado el coronavirus, puede contagiarse posteriormente. A falta de criterio, instrucción o recomendación de las autoridades competentes⁴¹, salvo en el caso de PCR o test rápidos de detección de anticuerpos⁴², para las actividades concretas y determinadas en la instrucción de sanidad, debe determinarse si es el único mecanismo posible para decidir si el estado de la persona trabajadora puede suponer un riesgo. Por último, el establecimiento de un pasaporte biológico o un certificado de ausencia de riesgos no garantiza la inmunidad ni la ausencia de riesgos⁴³. El documento de sanidad referido a la «estrategia de diagnóstico, vigilancia y control en la fase de transición de la pandemia de COVID-19, indicadores de seguimiento» de 9 de julio de 2020⁴⁴

también denominado *pooling*, para optimizar recursos de PCR. En segundo lugar, si los recursos de PCR estuvieran limitados y hubiera suficiente disponibilidad de pruebas rápidas de detección de antígeno, se pueden realizar los cribados con estas, si bien sería necesario confirmar los casos positivos mediante PCR si la prevalencia de la enfermedad es baja. Para personas trabajadoras sanitarias o sociosanitarias, además de los supuestos de *pooling*, se añade el cribado con pruebas serológicas. La OMS únicamente recomienda el uso de test rápidos de anticuerpos para determinadas situaciones y estudios, y con fines de investigación. Las pruebas de detección rápida de anticuerpos no se consideran adecuadas para el diagnóstico de infección aguda. Tampoco la serología tipo ELISA u otras técnicas de inmuno-ensayo de alto rendimiento están indicadas por sí solas para el diagnóstico en la fase aguda de la enfermedad. No se recomienda la realización de cribados mediante pruebas serológicas, por las dificultades de interpretación de los resultados en personas asintomáticas y de bajo riesgo, no obstante, si se realizan establece la interpretación adecuada. En el contexto de un estudio de un caso asintomático con PDIA positiva se realizará un estudio serológico, se interpretará de acuerdo con el algoritmo que indica la guía.

⁴¹ Vid. https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia/Documents/2020/GUIA_CENTROSTRABAJOCOVID19b.pdf y https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRL_COVID-19.pdf.

⁴² Vid. <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>.

⁴³ Vid. <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>.

⁴⁴ Vid. https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf.

con referencia al ámbito laboral, sí ha establecido la obligación para el personal sanitario y sociosanitario relativa a que a la reincorporación a su puesto de trabajo será necesaria la realización de una PCR, además de la resolución de síntomas al menos 3 días antes, y con un mínimo de 10 días desde el inicio de estos. En caso de que sea negativa, se reincorporarán al trabajo. En caso de que la PCR siga siendo positiva, no podrán reincorporarse a su puesto de trabajo y se les dará una nueva cita para repetir la PCR. El personal sanitario y sociosanitario que haya requerido ingreso hospitalario podrá recibir el alta hospitalaria si su situación clínica lo permite, aunque su PCR siga siendo positiva, pero se deberá mantener aislamiento domiciliario con monitorización de su situación clínica al menos durante 14 días desde el alta hospitalaria. Para la reincorporación a su puesto de trabajo será necesaria la realización de una PCR, además de la resolución de síntomas al menos 3 días antes y con un mínimo de 14 días. Las personas trabajadoras que no sean personal sanitario o sociosanitario, que sean casos confirmados y que no requieran ingreso hospitalario serán manejadas de la misma forma que la población general en cuanto al aislamiento. El seguimiento y el alta serán supervisados por su médico de atención primaria o del trabajo, de la forma que se establezca en cada comunidad autónoma. Las personas trabajadoras que requieran ingreso hospitalario se gestionarán como en la población general tanto para considerar el fin del aislamiento como para su reincorporación a la actividad laboral.

En cualquier caso, la utilización de dichos métodos ha de ser proporcional, teniendo en cuenta que los métodos de diagnóstico hasta la fecha no son definitivos y que las personas afectadas no pueden negarse a someterse a la toma de temperatura sin perder, al mismo tiempo, la posibilidad de entrar en unos centros de trabajo, educativos o comerciales, o en los medios de transporte, a los que están interesados en acceder; por tanto, no habría libre consentimiento según la AEPD. En todo caso, si procediese la realización de dichas pruebas a las personas trabajadoras, como pruebas amparadas en la necesidad de realizar un reconocimiento médico previo, estarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 22 de la LPRL, tal y como indicó la AEPD, por lo que solo se podrán realizar cuando se haya establecido por el servicio de vigilancia de la salud y por personal competente. En caso de que la prueba determine unos valores irregulares, se deberá dar traslado a la persona trabajadora para que acuda a los servicios médicos de la empresa o los servicios públicos de salud para que valoren si se encuentra afectada por una situación incapacitante para la actividad laboral, que derive en la baja correspondiente; sin la misma, la persona trabajadora mantendría el derecho a acceder a su puesto de trabajo. Como han puesto de manifiesto Marzo Portera (2020) y Mercader Uguina (2020), en el caso de tener que aplicar el artículo 22 de la LPRL, nos podríamos encontrar con la imposibilidad práctica de poner en marcha dicha medida, ya que no habría personal sanitario suficiente para realizar dicha actividad. Ahora bien, atendiendo a la condición de salud pública, corresponde a la autoridad sanitaria establecer los criterios para su realización generalizada, protocolos que deben aplicarse por los servicios médicos para estos casos, y, si procede, su realización de forma generalizada, ya que en cualquier caso nos encontramos ante la aplicación de la LGSP que habilita expresamente a la autoridad sanitaria para establecer las medidas que estime oportunas

para garantizar y evitar riesgos para la salud. En este mismo sentido se ha manifestado la propia AEPD⁴⁵. Cuestión distinta es su tratamiento como control biométrico, sin conservar datos y de manera ajena al artículo 22 de la LPRL, como puede ocurrir con la utilización de arcos de temperatura, cuyo dato solo es accesible por la persona trabajadora, y no se emplean personas terceras como vigilantes, para tomar la temperatura; cuestión que ya se procedió a judicializar⁴⁶ y en la que finalmente se resolvió indicando que:

[...] este conflicto únicamente se centra en resolver la capacidad de que los vigilantes de seguridad realicen esta función y no versa sobre la constitucionalidad de la toma de temperatura a los trabajadores por parte de la empleadora, [...] nos encontramos ante una actividad propia de los servicios de prevención y salud, lo que sin duda pone en cuestión su encomienda al personal de seguridad y vigilancia. Sin embargo, la resolución del presente conflicto colectivo no puede abordarse al margen del contexto social y sanitario que tiene lugar a partir del 14 de marzo de 2020, fecha en la que el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 463/2020, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Y es precisamente desde esta situación excepcional desde la que debemos analizar la medida adoptada.

En estos casos, y como mera fórmula de control de acceso, sin conservación de datos, podríamos establecer dichos controles, pero no dentro del ámbito del artículo 22 de la LPRL, como ha señalado el TSJ. No obstante, dicha medida no ha sido prevista ni con el artículo 7 del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, referido a las medidas que deben adoptarse en los centros de trabajo, ni en las guías de prevención del contagio del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo⁴⁷, ni en el documento de buenas prácticas en los centros de trabajo del Ministerio de Sanidad⁴⁸. Sí se contempla en algún ámbito autonómico⁴⁹ o en la negociación sectorial, como el caso de la automoción⁵⁰ o de la industria del papel, en los que se ha previsto como recomendación la toma de temperatura. En este sentido, el

⁴⁵ Vid. https://www.ondacero.es/programas/mas-de-uno/audios-podcast/entrevistas/sanidad-determinar-necesidad-camaras-temperatura_202005135ebba3644ab4200011e1057.html.

⁴⁶ Vid. <https://www.expansion.com/juridico/sentencias/2020/06/29/5efa1ad5468aebde618b459c.html>.

⁴⁷ Vid. <https://www.insst.es/espacio-campana-covid-19>.

⁴⁸ Vid. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj90IG06TqAhVPz4UKHertDkUQFjABegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.msccbs.gob.es%2FgabinetePrensa%2FnotaPrensa%2Fpdf%2FGUIA110420172227802.pdf&usg=AOvVaw1ohpLbnhldEV0tiB223sh7>.

⁴⁹ Vid. https://www.euskadi.eus/contenidos/noticia/industria_koronavirus_prot/es_def/adjuntos/protocolo_industria_salud_covid.pdf.

⁵⁰ Vid. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjghJvL_KTqAhW_AWMBHfJoDQoQFJAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Findustria.ccoo.es%2F5f4ecccefe717631441f38db471265a000060.pdf&usg=AOvVaw3dq4envdPFw2CY9ZxtJKO.

supervisor europeo⁵¹ ha indicado que si no hay registros, no hay vulneración de derechos, pero con relación a cámaras o arcos autónomos, en la medida en que puede existir tratamiento de datos total o parcial, a falta de normas expresas no se consideran legítimos, salvo con el consentimiento explícito de las personas trabajadoras (Muñoz Ruiz, 2020).

4. Los convenios colectivos y los reconocimientos médicos

Los reconocimientos médicos son causa de amplia división en la doctrina, entre quienes estiman que las disposiciones de carácter laboral contenidas en la LPRL y en sus normas reglamentarias tienen en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo indisponible, reservándose a los convenios colectivos únicamente la función de mejora y desarrollo, por lo que no pueden establecerse como obligatorios fuera de los supuestos fijados en la propia ley (López Ahumada, 2010, p. 120; Sala Franco y Arnau Navarro, 1996, p. 101; Serrano García, 2010, p. 26; Toscani Giménez, 2012), y quienes entienden que el convenio colectivo⁵² es una vía adecuada para establecer como obligatorios los reconocimientos médicos (Bernardo Jiménez, 2002; Meléndez Morillo-Velarde, 2004, p. 85; San Martín Mazzucconi, 2004, pp. 190-196). Lo cierto es que la cuestión debe matizarse. El establecimiento de reconocimientos médicos con carácter previo a la contratación no ha establecido dudas al respecto en la jurisprudencia⁵³, que ha considerado que no atenta contra la intimidad de la persona trabajadora siempre que la medida no se acuerde fraudulentamente. Se entiende que no existe fraude «cuando la medida es asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo» y cuando tenga por objeto vigilar el estado de salud de las personas trabajadoras «en función de los riesgos inherentes al trabajo».

Si bien el derecho a la intimidad es un derecho fundamental, «los derechos fundamentales no son ni ilimitados ni absolutos, por lo que pueden ser sometidos a restricciones». En este caso puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal

⁵¹ Vid. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/01-09-20_edps_orientations_on_body_temperature_checks_in_the_context_of_euis_en.pdf.

⁵² Un ejemplo clásico es el previsto en el actual artículo 20 del VI Convenio general de construcción.

⁵³ Vid. STS de 28 de diciembre de 2006 (rec. 140/2005). En este sentido, el artículo 243 de la LGSS establece que:

1. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio [...].
2. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador [...].

que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (STC 70/2009, de 23 de marzo). Por tanto, cuando estén en juego otros derechos, habrá que determinar si es posible la limitación del derecho a la intimidad. Para ello es necesario que se hayan evaluado los riesgos y que de los mismos se determine la existencia de un riesgo para la persona trabajadora o para terceras personas⁵⁴. En aquellos casos en que el reconocimiento médico sea capaz de detectar una situación que no solo ponga en peligro a la persona trabajadora, sino a otras personas trabajadoras o terceras personas, en mi opinión, es posible que se garanticen mediante el instrumento previsto en el convenio colectivo los supuestos en que pueden establecerse reconocimientos médicos obligatorios. Si bien los convenios colectivos no son norma mínima, sino que tienen únicamente la función de mejora y desarrollo (STC 196/2004), la garantía de integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, al igual que el derecho a la intimidad, se encuentra recogida en el artículo 5 del ET, y si bien solo algunas normas reglamentarias prevén de manera obligatoria la realización de reconocimientos médicos periódicos obligatorios, no es posible que la praxis legislativa recoja todas las posibles situaciones de riesgo existentes en la multiplicidad de actividades laborales. El artículo 16 de la LPRL ya prevé que sea la evaluación de riesgos el instrumento adecuado para detectar los riesgos inherentes a cada actividad de la empresa. Con base en las necesidades detectadas en la misma, se entiende que el convenio colectivo garantiza la adecuada intervención de la representación de las personas trabajadoras para determinar aquellos supuestos en los que se hace necesaria la aplicación de dichos reconocimientos. Se trata de que la actividad desarrollada (conducción de vehículos, etc.) determine la necesidad de valorar en determinadas circunstancias la capacidad de la persona trabajadora para seguir desempeñando esa actividad, y qué mejor garantía que la negociación colectiva para determinar si efectivamente esa actividad puede dar lugar a un riesgo reconocible. Esto no impide que el establecimiento de cláusulas en los convenios que no justifiquen adecuadamente la necesidad de dicho reconocimiento pueda considerarse nulo de pleno derecho. Por ello, si en un convenio colectivo se establece la obligación por parte de todas las personas trabajadoras de someterse a un reconocimiento médico genérico, no asociado a riesgos laborales, dicha previsión sería contraria a la regulación estipulada en el artículo 22 de la LPRL, que reconoce el carácter voluntario de los reconocimientos médicos. La norma, en cualquier caso, exige un previo informe de la representación de las personas trabajadoras. El Real Decreto 843/2011 (art. 3) señala además que el servicio de prevención podrá

⁵⁴ Vid. STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 565/2017, de 13 de junio –es razonable que el convenio colectivo establezca el carácter obligatorio de los análisis de alcohol y droga en sangre, al estar dentro de las excepciones a la voluntariedad que contempla el art. 22 de la LPRL y, en concreto, la relativa a «verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro, tanto para sí mismo como para otras personas». El demandante no puede amparar su negativa a realizar el análisis de detección de alcohol y drogas en una mera invocación de su derecho fundamental a la intimidad personal, ya que como se ha expuesto, la obligatoriedad de ese examen modula pero no vulnera el derecho fundamental del artículo 18 de la CE–.

realizar programas preventivos no relacionados directamente con riesgos laborales cuando estos hayan sido acordados en la negociación colectiva. En realidad no se exige ante todo examen médico, sino solo cuando la empresa pretende hacer valer una de las situaciones contempladas en la norma como de vigilancia obligatoria para las personas trabajadoras.

El hecho de que la concesión y mantenimiento de los permisos exija someterse periódicamente a un reconocimiento médico no impide que la empresa imponga otros exámenes médicos adicionales. El TS ha sentado⁵⁵ las bases sobre la exigencia de los reconocimientos médicos, tanto en el caso de vigilantes de seguridad como en el caso de personas conductoras de vehículos, estableciendo que los reconocimientos médicos tienen la misma finalidad que la perseguida por los exámenes médicos a que se refiere el artículo 22 de la LPRL:

Los reconocimientos médicos previstos en la Ley de prevención de riesgos laborales están al servicio de la salud y seguridad en la empresa y constituyen un instrumento para que el empresario pueda cumplir con su deber de proporcionar una protección eficaz en materia de seguridad y salud y del correlativo derecho de todos los trabajadores a obtener tal eficaz protección, mientras que los reconocimientos médicos para la renovación de los permisos de conducción no están de ninguna forma vinculados al desempeño de ningún concreto puesto de trabajo, no tienen por lo tanto en cuenta los riesgos laborales que pudieren concurrir, y no persiguen constatar la capacidad para el desempeño de una determinada actividad laboral.

Este es el motivo por el que ese tipo de reconocimientos médicos tiene una finalidad, un contenido y unas exigencias que no guardan la menor relación con el análisis de un específico puesto de trabajo, y no pueden, por lo tanto, sustituir a los que pueda acordar la empresa a los singulares efectos del artículo 22 de la LPRL, ni a juicio del TS los convierten en abusivos por excesivos o desproporcionados.

5. La participación de la representación de las personas trabajadoras

Además de las competencias negociadoras con relación al establecimiento de los reconocimientos médicos, la representación de las personas trabajadoras, delegados/as de prevención y comité de seguridad y salud tienen garantizada su participación en la gestión de la información relacionada con los reconocimientos médicos, sujeta, en todo caso, al deber de confidencialidad. En concreto, en aquellos casos en los que la vigilancia de la salud pueda ser obligatoria para la persona trabajadora, la LPRL exige la petición del informe previo a la representación de las personas trabajadoras. En relación con el contenido y

⁵⁵ SSTs de 7 de marzo de 2018 (rec. 42/2017) y 21 de enero de 2019 (rec. 4009/2016).

comunicación de los reconocimientos médicos, han de ser informadas de las conclusiones derivadas de los reconocimientos médicos referidos a la aptitud de la persona trabajadora para determinados puestos o si fuera necesaria la adopción de medidas de prevención o protección. En los casos de accidentes, los delegados/as de prevención tienen derecho a acceder, al igual que las autoridades laborales, a los informes y documentos resultantes de la investigación por la empresa de los daños para la salud de las personas trabajadoras⁵⁶, si bien la comunicación de los datos sobre los daños producidos en la salud de las personas trabajadoras no deberá hacerse extensiva a todo el historial médico que se derive de su asistencia por accidente o enfermedad con motivo del trabajo desarrollado en la empresa. Es más, el conocimiento de la información médica de las personas accidentadas por parte de los delegados/as de prevención precisaría del consentimiento de las personas trabajadoras afectadas. En todo caso, los delegados/as de prevención, al ser cesionarios de los datos proporcionados por la empresa, deben cumplir con lo establecido en la normativa de protección de datos, y, en particular, deben guardar el deber de secreto que se exige tanto por el artículo 10 de la LOPD, como por el artículo 37.3 de la LPRL, en relación con el artículo 65.2 del ET (Informe 655/2008 de la AEPD). En cuanto a la gestión de la información y documentación que se realice en el seno de la empresa, deberá consultarse a las personas trabajadoras y a su representación, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a los procedimientos de información y documentación a que se refiere el artículo 23.1 de la LPRL. Por otro lado, en el comité de seguridad y salud deben debatirse, entre otras cuestiones, la elección de la modalidad organizativa y, en su caso, la gestión de las entidades especializadas con las que se pudieran haber concertado las actividades preventivas, en este caso la vigilancia de la salud.

6. Adicciones y reconocimientos médicos

Las adicciones⁵⁷ en el ámbito laboral son situaciones sujetas a un marco regulatorio complejo. La posibilidad de realizar reconocimientos médicos en estas situaciones genera diferentes aristas derivadas de las posibles consecuencias para la persona trabajadora que puedan generarse (Molina Navarrete *et al.*, 2018). Atendiendo a la multiplicidad de situaciones⁵⁸, y a su posible consideración como patología, puede recomendarse en la planificación preventiva la posibilidad de realizar reconocimientos médicos y, por tanto, es

⁵⁶ Vid. STS de 24 de febrero de 2016 (rec. 79/2015).

⁵⁷ El artículo 7 b) de la Ley 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias, define la adicción como toda conducta excesiva que, sin consumo de sustancias, se caracteriza por la tendencia irreprimible y continuada a su repetición, pese a ser perjudicial para la persona que la presenta y para su entorno directo, por la incapacidad de controlarla a pesar de intentarlo y por su mantenimiento pese a su nocividad.

⁵⁸ Vid. Pérez Capitán (2007) y Fernández Domínguez (2015).

preciso que se estime la necesidad del carácter obligatorio de los mismos atendiendo a los riesgos detectados en la actividad, a la peligrosidad de la actividad tanto para la persona trabajadora como para terceras personas⁵⁹. Sería lógico asumir que los protocolos médicos aplicados deberían incluir sistemas de control de sustancias o adicciones que alteren la percepción de la persona trabajadora. En cuanto a la implantación de la periodicidad, o controles establecidos, igualmente debería extenderse dicha periodicidad en función de la actividad desarrollada. Realizar un control de sustancias antes de utilizar un vehículo automotor o realizar un trabajo en altura debería considerarse obligatorio⁶⁰. En este sentido debe ser condición indispensable para la puesta en marcha de dicho vehículo o actividad, de conformidad con el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, en cuyo anexo II, apartado 1.1, referido a las condiciones generales de utilización de los equipos de trabajo, se establece que los equipos de trabajo se instalarán, dispondrán y utilizarán de modo que se reduzcan los riesgos para las personas usuarias del equipo y para las demás personas trabajadoras. Esto deriva en que la responsabilidad del uso del vehículo de manera adecuada le corresponde a la empresa, en aplicación de los principios preventivos previstos en los artículos 14 y 15 de la LPRL. La empresa tiene la obligación de evitar los riesgos. La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer la persona trabajadora. Para su adopción se tendrán en cuenta los riesgos adicionales que pudieran implicar determinadas medidas preventivas, las cuales solo podrán adoptarse cuando la magnitud de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de los que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras. También se ha llegado a admitir que los controles de alcohol y estupefacientes se puedan realizar por personal no facultativo⁶¹,

⁵⁹ Vid. STSJ de Cataluña 183/2018, de 15 de enero –despido nulo por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal en la medida en la que, aun cuando exista una autorización legal para realizar los análisis de control sobre el consumo de alcohol y estupefacientes, la utilización que de la misma hace la empresa no es contraria a las previsiones constitucionales en la medida en que aplica los controles; la empresa ha realizado un análisis que da un resultado no-negativo sustentado en el principio de legalidad que en este caso se trata de un análisis que tiene que ver con la seguridad del centro de trabajo, de quienes allí prestan servicios y de la sociedad en general; su realización goza de sustento en previsiones legales; y es palmario que el trabajador presta sus servicios en un puesto de trabajo que entra dentro de aquellos para los cuales se prevé la necesidad de realizar controles por tratarse de funciones relacionadas con la protección radiológica-. Vid., asimismo, la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 565/2017, de 13 de junio, ya citada.

⁶⁰ Vid. STC 196/2004, de 15 de noviembre –no puede establecerse con carácter obligatorio la prueba de detección de alcohol o drogas en una compañía aérea dada la actividad llevada a cabo por la trabajadora, (agente administrativo), si bien estas pruebas sí que hubieran procedido en caso de que la persona trabajadora hubiera sido piloto de avión–.

⁶¹ Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana 1609/2017, de 15 de junio –entiende que no se vulnera con el procedimiento para el control y análisis preventivos para detectar el consumo de alcohol, sustancias tóxicas o estupefacientes del personal que presta servicios en las instalaciones nucleares y radioactivas por contar con habilitación legal suficiente como dispone el art. 8.4 del Reglamento sobre instalaciones

como ha ocurrido en el caso de instalaciones nucleares, atendiendo a que el procedimiento utilizado no era invasivo, y el control en estos casos era obligatorio.

En relación con los consumos o adicciones para el resto de actividades, en las que no se ponga en riesgo la seguridad de terceras personas, cabe la posibilidad de implantar en la planificación preventiva medidas de control que deban incluirse en los protocolos médicos, con el fin de detectar adicciones. Todo ello en el marco de lo previsto en el artículo 25 de la LPRL, para personas trabajadoras especialmente sensibles, entendiendo la patología de la adicción como estado biológico, psíquico o sensorial debidamente reconocido. También es posible establecer un programa de control de sustancias/alcohol en el lugar de trabajo pactado con la representación de las personas trabajadoras y previsto en convenio colectivo; los resultados positivos se derivarían, con garantías de confidencialidad y con el consentimiento de la persona trabajadora, al plan de prevención de drogas/alcohol, para tratamiento y posterior reincorporación, que debe tener un objetivo preventivo y no punitivo. Por ello se debe contemplar en los protocolos médicos de vigilancia de la salud laboral específicos, y debe estar integrado dentro del marco general de la política de drogas/alcohol de la empresa, en la que se garantice que su objetivo no es perseguir a los adictos, sino contribuir a mejorar las condiciones de seguridad y salud en la empresa. Las adicciones pueden dar lugar a situaciones de incapacidad temporal y, a largo plazo, a la imposibilidad para la persona trabajadora de llevar a cabo actividad laboral cualquiera debido a que esta desarrolla trastornos mentales y de comportamiento, pudiendo dar lugar en estos casos a la incapacidad permanente. Lo cierto es que existen métodos de recuperación de la persona trabajadora, por lo que no procede la declaración automática de incapacidad permanente. Una vez superada la situación de incapacidad temporal, se podría plantear que, en los casos de reincorporación al puesto de trabajo o ausencia justificada, se pudiera proceder a proponer con base en el artículo 20.4 del ET un reconocimiento médico, y la cuestión también daría lugar a si, en los casos de reconocimientos médicos obligatorios, sería necesario aplicar de nuevo los protocolos de conformidad con el artículo 22 de la LPRL. En mi opinión es imprescindible que, en los casos de reincorporación, cuando el reconocimiento médico se considere obligatorio⁶², se proceda a aplicar de nuevo dichos protocolos previamente a la reincorporación de la persona trabajadora, con el fin de verificar la situación de apta. Para el resto de supuestos, de ausencias por incapacidad temporal o ausencias justificadas o injustificadas, solo procedería la aplicación de lo previsto en el artículo 20.4 del ET. En cualquier caso, como se ha señalado por la doctrina, lo que no debería proceder en estos supuestos es la adopción

nucleares y radioactivas aprobado por el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre; se informa al trabajador del control y del procedimiento, se limita al mínimo imprescindible y no es invasivo, no resultando preciso que se lleve a cabo por personal facultativo por no ser controles orientados a la salud médica del trabajador, sino para asegurar la salud de las personas, las instalaciones y el medioambiente, como consecuencia de las precauciones y garantías que exige una central nuclear-.

⁶² Vid. la ya citada STSJ de Cataluña 4308/2019, de 19 de septiembre.

de medidas punitivas relacionadas directamente con dicha patología, como actualmente se encuentra previsto en el artículo 52 f) del ET, si bien la empresa dispone de medios suficientes para resolver el contrato por causas relacionadas con la falta de rendimiento o conflictos personales, lo cierto es que la previsión de la causa de extinción contenida en el mencionado precepto está sujeta más a un componente moral que a una causa real de despido, por ello se aboga por su derogación (Miñarro Yanini, 2016).

7. El establecimiento de medios de intercambio de datos sanitarios como medida de gestión de los reconocimientos médicos

Se ha venido a plantear la necesidad organizativa de agilizar el sistema de gestión de reconocimientos médicos mediante el establecimiento de sistemas que validen los reconocimientos iniciales para un sector o periodo de tiempo, habilitando un sistema de datos compartidos o tarjeta sanitaria que capacite a la persona trabajadora para realizar una actividad durante un periodo de tiempo sin tener que someterse a nuevas pruebas médicas. Los problemas que suscita esta medida son diversos. En primer lugar, salvo para los supuestos en los que el reconocimiento médico es obligatorio y, por tanto, no cabe el establecimiento de medidas que eludan dicha obligación, el reconocimiento médico es de carácter voluntario. Así, dicha voluntariedad determina que habrá personas trabajadoras que hayan rechazado la realización del reconocimiento médico y otras que hayan aceptado voluntariamente su realización. El hecho de que se solicite, aunque sea voluntariamente, la aportación de un reconocimiento médico previo puede suponer una discriminación, al requerir la aportación de unas pruebas sobre las que la persona trabajadora tiene libertad para aceptar. En este sentido, en relación con el establecimiento de pasaportes serológicos, como indicábamos anteriormente, la OMS⁶³ ha manifestado su disconformidad. Esa posible discriminación no solo puede entenderse contraria a lo previsto en el artículo 22 de la LPRL, sino que puede entenderse vulnerado el artículo 14 de la CE, en perjuicio de la persona trabajadora, y una vulneración del artículo 9.2 de la CE; todo ello en relación con el artículo 4.2 c) del ET. En segundo lugar, la determinación de riesgos de cada puesto de trabajo es individualizada y así lo exige la LPRL en sus artículos 15 y 16 a) y b) y artículo 4 del Real Decreto 39/1997. Por tanto, los reconocimientos médicos deberán atender a los riesgos específicos al puesto a desempeñar. No cabe la generalización en la aplicación de los mismos. En tercer lugar, la realización de reconocimientos y la gestión de datos contenidos a los mismos deben atender a la confidencialidad. La empresa externa que presta el servicio de prevención será responsable del tratamiento de todos aquellos datos que la persona trabajadora le proporcione en desarrollo de la actividad de prevención de riesgos laborales llevada a cabo por un servicio médico, destinado a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras de las empresas

⁶³ Vid. <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>.

que son sus clientes, que deberán ser informadas de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados solo en relación con la aptitud de la persona trabajadora para el desempeño del puesto de trabajo; por ello, cualquier cesión de datos conforme a lo previsto en el artículo 22.4 de la LPRL debería realizarse con el consentimiento expreso de la persona trabajadora; lo contrario supondría la vulneración de lo previsto en la LOPD (Informe AEPD de 1 de enero de 2009). El TS ya tuvo la ocasión de manifestarse ante el supuesto de la incorporación de los datos sanitarios a la tarjeta profesional de la construcción realizada en el Convenio colectivo de la construcción en la STS de 27 de octubre de 2010 (rec. 53/2009)⁶⁴. Se denuncia que la tarjeta profesional no es un documento que se limite a acreditar el cumplimiento de las obligaciones de formación por parte de la empresa. Los magistrados estimaron el recurso presentado por los sindicatos ELA y CIG, que habían impugnado el último Convenio colectivo de la construcción al señalar que, para obtener la tarjeta profesional de la construcción, las personas trabajadoras no tienen que aportar el contenido de los informes médicos a los que se someten, como establecía con carácter voluntario el convenio colectivo del sector. El TS consideró que, pese al carácter voluntario de la medida, «no hay ningún interés general que justifique el que se recaben estos reconocimientos médicos confidenciales, se hagan constar en una tarjeta profesional y se remitan a la Fundación Laboral de la Construcción que no tiene una configuración técnico sanitaria».

En el caso de las personas trabajadoras del mar (Castaños Urcullu, 2014; Fotinopoulou Basurko, 2011; Ruano Albertos, 2014), sí se ha establecido un modelo asimilable al de una cartilla sanitaria, establecido por la normativa nacional e internacional y atendiendo al carácter obligatorio del reconocimiento médico, que, además, a diferencia del sistema general, es público y gratuito. Siguiendo las directrices de la OIT en sus Convenios números 16, sobre examen médico de los menores; 73, sobre examen médico de la gente de mar; y 113, sobre examen médico de los pescadores, el Instituto Social de la Marina (ISM) realiza de manera gratuita reconocimientos médicos de embarque marítimo para todas las personas trabajadoras del mar. A diferencia de las propuestas señaladas anteriormente, su obligatoriedad normativa y la realización por una entidad pública habilitada al efecto determinan la capacidad de la persona trabajadora para poder prestar los servicios. En la normativa se regula el contenido del reconocimiento. Estos reconocimientos, que son previos al enrolamiento y de carácter obligatorio, tienen como objetivo garantizar que las condiciones psicofísicas de la persona solicitante sean compatibles con las características de su puesto de trabajo y no supongan peligro para la salud y seguridad de la persona ni del resto de la tripulación. Dichas

⁶⁴ En su fundamento jurídico cuarto *obiter dicta* indica además que:

La única función a la que parece apuntar esa ruptura de la confidencialidad a través de la circulación de los reconocimientos sería el objetivo de evitar la repetición de los informes en caso de rotación (artículo 130 d) del Convenio), lo que es contrario a la doctrina de la STC 70/2009. En segundo lugar, porque el consentimiento del trabajador a la hora de proporcionar esta información puede verse perturbado por las consecuencias que la negativa a aportar los informes pueda tener sobre sus posibilidades de ser contratado a partir de la posible clasificación de los trabajadores distinguiendo entre quienes aportan los reconocimientos y los que no lo hacen.

condiciones tampoco deberán poner en riesgo la navegación marítima. Los reconocimientos médicos son el punto de partida para conocer el estado de salud de la población trabajadora, lo cual supone un importante apoyo ante la eventualidad de que la persona trabajadora precise una asistencia médica a bordo desde las distintas unidades asistenciales que integran el Programa de Sanidad Marítima. El Real Decreto 1696/2007 establece su obligación, lo equipara expresamente al reconocimiento previsto en el artículo 22 de la LPRL y recoge los requisitos para su realización. En cualquier caso, el ISM, en los reconocimientos médicos periódicos previos al embarque, se anticipa a las personas trabajadoras remitiéndoles cartas informativas en las que se les recuerda el vencimiento del anterior reconocimiento y la necesidad de su renovación. El tiempo de vigencia del reconocimiento se determinará en cada caso por el médico que lo realiza en función del estado de salud de la persona reconocida, su edad y la clase de trabajo a efectuar, con el tope máximo de validez de 2 años en general y de 1 si se trata de menores de 21 años o mayores de 50. Respecto a los sistemas de intercambio sanitarios entre profesionales ajenos a los sistemas públicos de salud, para validar pruebas previas y aportar la aptitud del reconocimiento médico ante la empresa, se podrían plantear diversas cuestiones. En primer lugar, la cesión de datos entre servicios de prevención ha de estar sujeta a lo previsto en la LOPD, por tanto, solo puede realizarse con el consentimiento expreso de la persona trabajadora afectada (Informes de la AEPD de 1 y 7 de enero de 2009). En segundo lugar, cuando los reconocimientos son de carácter obligatorio, por las propias características del trabajo, será necesario realizarlos de manera específica respecto al puesto realizado, sin que tengan validez pruebas anteriormente realizadas. Por último, la necesidad de evaluar de manera independiente cada puesto de trabajo hace necesario que el reconocimiento médico deba adaptarse a dichas circunstancias, al no admitir generalización en la realización de pruebas médicas.

8. La protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles y la vigilancia de la salud

El artículo 25 de la LPRL, en relación con el artículo 15 de la Directiva Marco 89/391/CEE, referido a la protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, contiene una regulación genérica mediante la cual obliga a la empresa a garantizar la protección de todas las personas que puedan verse afectadas de forma singular por algún riesgo identificado en el puesto de trabajo, mencionando explícitamente a las personas trabajadoras con características personales o estado biológico conocido; discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida; y estados o situaciones transitorias manifiestas. Si bien cabe apuntar (Gutiérrez Colominas, 2019), respecto a la interpretación de persona trabajadora especialmente sensible, que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18, Nobel Plastiques) ha señalado que la condición de especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo no significa que de por sí esa persona tenga una discapacidad. Solo está comprendido en el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, en

el caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras. Para el TJUE corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos y si el estado de salud implica una limitación subsumible en el concepto de discapacidad. Por tanto, con el concepto de persona trabajadora especialmente sensible nos referimos a un amplio abanico de situaciones que refleja el principio de adaptación al trabajo. Aunque objeto de una regulación particular, se ha de incluir dentro del grupo de personas trabajadoras especialmente sensibles a los/las menores (característica personal), a la maternidad (estado biológico) y a las personas con discapacidad, sin perjuicio de que puedan ajustarse a esta definición otros supuestos atendiendo a los requisitos fijados en el artículo 25 de la LPRL⁶⁵. Es necesario resaltar que, así como para las discapacidades puede bastar el informe de reconocimiento de la incapacidad por parte del órgano o persona que lo reconoció, en el caso de las características personales o estados biológicos será necesaria una evaluación de la salud de la persona trabajadora o, como sería el caso de la maternidad, la manifestación de dicha característica y la pertinente comprobación por parte de la empresa. Esto nos lleva a considerar la vigilancia de la salud como un instrumento para tratar singularmente a la persona trabajadora y detectar aquellas características personales o estado biológico conocido que las haga especialmente susceptibles a los factores de riesgo existentes en su puesto de trabajo futuro o actual. Para tener conocimiento de dicha sensibilidad se deberá acudir a lo determinado en la evaluación de riesgos, a la comunicación de la persona trabajadora que, conforme al artículo 29.2, 4 y 6 de la LPRL, tiene el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda suponer un peligro para su salud o para la de terceras personas, y mediante la realización de reconocimientos médicos. El conocimiento o detección de una condición física, mental o sensorial en un trabajador o una trabajadora por parte de la unidad de medicina del trabajo requerirá de una evaluación de riesgos adicional, ajustada a dicha especial sensibilidad, tanto objetiva como subjetiva, para determinar si es necesaria (o no) la tutela reforzada. En cualquier caso, es conveniente disponer de un listado de condiciones o características individuales que pueden suponer una especial sensibilidad para todos y cada uno de los riesgos detectados en la evaluación de riesgos de la empresa (NTP 959). En relación con el reconocimiento médico de empresas especialmente sensibles, la duda que se nos plantea es si se trata de un reconocimiento médico de carácter voluntario o de un reconocimiento médico de carácter obligatorio, así como las condiciones

⁶⁵ Como puede ser el caso de personas trabajadoras con alguna discapacidad temporal o permanente no reconocida oficialmente; de edad avanzada; sensibilizadas a determinados agentes; convalecientes o sometidas a ciertos tratamientos médicos; cuyo estado biológico (HTA, diabetes, padecimientos osteomusculares crónicos, tóxico-dependientes, etc.) las convierte en vulnerables; con alguna especial predisposición o susceptibilidad; de escasa experiencia o reciente incorporación al trabajo; a turnos y/o nocturnos; con situaciones familiares conflictivas (violencia doméstica), etc.

de realización de los mismos. En cuanto al tratamiento de datos, la AEPD (Informe jurídico 0240/2009) ha señalado que el artículo 25 de la LPRL:

[...] no supone una ampliación de la información sobre los datos de salud del trabajador, [...] en ningún caso autoriza el acceso por el empresario o terceros ajenos a los profesionales médicos evaluadores de la salud del trabajador a la información contenida en la historia clínica determinante del pronunciamiento de la incapacidad o de la condición de apto o no para un determinado puesto de trabajo, que en aras del respeto al principio de la confidencialidad e intimidad del trabajador, no alcanzará al conjunto de pruebas clínicas que le hubieren practicado, debiendo reflejar los datos necesarios, adecuados y proporcionales para cumplir con la función preventiva que se pretende.

En el caso de personas trabajadoras con discapacidad, sujetas a lo previsto en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad⁶⁶, aplicable a centros o empresas de atención especializada, centros específicos de educación especial, centros especiales de empleo y cualquier otro centro o entidad que exista o se cree y tenga por objeto y finalidad la atención y asistencia de personas con discapacidad, se prevé en dicho convenio (art. 80) la realización de reconocimientos médicos con carácter obligatorio en los supuestos previstos en el artículo 22 de la LPRL, por lo que, en estos casos, la persona trabajadora se verá obligada a obtener la calificación de apta para poder realizar el trabajo en los centros referidos.

Respecto al resto de supuestos, los reconocimientos solo podrán realizarse de manera voluntaria, salvo las excepciones antes señaladas para los reconocimientos médicos obligatorios. En el caso de la trabajadora en situación de embarazo y lactancia, la vigilancia de la salud deberá ser específica, conforme a los riesgos a los que está sometida. Atendiendo al carácter voluntario de la misma, y conforme a lo que señala la NTP 915, en ningún caso corresponde al área sanitaria del servicio de prevención el seguimiento del embarazo, del posparto o de la lactancia⁶⁷. Sin embargo, sería conveniente conocer la evolución de la salud de la mujer, los posibles problemas o molestias que surgen durante estas etapas y, en el caso del embarazo, las posibles alteraciones que han podido aparecer durante el parto o en el bebé. Para ello, es recomendable establecer, siempre con el consentimiento y a través de la trabajadora en cuestión, una colaboración con el médico que la asiste (NTP 915). Obligar a la trabajadora a someterse a

⁶⁶ Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019).

⁶⁷ El artículo 3 del Real Decreto 843/2011 señala que no se incluirá entre las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios sanitarios de los servicios de prevención la realización de exploraciones y pruebas no relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas a las personas trabajadoras o con riesgos inespecíficos que puedan dar lugar a agravar patologías previas.

un test de embarazo de manera ajena a los protocolos previstos para cada riesgo determinado podría suponer una vulneración de los artículos 14 o 18 de la CE. En cualquier caso, la situación de embarazo no tiene que suponer que sea considerada la trabajadora como no apta, o apta con restricciones⁶⁸, dependerá de cada situación, tipo de actividad y riesgos específicos si puede o no puede realizar una actividad⁶⁹. No podemos olvidar, en cualquier caso, que el artículo 29.4 de la LPRL establece que la persona trabajadora debe informar de inmediato a quien ostente directamente el puesto jerárquicamente superior y a las personas trabajadoras designadas para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud. Si la empresa desconoce el riesgo, y habiendo cumplido con sus obligaciones preventivas, no se le podría imputar responsabilidad por dicha causa (García Testal y López Balaguer, 2012; Núñez González, 2016, p. 119).

9. Responsabilidades derivadas de la falta de vigilancia de la salud

El incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos, la falta de puesta a disposición de la persona trabajadora o la falta de realización de reconocimientos médicos obligatorios determinan, conforme a lo señalado en el artículo 244.2 de la LGSS, una responsabilidad directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora (De Alcántara y Colón, 2015). Si hubiera sido la mutua la responsable de dicho incumplimiento, el artículo 244.3 de la LGSS determina que se le aplicarán las siguientes responsabilidades:

- a) Obligación de ingresar en el Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social, a que se refiere el artículo 97, el importe de las primas percibidas, con un recargo que podrá llegar al 100 % de dicho importe.
- b) Obligación de ingresar, con el destino antes fijado, una cantidad igual a la que equivalgan las responsabilidades a cargo de la empresa, incluyéndose entre tales responsabilidades las que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164.
- c) Anulación, en caso de reincidencia, de la autorización para colaborar en la gestión.

⁶⁸ Vid. SSTC 17/2003, de 30 de enero, y 161/2004, de 4 de octubre –estiman discriminatorio no facilitar a una mujer embarazada un puesto de trabajo compatible con su situación–.

⁶⁹ Sobre las trabajadoras del mar, *vid.* Fotinopoulou Basurko (2011).

d) Cualesquiera otras responsabilidades que procedan de acuerdo con lo dispuesto en la LGSS y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

Igualmente, en caso de estimarse responsabilidad de la empresa, cabría la aplicación de una sanción grave tipificada en el artículo 12.2 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS). Respecto a la protección de datos, se considera una infracción muy grave, en el artículo 13.5 de la LISOS, incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras. En materia laboral, se consideran infracción muy grave, en el artículo 8.11 de la LISOS, los actos de la empresa que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de las personas trabajadoras y, en el artículo 8.12 del mismo texto legal, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables. Además, puede proceder un recargo de prestaciones, regulado en el artículo 164 de la LGSS, en el caso de que, habiéndose producido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la falta del reconocimiento médico hubiera contribuido a ello⁷⁰. Si la enfermedad padecida por la persona empleada podría haberse detectado, minimizado o evitado realizando el correspondiente reconocimiento médico y no se ha llevado a cabo, la consecuencia es el pago del correspondiente recargo de prestaciones⁷¹. El mismo supuesto se aplica en caso de enviar a una persona trabajadora a un país extranjero, no bastando con remitir a la misma a las recomendaciones de sanidad; si se ha acreditado un riesgo

⁷⁰ Vid. STS de 18 de mayo de 2011 (rec. 2621/2010) –entiende responsabilidad en el recargo de prestaciones, aunque anualmente en la empresa se llevaban a cabo reconocimientos médicos, sin contener ninguna especificidad relativa a los riesgos de amianto–; STSJ del País Vasco 383/2019, de 19 de febrero –entre otras faltas de medidas de seguridad no se les habían realizado reconocimientos médicos específicos sobre el amianto, en un caso de mesotelioma pleural maligno. Dado que la responsabilidad empresarial deriva de un incumplimiento en materia de normativa de seguridad, procede la imposición a la mercantil de un recargo por falta de medidas de seguridad en porcentaje del 30%, en una tesitura en la que transcurren 4 meses desde el diagnóstico de la enfermedad hasta el fallecimiento de quien fuera trabajador–; STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de noviembre de 2009 (rec. 125/2009) –establecía el recargo por ese incumplimiento en su FD séptimo: la causa eficiente de la enfermedad profesional que determinó la incapacidad temporal del actor, así como de las secuelas que le han quedado tras ser dado de alta médica, fue debida a no haber adoptado la empresa las medidas técnicas de prevención con el fin de reducir el riesgo, toda vez que hubo falta del reconocimiento médico previo a la admisión del trabajador en puestos de riesgo–.

⁷¹ Vid. STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2017 (rec. 3436/2017) –reconoce la imposición del recargo para un supuesto de enfermedad profesional originada por la manipulación de productos fitosanitarios, puesto que el empresario no realizó una evaluación de riesgos específica; no proporcionó a la trabajadora los EPIS necesarios; no la formó e informó ni tampoco realizó los controles médicos que hubieran detectado a tiempo la exposición a los agentes químicos nocivos– y STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2010 (rec. 3193/2009) –recargo de prestaciones procedente y reconocimiento de incapacidad permanente total por enfermedad profesional: la evaluación de riesgos no identifica riesgo de exposición continuada al contaminante harina, no se realizan mediciones ni controles médicos previos–.

grave en el país de destino, procede poner todos los medios adecuados para verificar que la persona trabajadora puede desplazarse a dicho lugar⁷².

En cuanto a la posible extensión de responsabilidades en los supuestos de subcontratación existe un deber de vigilancia por parte de la empresa principal del cumplimiento de las obligaciones de las empresas contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que supone una responsabilidad de dicha empresa principal de los incumplimientos de contratistas y subcontratistas, como así se establece en el artículo 42.3 de la LISOS, que indica:

La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de prevención de riesgos laborales del cumplimiento, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

En aquellos supuestos en los que se haya infringido la realización de los reconocimientos médicos obligatorios, se entenderá responsable solidariamente a la empresa principal y contratista. Dicha extensión de responsabilidad también se extiende en los supuestos de desplazamiento transnacional de personas trabajadoras en el ámbito de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores, por la que se traspone al derecho español el contenido de la Directiva 96/71/CE. Ello supone que las personas trabajadoras que habitualmente prestan servicios en otros Estados de la UE y que, con carácter temporal, son desplazadas a España para la prestación de un servicio han de tener garantizadas por sus empresas, durante el periodo del desplazamiento, al menos las condiciones de trabajo vigentes en España, por lo que se tendrá que verificar por la empresa principal que se cumple con lo previsto en la normativa de nuestro país.

⁷² Vid. STSJ de Aragón 181/2019, de 26 de marzo –confirma la resolución administrativa sobre imposición del recargo del 30 % a la mercantil actora probado que la empresa no había indicado al trabajador, respecto a su viaje en misión de prestación de servicios laborales a un país con riesgo de contagio de enfermedades endémicas, como el paludismo en Camerún, otra cosa que, a modo de protocolo de seguridad en viajes (hecho séptimo), seguir las recomendaciones contenidas en la web del Ministerio de Asuntos Exteriores español. No es razonable que tal recomendación baste para prevenir el riesgo de un viaje de trabajo a un país extranjero en el que es notoria la posibilidad de contraer enfermedades endémicas, que pueden llevar incluso a la muerte. El desplazamiento laboral a un país con riesgo de enfermedades endémicas precisa que la empresa se asegure de que su trabajador viaja debidamente informado de ese riesgo y adecuadamente protegido. En el caso enjuiciado debió comprobar la empresa que su trabajador había realizado la vacunación oportuna y que conocía el deber de protegerse al máximo en la zona de destino a fin de no contraer la enfermedad de riesgo–.

En el ámbito de las empresas de trabajo temporal (ETT), la vigilancia de la salud está en función de la actividad que debe prestar la persona trabajadora cedida, que deberá serlo en las mismas condiciones que las personas trabajadoras propias de la empresa usuaria. El artículo 28 de la LPRL prevé expresamente que la ETT será la responsable del cumplimiento de las obligaciones de vigilancia de la salud. En cualquier caso, la vigilancia de la salud nunca puede ir más allá de lo establecido en el artículo 22 de la LPRL. Así pues, la obligación de la usuaria de recabar información, y de posponer el inicio de la prestación hasta la acreditación documental, sobre que la persona trabajadora ha sido declarada apta a través de la vigilancia de la salud, también se somete a lo previsto en el artículo 22 de la LPRL. La empresa usuaria deberá informar a la ETT sobre las medidas de vigilancia de la salud⁷³ que deben adoptarse en relación con el puesto de trabajo a desempeñar, especificando si, de conformidad con la normativa aplicable, tales medidas tienen carácter obligatorio o voluntario para la persona trabajadora y su periodicidad. A partir de ahí, la ETT debe cumplir sus obligaciones en materia de vigilancia de la salud, de acuerdo con los artículos 22 y 28 de la LPRL. Es decir: vigilancia obligada en los casos del artículo 22, ofrecimiento de vigilancia en los demás casos, y certificado de aptitud para el puesto de trabajo, cuando se haya hecho. Todo ello requiere una coordinación previa al amparo de lo previsto en los artículos 2, 3.5, 12 y 16 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

La indemnización por daños y perjuicios cuando se han hecho reconocimientos médicos anuales y rutinarios, pero no específicos, se ha señalado por el TS⁷⁴ que, aunque se entienda acreditado que anualmente en la empresa se llevaban a cabo reconocimientos médicos, no consta que, como regla, tuvieran alguna especificidad relativa a los riesgos de amianto; pues resulta que ya, y como mínimo, desde el año 1961 los reconocimientos médicos eran obligatorios para todas las empresas que debieran cubrir puestos de trabajo con riesgos

⁷³ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de León 615/2019, de 20 de septiembre –la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción en la que se recoge una infracción prevista en el art. 12.13 de la LISOS en relación con los arts. 22 LPRL y 1, 4, 5 y 7 del Real Decreto 216/1999, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las ETT, sancionando a la empresa usuaria y titular de la instalación. El reconocimiento médico no es voluntario sino obligatorio, entre otros casos, en los puestos de trabajo en que las condiciones pueden constituir un peligro para el mismo. La actividad de matadero industrial está recogida en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y Reglamentación técnico-sanitaria de mataderos, salas de despiece, centros de contratación, almacenamiento y distribución de carnes y despojos, por lo que se ordena su ubicación lejos de núcleos urbanos y estrictos requisitos en cuanto a las instalaciones y vertidos. Los trabajadores de este tipo de instalaciones están especialmente expuestos a enfermedades profesionales derivadas de epizootias o enfermedades infecciosas o parasitarias transmitidas por los animales o sus cadáveres (grupo 3, agente B, subagente 01, del cuadro de enfermedades profesionales). En consecuencia, en este caso, el reconocimiento médico no era opcional sino obligatorio, y al infringir la empresa esa obligación incurrió en los hechos sancionados–.

⁷⁴ Vid. STS de 24 de enero de 2012 (rec. 813/2011).

de enfermedad profesional y específicamente la «asbestosis»⁷⁵. También se ha entendido que el deber de diligencia exigible a la empresa va más allá incluso de las estrictas previsiones legales y reglamentarias en esta materia, por lo que resulta indiferente en este proceso que la empresa pudiere haber cumplido estrictamente las exigencias sobre protección de las personas trabajadoras contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. El mayor o menor cumplimiento de esa normativa reglamentaria podrá ser relevante en orden a resolver sobre el recargo de prestaciones que pudiere haberle sido impuesto a la empresa, pero en modo alguno permite eximir a la empleadora de la responsabilidad civil por daños y perjuicios⁷⁶.

⁷⁵ Vid. STSJ de Galicia de 11 de septiembre de 2017 (rec. 565/2017) –en el caso de un trabajador enfermo de silicosis, establece una indemnización por daños y perjuicios por inhalación de polvo de sílice, al haberse incumplido por la empresa empleadora diversas medidas de seguridad al efecto (facilitación tardía de mascarillas, demora en reconocimientos médicos y ausencia de mediciones del ambiente pulvígeno, entre otros motivos)–; STSJ de Cataluña 7141/2014, de 27 de octubre –procede indemnización por daños y perjuicios en un supuesto de eccema de contacto ocasional en manos con «probable alergia al látex», detectada por el servicio médico de prevención ajeno, manteniéndose a la trabajadora en su puesto de trabajo sin advertir el riesgo al que se estaba exponiendo. Responsabilidad empresarial que (desde la rigurosidad de su análisis) no se ve afectada por la alegada circunstancia de que el servicio de prevención ajeno se hubiera limitado a adoptar, como única medida preventiva, «higiene postural» o que en los distintos reconocimientos médicos (algunos posteriores a su diagnóstico) se hubiera declarado a la trabajadora «apta para la realización de las funciones de su categoría profesional como enfermera» sin limitación de clase alguna–.

⁷⁶ Vid. STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2012 (rec. 5033/2010) –indemnización por daños y perjuicios. No bastaba solo con haber vacunado al actor contra las enfermedades tropicales conocidas que disponen de vacuna, ni con haberle informado adecuadamente de los riesgos, sino que era también necesario agotar todas las posibilidades de diagnóstico que permitieran establecer la existencia de un posible primer episodio de dengue antes de enviarlo a la India, teniendo en cuenta el hecho de que el actor ya había trabajado anteriormente en muchos países tropicales en los que existe el riesgo de contraer esa enfermedad–.

Referencias bibliográficas

- Alcántara y Colón, José Miguel de. (2015). Incumplimiento de los reconocimientos médicos laborales previos y periódicos. Los efectos de los artículos 196 y 197 de la LGSS: responsabilidad empresarial. Algunas notas. *Revista de Información Laboral*, 12, 51-61.
- Alegre Nuño, Manuel. (15 de abril de 2019). La incidencia de la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales en el tratamiento de los datos relativos a la salud de los trabajadores. *ElDerecho.com*. <https://elderecho.com/la-incidencia-la-ley-proteccion-datos-personales-garantia-los-derechos-digitales-tratamiento-los-datos-relativos-la-salud-los-trabajadores>.
- Bernardo Jiménez, Ignacio. (2002). Vigilancia de la salud de los trabajadores: los reconocimientos médicos. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 5, 1.149-1.166.
- Carrizosa Prieto, Esther. (2013). Obligatoriedad de los reconocimientos médicos, consentimiento informado y protección de datos de los trabajadores. STSJ Extremadura (Sala de lo Social), Sección Primera núm. 44/2013, de 5 de febrero. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 121, 231-244.
- Castaños Urcullu, Amaia. (2014). La vigilancia de la salud en el ámbito marítimo (II): aspectos prácticos en relación con el reconocimiento médico previo al embarque. En Olga Fotinopoulou Basurko (Coord.), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar* (pp. 577-590). Gomylex.
- Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2009). *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Eolas.
- Fernández Domínguez, Juan José. (2015). *Análisis de la problemática derivada del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral*. CEOE, DL.
- Fotinopoulou Basurko, Olga. (2011). La detección de embarazo de la mujer marino en el contexto del reconocimiento médico previo al embarque. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 21(3), 69-93.
- García Testal, Elena y López Balaguer, Mercedes. (2012). *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. Tirant lo Blanch.
- Gómez Arbós, Juan. (2013). La integración de la seguridad vial en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. *Revista de Derecho Social*, 63, 95-120.
- Gómez Mur, María Pilar. (2010). Exámenes de vigilancia de la salud, fuentes de información para políticas de salud en la empresa. *Gestión Práctica de Riesgos Laborales. Integración y Desarrollo de la Gestión de la Prevención*, 71, 60-61.
- González Díaz, Francisco Antonio. (2011). Una interpretación sobre los límites a la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 7(4), 61-72.
- Gutiérrez Colominas, David. (2019). La difusa frontera entre la protección antidiscriminatoria por razón de discapacidad y la protección de la seguridad y salud en el trabajo de las personas especialmente sensibles. Comentario de la STJUE de 11 de septiembre de 2019, DW, C-397/18, EU: C-2019-703. *Revista de Derecho Social*, 87, 131-139.
- López Ahumada, José Eduardo. (2010). *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral*. Marcial Pons.
- Martínez Fons, Daniel. (2004). La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 5, 403-420.
- Marzo Portera, Ana. (18 de marzo de 2020). La inoportuna doctrina de las autoridades europeas de protección de datos frente al

- Covid-19. *Expansión*. <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/18/la-inoportuna-doctrina-de-las-autoridades-europeas-de-proteccion-de-datos-frente-al-covid-19/>.
- Meléndez Morillo-Velarde, Lourdes. (2004). *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*. Aranzadi.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (21 de abril de 2020). ¿Quién puede controlar la temperatura de los trabajadores? Comenzando a pensar en el desescalado. *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/quien-puede-controlar-la-temperatura-de.html>.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2016). El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: contradicciones y propuestas de cambio. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 134, 107-128.
- Molina Navarrete, Cristóbal; Miñarro Yanini, Margarita; García Jiménez, Manuel y Gil Domínguez, Ramón. (2018). *La prevención del riesgo de adicciones en el medio laboral: obligaciones, recomendaciones y buenas prácticas. Claves para una nota técnica preventiva –NTP– del Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo –INSSBT–*. Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC.
- Muñoz Ruiz, Ana B. (25 de noviembre de 2020). Cámaras termográficas y datos de carácter personal de los empleados: un problema legal provocado por la pandemia. *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/11/camaras-termograficas-y-datos-de.html>.
- Navarro Nieto, Federico. (2012). Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 11(4), 151-166.
- Núñez González, Cayetano. (2016). El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales. *Revista de Derecho Social*, 75, 101-120.
- Pedrosa Alquézar, Sonia Isabel. (2005). *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*. Consejo Económico y Social.
- Pérez Capitán, Luis. (2007). La presencia de alcohol en el trabajador en el accidente laboral: una solución conflictiva. *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 32, 59-88.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel. (2019). Las facultades de control de datos biométricos del trabajador. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 150, 91-109.
- Ruano Albertos, Sara. (2014). La vigilancia de la salud en el ámbito marítimo (I): el reconocimiento médico previo al embarque. Su tratamiento normativo. En Olga Fotinopoulou Basurko (Coord.^a), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar* (pp. 527-576). Gomylex.
- Sala Franco, Tomás y Arnau Navarro, Francisco. (1996). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch.
- San Martín Mazzucconi, Carolina. (2004). La vigilancia de la salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 53, 181-202.
- Serrano García, Juana María. (2010). El derecho a la intimidad en los reconocimientos médicos de la LPRL desde los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. *Gestión Práctica de Riesgos Laborales. Integración y Desarrollo de la Gestión de la Prevención*, 72, 24-30.
- Toscani Giménez, Daniel. (2012). Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 3, 17-61.

Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación

José Sánchez Pérez

*Profesor contratado doctor (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

Extracto

En la actualidad, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres se muestra como un símbolo de progreso. Bajo esta referencia, la mayoría de los ordenamientos jurídicos han incorporado normas dirigidas a eliminar las diferentes manifestaciones de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Uno de los objetivos clave para alcanzar la igualdad efectiva se centró en la lucha contra la brecha salarial por motivos de género. Sin embargo, la discriminación por razón de género ofrece perfiles transversales, no siempre identificables a primera vista, pues a las situaciones de discriminación directa que se producen en el empleo se añaden otras menos perceptibles, pero que minan de forma indirecta los derechos laborales y la proyección profesional de la mujer. La normativa recientemente aprobada pone sobre el tapete temas cuyo conocimiento será primordial para afrontar los retos pendientes en igualdad de género. El desarrollo de los planes de igualdad, las auditorías retributivas, la transparencia, el registro salarial y la determinación del «trabajo de igual valor» en el análisis comparativo de los puestos de trabajo ocuparán un papel clave en este nuevo escenario. Junto a todo ello resulta esencial abordar el análisis de los mecanismos articulados en sede judicial para ofrecer una adecuada protección frente a la discriminación.

Palabras clave: discriminación de género; brecha salarial; planes de igualdad; trabajo de igual valor; auditorías retributivas.

Fecha de entrada: 24-09-2020 / Fecha de revisión: 05-11-2020 / Fecha de aceptación: 05-11-2020

Cómo citar: Sánchez Pérez, José. (2020). Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 103-134.



The remaining challenges in gender equality: emerging themes in the new legislation and the protection against the discrimination

José Sánchez Pérez

Abstract

At present, the right of equality between men and women is expressed as a symbol of progress. By this reference, the most legal systems have adopted rules aimed at eliminating gender disparities in labor relations. One of the key objectives to achieve effective equality focused on tackling the gender pay gap. However, discrimination based on gender offers cross-cutting profiles, not always identifiable at first glance, insomuch as the situations of direct discrimination that occur in employment others are added that are less noticeable but indirectly undermine labor rights and the professional projection of women. The recently approved regulation have put on the table topic whose knowledge it will be essential to face the pending challenges in gender equality. The development of equality plans, remuneration audits, transparency, the salary record and the identification of work of equal value in comparative analysis of jobs will play a key role in this new setting. At the same time, it is essential address the analysis of articulated mechanisms in court to offer adequate protection against discrimination.

Keywords: sex discrimination; salary gap; equality plans; work of equal value; remuneration audits.

Citation: Sánchez Pérez, José. (2020). The remaining challenges in gender equality: emerging themes in the new legislation and the protection against the discrimination. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 103-134.



Sumario

1. Igualdad de género y retos pendientes frente a la discriminación laboral
 - 1.1. La nueva normativa protectora frente a la discriminación
 - 1.1.1. Real Decreto 901/2020 por el que se regulan los planes de igualdad y su registro
 - 1.1.2. Real Decreto 902/2020 de igualdad retributiva entre mujeres y hombres
 - 1.2. Las claves de la nueva normativa
 - 1.2.1. El «trabajo de igual valor»
 - 1.2.2. La transparencia retributiva
 - 1.2.3. El registro salarial
 - 1.2.4. Las auditorías retributivas
 - 1.2.5. La valoración de los puestos de trabajo
 - 1.2.6. Las consecuencias sancionadoras de la ausencia de registro
2. El derecho de no discriminación
 - 2.1. La delimitación del principio de igualdad
 - 2.2. El tránsito desde la noción formal de discriminación hacia la noción material
 - 2.3. El concepto de no discriminación
3. La igualdad como principio general del derecho comunitario
 - 3.1. La discriminación directa
 - 3.2. La discriminación indirecta
4. La discriminación en el ámbito laboral por razón de género
 - 4.1. Las diferencias retributivas que discriminan a la mujer trabajadora
 - 4.1.1. Doctrina del TJUE sobre diferencias retributivas discriminatorias
 - 4.1.2. Doctrina jurisprudencial nacional sobre diferencias retributivas y otras prácticas discriminatorias
 - 4.2. La discriminación asociada a la maternidad de la mujer trabajadora
 - 4.2.1. El embarazo como razón determinante para el rechazo de la contratación
 - 4.2.2. El despido de la trabajadora embarazada
 - 4.2.3. El permiso de maternidad y otros derechos afines en el foco de la discriminación



- 5. Protección frente a la discriminación de género en la doctrina española
 - 5.1. Acciones frente a la vulneración de la prohibición de discriminación retributiva
 - 5.2. Acciones asociadas a la protección del embarazo y de la maternidad
 - 5.2.1. Declaración de nulidad objetiva del cese relacionado con el embarazo
 - 5.2.2. La reparación del daño causado
 - 6. Conclusiones relativas a la protección antidiscriminatoria
- Referencias bibliográficas

1. Igualdad de género y retos pendientes frente a la discriminación laboral

La consecución de la igualdad real constituye un objetivo de compleja materialización más allá del derecho de no discriminación proclamado en el artículo 14 de la Constitución española (CE). Desde la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), se ha afrontado el nada fácil objetivo de eliminar la discriminación de la mujer no solo en las esferas política, social y económica, sino también en el ámbito de las relaciones laborales.

Son varios los frentes abiertos para acometer los retos que impone la discriminación de género. A tal fin se impone abordar el tratamiento normativo ofrecido al problema, destacando las recientes novedades producidas en este ámbito y el tratamiento que la doctrina de los tribunales desarrolla ante los diferentes perfiles que acogen los comportamientos discriminatorios.

1.1. La nueva normativa protectora frente a la discriminación

A nivel nacional, la iniciativa legislativa en el ámbito antidiscriminatorio parte de la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, incorporándose al Estatuto de los Trabajadores (ET) (art. 55.5) la declaración de nulidad de los despidos de las trabajadoras en situación de embarazo o maternidad, que será apreciada con criterio objetivo, siempre que no se ofrezca de forma acreditada una razón procedente para la validez del despido por causas disciplinarias.

La LOIEMH, así como el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, procedieron a incorporar los planes de igualdad.

El real decreto rebajó el umbral de 250 personas trabajadoras (fijado por la LOIEMH) a 50 relativo a la obligatoriedad por parte de las empresas de elaborar planes de igualdad y contemplar las auditorías de salario. Fija además las exigencias de facilitar por parte de la empresa todos los datos e información que resultaran precisos para su elaboración, así como la inscripción del plan en un registro creado al efecto. Las medidas previstas pretenden la remoción de los obstáculos que limiten o dificulten la igualdad efectiva entre hombres

y mujeres. Prevé, en suma, un diagnóstico objeto de negociación con un contenido mínimo que incorporará materias entre las que se cuentan: a) los procesos de selección y contratación, b) la clasificación profesional, c) la formación profesional, d) la promoción profesional, e) las condiciones laborales, f) los derechos de conciliación de la vida personal y laboral, g) la infrarrepresentación femenina, h) las retribuciones e i) la prevención de los distintos tipos de acoso.

De otro lado, el real decreto modifica el artículo 28.1 del ET que incorpora la igualdad de remuneración por razón de sexo utilizando como parámetro comparativo el «trabajo de igual valor», conforme a la normativa internacional y comunitaria relativa a las políticas de igualdad. El desarrollo reglamentario del precepto se ha afrontado a través de los Reales Decretos, de 13 de octubre, 901/2020 y 902/2020, en los que se abordan, respectivamente, los planes de igualdad y su registro, y las auditorías salariales. El primero de ellos regula el contenido mínimo que han de incorporar los planes de igualdad, en tanto que el segundo tiene como objetivo el establecimiento de medidas concretas para alcanzar la efectividad del derecho de igualdad de trato y no discriminación en materia retributiva, apelando a la consolidación de los principios de transparencia retributiva e igual retribución por «trabajo de igual valor» a través del registro y auditoría retributiva establecidos para las empresas con obligación de elaborar planes de igualdad. Los decretos persiguen ofrecer garantías de igualdad retributiva, estableciendo las pautas para que los planes de igualdad alcancen efectividad a través de un registro público con retribuciones desglosadas y promediadas cuyo conocimiento se encuentre al alcance de las personas trabajadoras, vinculándose a una clasificación profesional que ha de ser revisada a tenor de la referencia del «trabajo de igual valor».

1.1.1. Real Decreto 901/2020 por el que se regulan los planes de igualdad y su registro

Desarrolla la realización de los planes de igualdad y su registro, así como su diagnóstico, haciendo mención de las obligaciones relativas al registro, depósito y acceso. Contempla la obligación de las empresas de poner en marcha planes de igualdad que resulten efectivos y que se centren en la consecución de logros reales, salvando los estereotipos de género. Para avanzar en el terreno de la inclusión de los planes de igualdad en el ámbito convencional se fijan criterios precisos a efectos de legitimación para poner en marcha el procedimiento de negociación colectiva.

Las empresas, de este modo, dispondrán de 6 meses, hasta mediados de abril de 2021, para adaptar los registros salariales, obligatorios a tenor de la ley preexistente, a las precisiones y obligaciones detalladas en el reglamento. El objetivo perseguido se traduce en identificar las discriminaciones que puedan ser directas o indirectas asociadas a inadecuadas valoraciones del puesto de trabajo; circunstancia que se manifiesta cuando al desempeñar un «trabajo de igual valor» se percibe un salario inferior sin que la diferencia resultante pueda alcanzar justificación legítima.

La norma fija el contenido mínimo que han de incorporar los planes de igualdad. Estos han de contemplar necesariamente: la determinación de las partes que lo suscriben, el ámbito personal, territorial y temporal que se ve implicado, el informe diagnóstico de la situación de la empresa o grupo de empresas, los resultados de la auditoría retributiva con expresión del periodo de tiempo en el que se lleva a cabo, la concreción de los objetivos asumidos por el plan desde una visión cualitativa y cuantitativa, la identificación de las medidas específicas adoptadas, así como los plazos fijados para su implementación, la concreción de los medios y recursos de carácter material y humano precisos para el seguimiento y evaluación de las medidas, el calendario fijado con expresión de las actuaciones previstas, su seguimiento y evaluación, la fijación de un órgano de carácter paritario que se encargue de realizar el seguimiento, evaluación y revisión de los planes y, en último término, la fijación de un procedimiento que permita abordar los procedimientos para solventar las discrepancias y las modificaciones que puedan surgir en la aplicación, seguimiento, evaluación o revisión de los planes.

En relación con la aplicación de los planes de igualdad, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 778/2019, de 13 de noviembre, aborda el criterio discriminatorio que se puede producir en la cesión de personas trabajadoras por las empresas de trabajo temporal respecto de las empresas usuarias en cuanto a las condiciones de empleo que se les hubieran aplicado de haber sido contratadas por estas, en concreto respecto de la:

[...] protección de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

1.1.2. Real Decreto 902/2020 de igualdad retributiva entre mujeres y hombres

Desde la perspectiva de política jurídica se ha postulado desde hace años como una de las medidas a llevar a cabo avanzar en la determinación de los trabajos que se han de considerar de «igual valor». La práctica referente viene de la mano de la experiencia francesa donde existe el deber de negociar las clasificaciones profesionales cada 5 años. En tal sentido, la medida alcanzaría un efecto relevante si se supervisa con una adecuada perspectiva de género (Serrano Argüeso y Aboitiz Cazalis, 2018, p. 144).

El Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, incorpora el desarrollo reglamentario del artículo 28 del ET. Procede a identificar el significado y alcance del «trabajo de igual valor», la obligación de llevar a cabo un registro retributivo; relaciona los sistemas de clasificación profesional incorporados en los convenios colectivos con la necesidad de vincularlos con el registro y transparencia operada a través de una adecuada valoración de los puestos de trabajo. Asimismo, se atiende a lo establecido en los artículos 22.3 y 12.4 d) del ET (ambos también

redefinidos por el RDL 6/2019) en el sentido de que la clasificación profesional se ha de llevar a cabo atendiendo a criterios libres de discriminación, eludiendo tanto la directa como la indirecta.

Se fija para todas las empresas que cuenten con más de 50 personas trabajadoras la obligación de realizar un registro que contabilice las retribuciones para poder determinar si concurre una valoración inadecuada del puesto de trabajo en función del género. En consecuencia, aquellas han de elaborar un plan de igualdad y llevar a cabo una auditoría que pondere las retribuciones. De este modo se debe realizar un diagnóstico de la situación retributiva a partir del cual no solo se han de rectificar las diferencias de trato, sino abordar la prevención de las que puedan surgir. Desde el Ministerio de Trabajo e Igualdad se implementarán, vía orden ministerial, las herramientas que puedan servir de modelo para poder ser usadas por las empresas sin coste añadido para que, de este modo, se pueda conseguir una información debidamente desglosada respecto de las categorías profesionales y las relaciones de equivalencia entre «trabajos de igual valor».

Se precisan cuestiones como los criterios a tener en cuenta para realizar el recuento de personas trabajadoras de la empresa a efectos de determinar la obligatoriedad de implementar los planes de igualdad, así como las opciones que se facilitan en los grupos de empresa para poder aplicar un plan de igualdad común a las filiales siempre que se perfilen de forma precisa las actividades concretas desarrolladas por cada una de ellas. Una vez sujetos a aprobación los planes de igualdad mantendrán su efectividad incluso aunque se reduzca la plantilla por debajo del límite de 50 personas trabajadoras establecido. En cuanto a la duración se respeta la que acuerden las partes con una duración máxima de 4 años.

1.2. Las claves de la nueva normativa

Son múltiples los desafíos que de cara a la consecución de la igualdad de género se desprenden de la nueva regulación. Algunos, con cierta trayectoria ya, alcanzan una nueva perspectiva. Otros pretenden instalarse de forma definitiva en la nueva regulación antidiscriminatoria ofreciendo herramientas que permitan llevar el planteamiento abstracto del derecho formal a la realidad. Los relacionamos:

1.2.1. El «trabajo de igual valor»

La nueva normativa precisa que se considerará que un trabajo tiene igual valor que otro en los supuestos en los que:

[...] la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

Respecto a la definición expuesta, «la naturaleza de las funciones o tareas» atiende al contenido esencial de la prestación de servicios y vendrá determinada por lo contemplado en la ley o el convenio colectivo, así como por el contenido real del trabajo desempeñado.

La alusión a las «condiciones educativas» considera la correspondencia con las cualificaciones regladas que aparezcan conectadas con la prestación objeto del desempeño laboral. Las «condiciones profesionales y de formación» atienden a las que permitan justificar la cualificación y el nivel profesional alcanzado, con inclusión de la experiencia acumulada o la formación reglada recibida.

Y, por último, se entiende por «condiciones laborales y por factores profesionales y de formación» aquellos que partiendo de una caracterización diferente a las aludidas puedan considerarse relevantes para la realización de la prestación de servicios.

1.2.2. La transparencia retributiva

Se entiende que la misma concurre cuando se han articulado registros retributivos, la auditoría retributiva y un sistema de valoración de puestos de trabajo en el contexto de la clasificación profesional característica de la empresa afectada y del convenio colectivo que resulta aplicable.

Un aspecto clave del registro salarial radica en la accesibilidad que se ha de dotar al mismo, de modo que ha de estar a disposición de cualquier persona trabajadora de la empresa facilitándose, en primer término, a la representación legal de las personas trabajadoras, haciendo accesible el objetivo de la transparencia. En este sentido, la información facilitada correspondiente al registro retributivo no incluirá los datos promediados relativos a las cuantías efectivas de las retribuciones que aparezcan en el registro –evitando la identificación de las personas trabajadoras con su retribución–, sino solo las diferencias porcentuales que se evidencien en las retribuciones salariales de la empresa, desagregando las promediadas de mujeres y hombres.

1.2.3. El registro salarial

El ET ya contemplaba no solo la obligación de la empresa de ofrecer una retribución uniforme por los «trabajos de igual valor», sino la de confeccionar un registro detallado y con distinción del sexo de las personas trabajadoras.

Desde ahora, la norma va a establecer la exigencia de desglosar de forma precisa «la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable». En modo añadido, estos datos deberán presentarse de

modo desagregado vinculándose al carácter de la retribución y considerando los diferentes conceptos abonables (salario base y complementos de carácter salarial y extrasalarial), detallándose la información de modo diferenciado. Toda la plantilla ha de quedar incluida en el registro retributivo, incluyéndose de forma expresa tanto el personal directivo como el que ostenta un alto cargo. En la confección del registro salarial se consultará a la representación legal de las personas trabajadoras en un plazo que se anticipará en 10 días a su elaboración.

1.2.4. Las auditorías retributivas

Todas las empresas que lleven a cabo un plan de igualdad han de incorporar una auditoría retributiva con carácter previo a su negociación. La condición previa, de modo lógico, vendrá dada porque la empresa alcance el número mínimo de personas trabajadoras que determine la obligación de realizar los planes de igualdad. La implementación de los planes de igualdad (ex RDL 6/2019) ya expresaba que resultaban obligatorios para las empresas con más de 150 personas trabajadoras. Por añadidura, una vez que resulta obligatorio el plan de igualdad, surge en paralelo el deber de realizar la auditoría retributiva.

El contenido de la auditoría debe integrar los datos precisos para verificar si el modelo de retribución empresarial, de modo íntegro y transversal, respeta la igualdad retributiva. En igual forma ha de identificar los medios disponibles para «evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes» al objeto de garantizar esta igualdad. Su vigencia quedará equiparada a la del plan de igualdad, con la salvedad de que expresamente se indique lo contrario.

La empresa que la realice asumirá un doble compromiso: de una parte, ha de confeccionar un diagnóstico de la situación retributiva de la entidad auditada haciendo un análisis valorativo de los puestos de trabajo e identificando los condicionantes que pudieran provocar diferencias salariales, la promoción profesional o incidencias de otro tipo que afectaran a la conciliación de la vida familiar y laboral. En segundo término, desde un posicionamiento proactivo debe programar un plan de actuación que permita abordar la corrección de desigualdades retributivas, concretando a través de una planificación objetivos, actuaciones y responsables de su puesta en marcha y seguimiento.

Las empresas que precisen llevar a cabo una auditoría retributiva habrán de realizar un análisis que incluya las medias aritméticas, así como las medianas correspondientes a las agrupaciones de los «trabajos de igual valor» en la empresa a tenor de los resultados de la valoración de puestos de trabajo pese a que se encuentren ubicados en apartados diferenciados en la clasificación profesional, desagregados y con el oportuno desglose por sexo. También debe incorporarse la justificación, si se diera el caso, en los supuestos en los que la media aritmética o la mediana correspondiente a las retribuciones íntegras de la empresa con diferenciación de sexo arrojen unos datos superiores al 25 %.

1.2.5. La valoración de los puestos de trabajo

Para abordar adecuadamente esta valoración se requerirá la consideración de tres criterios: «adecuación, totalidad y objetividad».

La adecuación comporta considerar los factores, incluidos los de carácter formativo y de cualificación, que aparecen relacionados con las actividades desarrolladas. La totalidad tiene en consideración «todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore». Y, en último término, la objetividad implica la existencia de «mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género».

1.2.6. Las consecuencias sancionadoras de la ausencia de registro

A la hora de vertebrar la tutela administrativa y judicial para los supuestos de falseamiento del registro salarial o de su omisión, se contempla la eventual aplicación de sanciones con respecto a lo preceptuado en la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social, aprobada por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS). Considerando que la LOIEMH modificó el artículo 8.12 de la LISOS al calificar como «falta muy grave» las actuaciones de la empresa que comporten «discriminaciones directas o indirectas» en materia de retribución, la verificación de infracciones vinculadas a la discriminación salarial podría traducirse en multas considerables que oscilarían entre un arco sancionador que va desde los 6.251 a los 187.515 euros.

2. El derecho de no discriminación

La normativa sobre no discriminación debe resultar directamente aplicable al contrato de trabajo, de tal modo que pueda resultar invocada por el trabajador o la trabajadora que sea sujeto pasivo de esa conducta discriminatoria en la que pudiera incurrir la empresa. Pese a todo, la prohibición de discriminación no se configura como un derecho fácil de elaborar de forma visible. Por el contrario, podemos encontrarnos con una multiplicidad de manifestaciones que dejan en evidencia diversas fórmulas de discriminación.

2.1. La delimitación del principio de igualdad

A la hora de perfilar el concepto de igualdad surge, de inicio, la dificultad de superar la contradicción implícita en la afirmación de que todos los hombres y mujeres son diferentes. Pese a todo, esta contradicción desaparece cuando se identifica la norma con el

derecho de alcance constitucional, del que deriva una asimetría entre igualdad y diferencia; igualdad es un término normativo del que se desprende que «los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales»; en tanto que diferencia es un mero término descriptivo del que se desprende que las personas en atención a sus diferencias han de ser debidamente «tuteladas, respetadas y garantizadas» teniendo en cuenta el principio de igualdad (Ferrajoli, 1999, p. 84).

La igualdad significa, desde una perspectiva primaria y esencial, la proscripción de los privilegios, lo cual implica «la exigencia de que la ley enuncie en términos de generalidad e impersonalidad los supuestos de hecho que regula» (Valdés Dal-Ré, 2008, p. 130).

El principio de igualdad pretende convertirse en un límite material, que no solo ha de afectar en el ámbito estrictamente formal a la libertad de quien legisla. Se ha de traducir en un mandato en virtud del cual no podrán establecerse, a la hora de fijar el ámbito de aplicación de las normas, diferenciaciones, distinciones o preferencias que puedan albergar un contenido injustificado o arbitrario. En este contexto, el constitucionalismo moderno ha venido a asentar los valores asociados a los derechos fundamentales, ocupando un papel principal entre ellos el derecho de igualdad. Estos derechos a lo largo del siglo XX han experimentado una notable expansión, incorporando intereses, expectativas y reivindicaciones de los distintos grupos sociales, tras el objetivo de alcanzar «mayores y más decentes espacios de igualdad, libertad y dignidad» (Valdés Dal-Ré, 2008, p. 133).

2.2. El tránsito desde la noción formal de discriminación hacia la noción material

Desde su origen, el derecho de no discriminación se mostró como un postulado deducible del principio de igualdad, si bien con una manifiesta dificultad para traducirse de forma efectiva en los ordenamientos jurídicos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) consagró el derecho de igualdad en el disfrute de los derechos y libertades contemplados en el mismo, ocupando un papel protagonista la igualdad por razón de sexo incorporando la prohibición de discriminación en su artículo 14. A partir de esta referencia se facilitó una interpretación como un «canon de regularidad jurídica del ejercicio de otros derechos».

La prohibición de discriminación se ha contemplado como una mera concreción del principio de igualdad ante la ley, exteriorizada no de modo autónomo, sino en relación con otros derechos fundamentales cuyo ejercicio permite facilitar. El derecho a no ser discriminado se asimila a una diferenciación de trato que pueda alcanzar la calificación de carácter razonable y justificado. Este trato diferenciado no implica, en consecuencia, una colisión con el derecho de igualdad, de modo que lo que sí queda vedado son aquellas distinciones que resulten arbitrarias si se verifica una falta de proporción entre el medio utilizado en la realidad y el fin perseguido. En ese tránsito que se describe, desde un sistema meramente formal de discriminación hacia otro material, dotado de sustantividad, quienes operan en el

ámbito jurídico, a través de las iniciativas normativas y de la interpretación jurisprudencial expansiva, han conseguido dotar de un contenido sustantivo a una noción que en sus orígenes estaba desprovista de un significado formal, cuando fuera del ámbito de los poderes públicos solo resultaba oponible con dificultad.

2.3. El concepto de no discriminación

Pocos derechos fundamentales han podido experimentar una evolución tan destacable en su alcance material como el derecho a no ser discriminado. El concepto formal que prohibía la discriminación ha adquirido un contenido sustantivo que tiende a procurar la parificación, abriéndose paso más allá del ámbito correspondiente a los poderes públicos. El concepto se extiende en un nuevo espacio en el que la discriminación no plantea un problema de mero trato desigual carente de justificación.

Conforme expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 19/1989, de 31 de enero (FJ 4.º), el derecho de no discriminación:

[...] persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana.

La discriminación sitúa a las personas y grupos sociales que la padecen en una situación de marginación cuyas consecuencias se traducen en la dificultad o pérdida de derechos. A partir de esta delimitación del derecho a la no discriminación, se perfila el derecho fundamental a través del respeto a la dignidad de las personas, su consideración como seres humanos y la elaboración de un orden social que así podrá alcanzar mayores niveles de justicia.

Afrontar con éxito la lucha frente a la desigualdad permite no solo facilitar el acceso al empleo de la mujer trabajadora en condiciones de equidad, sino que repercute de forma positiva en la elevación de los índices de natalidad; factor que se presenta como clave para el progreso y para el equilibrio del sistema de pensiones que puedan disfrutar las futuras generaciones.

3. La igualdad como principio general del derecho comunitario

El objetivo básico que se pretende alcanzar con la regulación de la discriminación se dirige a que la ciudadanía disponga de opciones justas y equitativas en el momento de ejercitar sus derechos. El avance y la madurez del proyecto de la Unión Europea se han forjado

en torno a un conjunto de valores fundamentales entre los que destaca, de forma relevante, la igualdad entre hombres y mujeres que ya aparecía de modo explícito en los artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea.

En la lucha contra la discriminación aparece como aportación novedosa la discriminación positiva que plantea la opción de adoptar medidas que permitan favorecer la posición o la representatividad del colectivo que eventualmente estuviera menos representado. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contempla en su título II (art. 8) que la Unión fijará en todas sus acciones el objetivo de eliminar las desigualdades que puedan existir entre hombres y mujeres, promoviendo su igualdad, si bien en opinión recurrente de buena parte de la doctrina el concepto de «discriminación positiva» resulta errado e implica una desviación del concepto correcto, que debería traducirse de modo efectivo en una «acción positiva».

La consecuencia de las prevenciones normativas establecidas se traduce en que cualquier comportamiento discriminatorio en relación con una maternidad futura se inculpará en el concepto de discriminación de género. Pese a todo, también se tiene en consideración que una normativa protectora en modo excesivo puede provocar el efecto perverso de que se considere a la mujer a la hora de la contratación como una alternativa desaconsejable o gravosa desde la perspectiva empresarial. Los intentos de erradicar la discriminación por razón de sexo se articulan, perfilando la noción material del derecho, desde tres posicionamientos: la prohibición de la «discriminación directa», la eliminación de la «discriminación indirecta» y el establecimiento de acciones positivas que faciliten la igualdad de trato.

3.1. La discriminación directa

La inicial expresión del derecho a no ser discriminado/a por razón de sexo implica la prohibición de que las normas laborales de todo tipo, convencionales y legales, los actos administrativos o los contratos de trabajo incorporen un trato diferencial que conlleve perjuicios vinculados a la pertenencia a un sexo determinado. Bajo este prisma, la «discriminación directa» es la que acapara mayor visibilidad. Deriva de un planteamiento sencillo: las personas que se encuentren en una situación semejante o asimilable han de obtener un trato no desfavorable, determinado por la circunstancia de incorporar una determinada «característica objeto de protección».

El CEDH advierte que la «discriminación directa» muestra una vinculación inmediata con la justificación general de carácter objetivo que aparece prohibida. En la legislación de la Unión Europea el principio de paridad solo puede moderarse, de forma excepcional, en situaciones muy concretas en las que el sexo puede constituir «un requisito profesional esencial y determinante». De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha interpretado de forma muy restrictiva esta excepción, aceptándola en relación con el trabajo de las

matronas (Sentencia del TJUE –STJUE– de 8 de noviembre de 1983, *Commission c. Royaume Uni et Irlande du Nord*, asunto C-165/82) o la vigilancia en instituciones penitenciarias (STJUE de 30 de junio de 1988, *Commission c. France*, asunto C-318/86).

El principio de paridad de trato también aparece relacionado con la condición biológica de la mujer, dando lugar a la protección desplegada en los supuestos de embarazo y maternidad. Se alcanza la conclusión de que cualquier trato desfavorable que afecte a la mujer trabajadora, relacionado con el embarazo o la maternidad, podrá considerarse como una discriminación directa por razón de sexo. Las discriminaciones directas limitan recurrir al factor del sexo como criterio diferenciador. Frente a las discriminaciones indirectas, que se muestran enmascaradas a través de una norma en apariencia neutra; la directa resulta visible y exteriorizada de forma explícita.

La normativa de la Unión Europea clarificó la protección asociada a la «discriminación indirecta» al conceptualarla a través del artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/CE, donde se precisa que coincide con:

[...] la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Como complemento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) interpreta que, para que concurra una situación de discriminación directa, ha de producirse una «diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares» y ello «a partir de características identificables» (Sentencia del TEDH –STEDH– de 16 de marzo de 2010, asunto *Carson*, demanda núm. 42184/05).

La «discriminación directa» aparece identificada por la diferencia de trato sufrida por una persona respecto de otra que se encuentre en una situación similar, precisándose al respecto un elemento comparativo, esto es, la verificación de circunstancias sustancialmente iguales a las que se aplica una diferencia de trato vinculada con uno de los denominados «motivos protegidos». Entre tales «motivos protegidos» que recoge la legislación europea aparecen: la orientación sexual, la edad, la raza, el origen étnico y nacional, la discapacidad, la religión y creencias y, en particular, la discriminación por razón de género.

3.2. La discriminación indirecta

Para que aparezca la «discriminación indirecta» se precisa la concurrencia de dos elementos básicos: la existencia de una medida en apariencia neutra que genere efectos adversos

y la falta de justificación de la misma. Una medida contenida en una norma o práctica laboral se considera neutra cuando se aplica, de modo indiferenciado, tanto a hombres como mujeres. La consecuencia vendrá dada por la materialización de desventajas particulares para un sexo determinado, debiéndose añadir un elemento complementario identificado por la ausencia de justificación objetiva de tal trato diferenciado.

En el ámbito laboral refleja que las personas trabajadoras que se encuentren en situaciones diferenciadas han de recibir un tratamiento distinto de manera que puedan acceder a una relación de oportunidades que resulten equiparables. Precisa la existencia de una norma, o práctica, que resulten en apariencia neutras, de modo que, estableciendo una referencia comparativa, se advierta que un colectivo afectado por un «motivo protegido» alcanza un perjuicio en relación con otras personas trabajadoras en situación semejante. El TJUE advierte que la empresa podrá ofrecer justificación objetiva y razonable de la existencia del trato dispensado en las situaciones de «discriminación indirecta». La STJUE de 17 de octubre de 1989 (asunto C-109/88) identifica razones potencialmente justificativas de prácticas indirectamente discriminatorias, como la flexibilidad en el trabajo, la antigüedad o la productividad.

La casuística que se despliega en supuestos de discriminación nos muestra que no siempre resulta exigible que aparezca una «referencia comparativa». En materia de empleo se ha desarrollado una amplia doctrina por parte del TJUE, cuyo punto de partida se sitúa en el asunto Dekker, y que considera que, si desde una perspectiva laboral la trabajadora sufre algún tipo de perjuicio asociado a su situación de embarazo, cabrá considerar la existencia de una discriminación directa, sin que resulte preciso acudir al elemento comparativo referencial (STJUE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-177/88). Por su parte, el TEDH (STEDH de 9 de junio de 2009, Opuz c. Turquía, demanda núm. 33401/02, párr. 183) ha profundizado en la descripción de la «discriminación indirecta» considerando que «la diferencia de trato puede consistir en unos efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, pese a estar formulada de modo neutro, discrimine a un determinado grupo». Ha llamado la atención acerca de que «el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos reconocidos en el CEDH se vulnera también si los Estados [...] no dan un trato diferenciado a las personas que se hallen en situaciones sustancialmente diferentes».

4. La discriminación en el ámbito laboral por razón de género

La discriminación sufrida por las mujeres en el ámbito laboral se muestra como una de las más antiguas y persistentes en el tiempo. Una de las características que la definen tiene relación con la capacidad para manifestarse de diversas formas, mostrando una amplia expresión cuantitativa y con una clara capacidad de integrar otras causas distintas de discriminación.

El arraigo de la discriminación por razón de género explica las razones por las que se incluye esta modalidad específica entre los listados de causas de discriminación, ocupando un lugar preponderante en la normativa nacional e internacional. Por ello, la Asamblea de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), identificando la idea de que la discriminación por razón de género vulnera «los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana». En los ordenamientos positivos nacionales se ha constatado la aprobación de normas específicas que refuerzan la cláusula general de no discriminación por razón de sexo con cláusulas específicas prohibitivas de cualquier tipo de conducta discriminatoria cuyo fundamento se identifique con motivos de género. Se ha desarrollado una amplia gama de medidas, tales como aquellas que afectan a los procesos de selección de personal (materia de empleo), clasificación y promoción profesional, retribución y extinción de la relación laboral, con una especial protección en los supuestos de despido disciplinario.

La discriminación genérica, provocada por razón de género, se identifica con facilidad en la medida en que implica una asociación vinculada a la pertenencia a un sexo determinado. Dentro de la política social de la Unión Europea ha alcanzado una relevancia protectora con el nivel de derecho fundamental. El ámbito de protección se desplegó en un momento inicial a través de criterios de carácter económico, procurando conseguir como objetivo la equiparación salarial al constatarse la discriminación existente en este aspecto esencial de las relaciones laborales. Más adelante, se ha procurado incidir en la mejora de las condiciones laborales y de acceso al empleo (López Balaguer y Rodríguez Rodríguez, 2019).

4.1. Las diferencias retributivas que discriminan a la mujer trabajadora

Según expresa el Boletín Igualdad en la Empresa (Instituto de la Mujer, 2020, p. 4), para iniciar el abordaje del problema se precisa partir de una inicial clarificación conceptual diferenciando la desigualdad de la discriminación salarial. La desigualdad salarial vendría identificada por la diferencia (o brecha) salarial, en tanto que la discriminación salarial implica una diferencia de salarios que no aparece justificada por «una distinta aportación de valor en la realización de un trabajo y que solo puede explicarse en función del sexo de una persona».

La brecha salarial de género (Cabeza Pereiro, 2012, p. 81) deriva de la conjunción de varios condicionantes como que «se le concede una menor importancia a los trabajos que desempeñan mayoritariamente las mujeres», «el mercado laboral está segregado de forma muy notoria», «se adoptan decisiones que no tienen otra base que la obediencia a estereotipos perjudiciales» o a la «asunción predominante por ellas de tareas de cuidado». No obstante, el hecho de que exista una diferencia retributiva no implica que la misma tenga un origen discriminatorio, si bien, en el caso de producirse, debe concurrir una justificación de

carácter objetivo y razonable. Aquí radica el principio de igualdad retributiva, en virtud del cual la empresa queda obligada a abonar, a cambio de una prestación laboral que ofrezca un valor semejante, el mismo salario.

4.1.1. Doctrina del TJUE sobre diferencias retributivas discriminatorias

La discriminación asociada a las diferencias retributivas fue la primera que se hizo un hueco en el acervo doctrinal del TJUE. La Sentencia Defrenne II, de 8 de abril de 1976 (asunto C-43/75), admitió la aplicabilidad directa del principio de igualdad en la retribución salarial respecto de las mujeres, apreciando que ello no solo se ha de aplicar al ámbito más objetivo propio de la Administración pública, sino que se debe extender a la actividad privada incorporando la negociación colectiva en los distintos ámbitos sectoriales. Esta sentencia había interpretado que el artículo 119 (más adelante 141 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) incorporaba un mandato claro a través del cual «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares».

Esta discriminación directa se define como la que «cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución». Se abrió paso así la doctrina del TJUE como modelo y referencia para los tribunales nacionales, ofreciendo protección no solo frente a la discriminación salarial por motivo de género, sino como espejo para el desarrollo de nuevas iniciativas legales y la aprobación de nuevas disposiciones en los convenios colectivos o pactos laborales suscritos con carácter individual. En este terreno es de destacar la labor desplegada por la negociación colectiva «como herramienta esencial para reducir la brecha salarial facilitando la erradicación de la discriminación retributiva».

4.1.2. Doctrina jurisprudencial nacional sobre diferencias retributivas y otras prácticas discriminatorias

En tal contexto, la Ley 39/1999, de conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras, ha priorizado la «igualdad de oportunidades al hombre y la mujer al momento de participar en plano de igualdad en el cuidado de hijos», lo que a la postre ha facilitado un nivel asimilado de los derechos reseñados tanto a favor de la mujer como del hombre, superándose así las posiciones iniciales de la doctrina jurisprudencial a través de una equiparación normativa.

A la hora de dotar de contenido al derecho fundamental de igualdad (art. 14 CE), desarrollado por el artículo 28 del ET, nuestra doctrina ha otorgado protección frente a la discriminación indirecta. La Sentencia de la Audiencia Nacional 69/2019, de 24 de mayo, interpreta respecto de los «permisos retribuidos» que los mismos se han de configurar con el objetivo

de garantizar el principio de igualdad de trato. Se aprecia así que constituye una vulneración del principio indicado la merma salarial que se produce con la solicitud de tales permisos –según se han configurado en el convenio colectivo objeto de debate–, toda vez que la mayoría de quienes ejercen tal derecho son mujeres con cargas familiares que han de atender.

4.1.2.1. «Doble escala salarial» como «discriminación directa»

Las SSTC 183/1998, de 17 de octubre, y 183/2000, de 10 de julio, vinieron a ofrecer una doctrina reiterada expresiva del carácter ilícito de las «dobles escalas salariales», al afirmar que «una indemnización calculada sobre un salario que incurre en discriminación por motivo de sexo es igualmente discriminatoria». La casuística asociada a situaciones de «doble escala salarial» resulta cada vez más reducida en la reciente doctrina jurisprudencial, ocupando un papel residual al haberse consolidado a nivel normativo en el propio ET. Lo expuesto no obsta para que en ocasiones se produzcan discriminaciones abiertas a través de la vía de la clasificación o promoción profesional, cuyas consecuencias, de modo lógico, también alcanzan al factor retributivo.

Más recientemente las SSTC 79 (Pleno), 90 y 91/2020 han apreciado un nuevo (y sorprendente) supuesto de «discriminación directa» vinculado a una reducción de jornada en cuantía del 33 % solicitada por una doctora. El conflicto surge cuando al realizar guardias (en igual duración que sus compañeros/as, de 10 horas) el descanso retribuido que se aplica al personal a tiempo completo es el equivalente a una jornada ordinaria completa (7 horas), mientras que para la trabajadora se reduce a 4,69 horas. Se aprecia que la reducción en el descanso retribuido no puede menoscabar el derecho al descanso retribuido.

4.1.2.2. «Doctrina del trabajo de igual valor» como «discriminación indirecta»

La doctrina jurisprudencial ha venido a configurar la casuística asociada a estos supuestos. La STC 286/1994, de 27 de octubre, caso Galletas Fontaneda, alcanzó una proyección singular. Se cuestionaba la superior retribución percibida en el departamento de producción, de forma mayoritaria ocupado por hombres, frente al departamento de «envasado, empaquetado y acabado», donde se empleaba sobre todo a mujeres, de modo que, pese a que las categorías profesionales («oficial 1.^a, oficial 2.^a y ayudantes») y el contenido del trabajo eran equiparables, el salario base diario resultaba superior para el departamento de producción. La razón que se pretendió exponer como justificadora de la diferente retribución residía en la hipotética «mayor responsabilidad y concentración de las tareas de producción» apreciándose, en definitiva, que concurría una situación de discriminación sexista directa.

Los criterios consolidados en relación con las diferencias retributivas «entre trabajos diferentes» no han impedido que, en determinados supuestos, aquellas se consideraran puntualmente justificadas en las tareas masculinizadas cuando se ha apelado al intenso

esfuerzo físico como las actividades en las que concurre de forma acentuada un «riesgo dorso-lumbar» (STC 250/2000, de 30 de octubre, Convenio de manipulación y envasados de agrios en Murcia).

4.1.2.3. «Discriminación indirecta a través de la promoción profesional»

La discriminación en la promoción profesional, así como la que se produce con relación al acceso al empleo, se suelen manifestar de forma oculta e indirecta. En esta faceta discriminatoria cabe reseñar la STS de 18 de julio de 2011 (rec. 133/2010), en la que se condena la práctica llevada a cabo por El Corte Inglés al verificarse en los centros de trabajo ubicados en Barcelona la existencia de múltiples indicios que llevaban a considerar la existencia de un procedimiento de promoción profesional discriminatorio, apreciándose falta de transparencia en el mismo y una desproporcionada representación de hombres respecto de la composición de la plantilla. Todo ello aparecía vinculado a un procedimiento viciado de cooptación, producido a través del voto de los integrantes del cuerpo directivo.

4.1.2.4. «Discriminaciones retributivas vinculadas al embarazo o maternidad»

En estos supuestos lo que se tiene en consideración no son prácticas directas que determinen de forma visible un eventual peor trato retributivo. Se trata de situaciones en las que se evidencian pérdidas retributivas para la mujer trabajadora que no alcanzan una protección que eluda un peor trato de hecho. Así podría aludirse a una múltiple casuística: pérdida de la posibilidad de promoción a un superior nivel retributivo, aunque la misma venga avalada por el propio convenio colectivo (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de Madrid de 21 de mayo de 2012, rec. 2587/2012, y de 12 de junio de 2013, rec. 1379/2013), exclusión de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad respecto del devengo de un complemento de productividad (STSJ de Madrid de 30 de enero de 2012, rec. 4696/2011) o pérdida de una retribución variable (STS de 27 de mayo de 2015, rec. 103/2014).

En concreto, en la STS de 14 de mayo de 2014 (rec. 2328/2013) se apreció discriminación retributiva indirecta por razón de sexo, que se constató respecto de un «plus voluntario y absorbible». Se consideró que no existía justificación objetiva y razonable respecto del plus recibido por los camareros de bares y cocina (varones en su mayor proporción), pero que no alcanzaba a las camareras de piso (en su mayoría mujeres). Asimismo, destaca la STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 153/2014), que declaró la nulidad de una cláusula de un convenio colectivo, reguladora del ascenso profesional, al exigir el desempeño de un determinado número de horas en cómputo anual sin considerar los tiempos de ausencia vinculados al embarazo y a la maternidad. Tal exclusión se declara discriminatoria en tanto que «sitúa a la mujer en clara desventaja para alcanzar el mínimo cronológico necesario».

También resulta ilustrativa la STC 162/2016, de 3 de octubre, que concede el amparo a una magistrada que reclamaba las retribuciones correspondientes al periodo en el que no pudo tomar posesión en el destino adjudicado, y que le correspondía a tenor del concurso en el que había participado al encontrarse en situación de baja maternal. En este supuesto resulta suficiente aplicar el «test *but for* o de la sustitución», usado por la doctrina jurisprudencial, en virtud del cual basta con cambiar el sexo o cualquier otra circunstancia personal de la persona afectada, determinante de la condición discriminatoria, para contrastar si las consecuencias jurídicas vinculadas al supuesto habrían sido las mismas. El argumento de la obligatoriedad de la toma de posesión que incumbe a cualquiera que disponga de una situación de licencia, al margen de cuál sea esta, no puede alcanzar validez para el caso de la licencia tras el parto. Se concluye que la maternidad como condición en exclusiva vinculada a las mujeres, y solo a ellas, genera discriminación en el ámbito profesional. Se señaló, asimismo, que la Administración «no atendió a los principios del ordenamiento jurídico que imponen a los poderes públicos promover no solo la igualdad formal, sino también la igualdad real y efectiva».

Añade la STS de 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018) que resulta contraria a derecho la norma aplicada en el acuerdo colectivo impugnado en virtud de la cual se permite la exclusión del sistema de incentivos de cualquier tipo de ausencia justificada por situaciones tales como «permisos retribuidos de lactancia, accidente o enfermedad grave, hospitalización, intervención quirúrgica sin hospitalización, exámenes prenatales y técnicas de parto». Se aprecia que se incurre en una infracción directa de lo previsto en la LOIEMH, colocando a la mujer en una situación comparativamente inferior al colectivo masculino en tanto que percibe un salario inferior pese a alcanzar los objetivos contemplados por la empresa.

4.1.2.5. «Discriminación por asociación»

Otra de las hipótesis que deja de manifiesto la discriminación surge por asociación, a tenor de la denominada «doctrina Coleman» (STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06). Esta ofrece un difícil encaje en las modalidades clásicas de discriminación (directa e indirecta). Se trata de nuevas prácticas que trascienden de los grupos protegidos para derivar el objetivo discriminatorio en familiares o personas cercanas a la víctima, ampliándose así la protección dispensada (Poyatos i Matas, 2019). Como muestra de esta modalidad, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 28 de agosto de 2019 (rec. 531/2019) declaró nulo el despido de una trabajadora por razón de la actividad sindical de su pareja sentimental.

Igual interés ofrece la STC 71/2020, de 29 de junio, que otorga el amparo a una trabajadora que solicita al Servicio de Salud Vasco, en aplicación del artículo 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, los 2 días contemplados de licencia retribuida «en casos de hospitalización o enfermedad grave» de familiares dentro del segundo grado, aduciendo que su hermana había dado a luz en hospital. El permiso se denegó al apreciarse que el parto se encuentra excluido del ámbito del acuerdo, resolviendo el TC que ello comporta una «discriminación refleja o por asociación» al excluir el parto de los motivos protegidos.

En este capítulo también se sitúa la STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakebbracht, considerable como «discriminación por solidaridad» y que hace mención de una empleada de recursos humanos que protestó por no haberse admitido la contratación de una trabajadora, embarazada de 3 meses, propuesta para su contratación, siendo despedida después aduciéndose motivaciones genéricas.

Dentro del espectro de influencia de esta modalidad discriminatoria se encuentra la STS de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017). La misma versa sobre la solicitud de una prestación en favor de familiares en la que se produce la exclusión como causantes de la prestación de quienes fueron pensionistas SOVI. Aprecia la resolución que al resultar incontestable la feminización de las pensiones en esta modalidad, según datos constatados por el propio ministerio, se da ocasión a un supuesto de «discriminación refleja o transferida» que se traduce en la exclusión de un sistema de pensiones cuyas beneficiarias son las mujeres. Se aprecia, pues, que concurre una discriminación indirecta por razón de género en la que debe tener entrada, desde la perspectiva de género, un examen de la transversalidad del principio de igualdad a través de una interpretación normativa que acoja la perspectiva impuesta por la LOIEMH.

4.2. La discriminación asociada a la maternidad de la mujer trabajadora

La protección dispensada a la maternidad de la mujer trabajadora se ha identificado como elemento característico del derecho del trabajo, así como de cualquier legislación que se pretenda considerar social.

Esta protección no puede quedar limitada a la mera condición biológica a partir de que se verifica el embarazo y después de este, sino que también se traslada al marco de la relación laboral procurando afrontar las consecuencias de tipo físico y psíquico que generan las situaciones discriminatorias, afianzando, de forma simultánea, los derechos laborales que se desprenden de su condición de trabajadora, en tanto que resulta prohibido todo perjuicio que se derive de este estado (*cfr.* SSTC 161/2004, de 4 de octubre, y 324/2006, de 20 de noviembre). Partiendo de la consideración expuesta, la protección, para que pueda resultar efectiva, se ha de desplegar de forma amplia, abarcando diferentes escenarios en los que la mujer trabajadora puede quedar expuesta a una situación discriminatoria bien de forma directa, o bien de forma más larvada y oculta. El análisis estructurado de estos supuestos nos permitirá conocer y difundir de forma más certera el alcance de la protección otorgada.

4.2.1. El embarazo como razón determinante para el rechazo de la contratación

La primera hipótesis de trabajo nos sitúa en el momento previo al inicio de la relación laboral. Si no se ha iniciado la prestación laboral ni suscrito el contrato de trabajo vinculante,

podrían presentarse dudas razonables en torno a la viabilidad del despliegue protector anti-discriminatorio. Sin embargo, el Tribunal europeo, a través de la Sentencia de 8 de noviembre de 1990, asunto C-177/88, Dekker, mostró con claridad que esta situación fáctica no podía quedar desprotegida. La Sra. Dekker había formado parte de un proceso selectivo como candidata para prestar servicios en un centro holandés de formación de «jóvenes adultos». El comité de selección notificó al centro que la Sra. Dekker era la más apta para la cobertura del puesto de trabajo. Sin embargo, la dirección del mismo rechazó a la trabajadora como consecuencia de la situación de embarazo que la misma presentaba, argumentando que no podía asumir los costes financieros vinculados al contrato de sustitución que habría de suscribir para cubrir el periodo de docencia durante la baja maternal.

El TJUE verificó la existencia de discriminación directa asociada al sexo, aun a pesar de constatare que el resto de las candidatas eran mujeres, pues la exclusión de un contrato de trabajo para el que se han acreditado los méritos más adecuados por motivo de embarazo solo puede oponerse a las mujeres que vayan a ser madres. La discriminación determinada por la situación de embarazo aparece considerada como una modalidad de «discriminación directa» por razón de sexo frente a la que no procede oponer valoraciones de tipo objetivo y razonable.

También destaca la STJUE de 3 de febrero de 2000, asunto C-207/98, Mahlburg. La trabajadora implicada, que prestaba servicios como enfermera, vio como su solicitud era rehusada bajo la excusa de que el puesto de trabajo ubicado en quirófano podría comportar riesgos para el desarrollo de su embarazo por su exposición a sustancias peligrosas. La empleada, que tenía suscrito un contrato de carácter temporal, había solicitado el acceso a un puesto de trabajo con vinculación permanente. Tras la comunicación de la situación de embarazo, la empleadora, en aplicación de la normativa alemana de prevención de riesgos vinculada a la maternidad, acordó el traslado interno de la trabajadora para eludir su exposición a sustancias de riesgo y, acto seguido, le trasladó su exclusión del proceso selectivo como enfermera de quirófano. La sentencia declaró injustificada tal exclusión al apreciar que las limitaciones para la prestación del trabajo solo aparecían en el periodo asociado a la maternidad.

Se entiende, asimismo, que se incurre en una discriminación de género en el acceso al empleo público cuando la aspirante se ve imposibilitada para participar en las pruebas del proceso selectivo al coincidir estas con el ingreso hospitalario para dar a luz. En tal sentido se pronuncia la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 2014.

4.2.2. El despido de la trabajadora embarazada

La doctrina del TJUE ofrece una casuística interesante, destacando el caso Jiménez Melgar (Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-438/99). En el mismo se aprecia que, pese a que la Directiva 92/85 no había sido objeto de trasposición a la normativa española

en el momento de producirse el despido, podía invocarse por las afectadas ante los tribunales nacionales. La sentencia incorpora una consideración muy relevante para la contratación laboral por parte de las Administraciones públicas, advirtiendo que la protección otorgada no ofrece distinción alguna respecto de las diferentes modalidades contractuales. De ello se desprende que, aunque pueda ofrecer una apariencia de licitud la falta de renovación de un contrato temporal a su finalización si coincide con una situación de embarazo y se ha justificado la aptitud para el trabajo, ante la ausencia de concurrencia de una razón objetivada para tal decisión extintiva, se estaría ante una situación de discriminación directa por razón de sexo.

El viento a favor, que corría en los últimos tiempos poniendo coto a las extinciones de contrato que afectaban a las trabajadoras embarazadas, cambió de dirección con la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/2016, Porras Guisado. En la misma se plantea si en la tramitación de un expediente de regulación de empleo (ERE) incoado por la empresa Bankia cabe la posibilidad de incluir a una trabajadora en situación de embarazo. La sentencia considera que la Directiva 92/85 no limita la posibilidad de que una trabajadora embarazada pueda ser incluida en un ERE, apreciándose que en la tramitación del expediente se habían fijado por parte de la empresa y de la representación de las personas trabajadoras unas prioridades de permanencia objetivadas de forma neutra. A pesar de ello, se fija la obligación de desplegar una tutela preventiva que ofrezca protección a las trabajadoras embarazadas, si bien no se considera necesario que a la misma se vinculen obligaciones de carácter reparador.

4.2.3. El permiso de maternidad y otros derechos afines en el foco de la discriminación

Con frecuencia, las situaciones discriminatorias se producen de forma indirecta por la pérdida de derechos vinculados a la suspensión del contrato de trabajo provocada por el descanso maternal. En estas ocasiones, como en la Sentencia del Tribunal europeo de 30 de abril de 1998, asunto C-136/95, Thibault, se considera que la trabajadora no puede quedar desprovista del ascenso que le habría correspondido al no considerarse como tiempo efectivo de trabajo el correspondiente a la suspensión obligada del contrato. Concluye que concurre la discriminación aludida, ya que, de no haberse producido la situación protegida de embarazo, la trabajadora habría obtenido la promoción profesional a que aspiraba.

Los focos donde se pueden advertir situaciones objetivamente discriminatorias abarcan una amplia multitud de espacios que no resultan ajenos a la propia universidad. En este ámbito se puede constatar la posición en la que se encuentran las profesoras que pierden el reconocimiento de los créditos correspondientes a la baja maternal y cuya obtención puede resultar decisiva o determinante para su consolidación profesional y para la estabilidad laboral. La justificación argumental que sirve para dejar en evidencia situaciones

discriminatorias como las descritas, *mutatis mutandis*, se apoya en reciente doctrina jurisprudencial, STS de 10 de enero de 2017 (rec. 283/2015). En la misma se apela a la normativa que se infringe, esto es, el principio de «igualdad entre mujeres y hombres y el derecho a la no discriminación por razón de sexo» (art. 14 CE), que muestra un desarrollo concreto de la LOIEMH respecto al contrato de trabajo. La traslación de la misma al artículo 17.1 del ET precisa que:

Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta [...] por razón de sexo [...].

En cualquier caso, el debate lo cierra la STS de 5 de junio de 2020 (rec. 4751/2017), señalando que no resulta ajustada a derecho la exclusión de los permisos y licencias derivados de la maternidad como mérito evaluable para la experiencia docente, apreciando que la ausencia de consideración de este mérito comporta una discriminación por razón de sexo.

A lo expuesto se añade el artículo 8 de la LOIEMH al señalar que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad»; criterio que se ha de interpretar de forma integrada con lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2006/54, cuando señala que:

La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Se trata de «disposiciones suficientemente claras, precisas e incondicionales» cuyo efecto directo se ha recogido de forma expresa por el TJUE (Sentencia de 6 de marzo de 2014, asunto C-595/12, Napoli). Se establece que cuando la mujer se reincorpora al trabajo no deberá hacerlo en circunstancias peores de las que disfrutaba con anterioridad a la baja maternal, por lo que debe obtener beneficio de «cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».

Por su parte, la STS de 4 de abril de 2017 (rec. 3466/2015) declaró la nulidad del despido objetivo llevado a cabo a una trabajadora que se había sometido a un tratamiento de fecundación *in vitro*, encontrándose en una fase avanzada en la que los óvulos se habían fecundado, si bien no se había producido la implantación en el útero de la mujer. Se lleva a cabo una interpretación extensiva de la protección por embarazo (aplicando la doctrina de la STJUE de 26 de febrero de 2008, asunto C-506/06, Sabine Mayr), al considerar que

la empleadora incurre en un comportamiento discriminatorio, dado que, al reconocer el carácter improcedente del despido objetivo, muestra su incapacidad para desvirtuar la presunción indiciaria de carácter discriminatorio que se desprende de la decisión adoptada. En este caso correspondía a la empresa la acreditación de que las causas alegadas para el cese ofrecían una explicación «objetiva, razonable y proporcionada» tal y como recoge la doctrina constitucional (STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5.º); argumento al que se añade el expresado por la STS de 5 de diciembre de 2000 (rec. 4374/1999), según la cual:

[...] le incumbe probar, bien que la vulneración del derecho no guarda relación alguna con su propio comportamiento, o bien que concurren circunstancias de entidad suficiente para disipar cualquier sospecha de trato discriminatorio, o también que los hechos denunciados carecen de la eficacia suficiente para ser calificados como atentatorios al derecho fundamental en cuestión.

En este ámbito también es destacable la STS 77/2020, de 29 de enero, que declara la nulidad del despido de una trabajadora empleada de hogar cesada al conocer la empleadora su situación de embarazo. En el proceso solo se discute si es discriminatoria la ausencia de devengo de los salarios de tramitación respecto de las personas empleadas de hogar.

El despido es considerado discriminatorio y se declara la obligación de abono de los salarios de trámite durante la sustanciación del recurso (*ex art. 297.2 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–*) pese a que en la instancia la calificación del despido fue la de «improcedente».

5. Protección frente a la discriminación de género en la doctrina española

Una vez que se han identificado las pautas de comportamiento más incisivas en la discriminación de género, procede abordar el análisis de los mecanismos dispuestos para desplegar la protección de los derechos infringidos. De forma simultánea también se ha de atender a las fórmulas dispuestas para la reparación del daño causado, debiendo advertirse que la mera existencia de la respuesta articulada en estas situaciones permite ofrecer un efecto disuasorio que, con seguridad, contribuye a mejorar los niveles sociales de igualdad.

La vulneración de la prohibición discriminatoria por motivo de género ofrece varios perfiles diferenciados. Entre ellos se constata la opción de reclamar las diferencias retributivas dejadas de percibir, incluyéndose, en supuestos particularmente flagrantes, la opción por resolver el contrato.

5.1. Acciones frente a la vulneración de la prohibición de discriminación retributiva

A la reclamación de las diferencias salariales asociadas a la prohibición de discriminación salarial por motivo de género se une la posibilidad de instar la resolución del contrato (ex art. 50 ET) y la de reclamar los oportunos daños y perjuicios cuando se produzcan situaciones de discriminación retributiva. Prueba de lo expuesto la encontramos en la reciente doctrina jurisprudencial. En la STSJ de Andalucía/Málaga de 14 de febrero de 2018 (rec. 2089/2017), la trabajadora apela a la vulneración de los artículos 14 de la CE y 28 del ET al dejar de manifiesto una notable diferencia salarial, materializada en años sucesivos, entre el sueldo que le correspondía por el desempeño de su prestación laboral y el reconocido a las personas trabajadoras que realizaban idénticas funciones en su empresa, cifrada en torno a una pérdida del 30 % de la remuneración. La sentencia, confirmando la de instancia, declara la existencia de vulneración del derecho fundamental aducido y condena a una indemnización por daños morales que asciende a 35.000 euros, teniendo presente la diferencia entre los salarios percibidos por la actora y aquellos que le hubiera correspondido percibir en el supuesto de que no se hubiera producido la situación discriminatoria.

Dado que la discriminación retributiva por razón de sexo aparece calificada como infracción muy grave en el artículo 8.12.^a de la LISOS, viene de la mano la posibilidad de que las trabajadoras que puedan acreditar tal imposición puedan solicitar la extinción indemnizada de la relación laboral recurriendo a la acción contemplada en el artículo 50 del ET.

5.2. Acciones asociadas a la protección del embarazo y de la maternidad

La medida protectora de mayor proyección que se ha facilitado a las trabajadoras embarazadas en el ámbito de las relaciones laborales ha venido identificada por la declaración de nulidad de los despidos vinculados a esta situación. Se trata de una institución cuya regulación normativa aparece sustentada en el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). De la misma se ha derivado una doctrina jurisprudencial que ha venido a ofrecer una protección desplegada de forma objetiva, de modo que, una vez acreditada la situación del embarazo, la decisión extintiva de la empresa será nula, y no improcedente, con la salvedad de los supuestos en los que la empleadora pueda justificar la existencia de la causa alegada, siempre que la misma sea válida, para decretar la extinción.

5.2.1. Declaración de nulidad objetiva del cese relacionado con el embarazo

La declaración de nulidad objetiva de la decisión extintiva motivada por el embarazo aparece reflejada en la doctrina consolidada del TS: STS de 17 de octubre de 2008 (rec. 1957/2007).

En esta se pueden extraer varias conclusiones relevantes (Sánchez Pérez, 2019, p. 350). En un principio, se consolida la idea de que el riesgo de la pérdida del trabajo constituye un elemento primordial para alcanzar la igualdad de la mujer en el mercado laboral. A continuación, se manifiesta la protección vinculada a la Ley 39/1999, de la que se desprende la inexistencia de la obligación de comunicar a la empresa la situación de embarazo, activándose de forma objetiva la protección desde «la fecha de inicio», incluso en situaciones en las que la propia trabajadora lo desconozca. A continuación, se avanza hacia un régimen de protección más contundente, eliminándose la carga de la prueba relativa a la acreditación de la comunicación del estado de embarazo. Aparte de clarificar de forma significativa el alcance del ámbito protector, se permite con esta fórmula preservar el derecho a la intimidad de la empleada. La situación descrita se traduce en una declaración de «nulidad objetiva» del eventual despido sufrido por la mujer trabajadora durante la situación de embarazo con independencia de que afloren o no indicios de trato o motivación discriminatoria.

La doctrina jurisprudencial (SSTS de 16 de enero de 2009, rec. 1758/2008, y 28 de noviembre de 2017, rec. 3657/2015, con apoyo en la STC 92/2008) muestra un criterio que se decanta por la declaración automática de la nulidad del despido, con la salvedad de que el mismo pueda resultar justificado y procedente, y al margen de que la empresa pudiera haber tenido conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora.

La nueva perspectiva, incorporada a través de la LOIEMH, facilitó la adaptación normativa a través de la modificación de los artículos 55 del ET y 108.2 de la LRJS. Asimismo, la protección quedó ampliada (art. 45.1 d) ET) a las situaciones protegidas asociadas a la maternidad, a los permisos del artículo 37.4 y 5 del ET, a la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET) y a quienes se hubieran reincorporado al trabajo tras el transcurso de la suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, durante el plazo de los 9 meses transcurridos desde la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

El régimen protector vinculado a la maternidad aparece reflejado en las SSTC 92/2008 y 124/2009, donde figura una doble línea argumentativa en la que se matiza la distinción entre los supuestos en los que la decisión extintiva obedece al embarazo (conurrencia de «móvil discriminatorio») o bien solo coincide en el tiempo con el mismo, sin que ello sea conocido por la empleadora. En el primero de los casos, la declaración de nulidad radical del despido aparece vinculada a la infracción del artículo 14 de la CE, en tanto que se incurre en discriminación por razón de sexo; mientras que, en el segundo caso, la nulidad se vincula con la nueva tutela objetiva introducida por la Ley 39/1999, determinante de la modificación del artículo 55.5 b) del ET.

El ámbito de protección objetivo de la declaración de nulidad radical aparece matizado en la STC 173/2013, de 10 de octubre, apreciándose que solo operará durante el periodo de prueba cuando se produzca una vulneración de derechos fundamentales, esto es, cuando el cese obedezca a una decisión empresarial reactiva al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero). No obstante, esta consecuencia podría ser eludida por la empresa si acredita no haber tenido conocimiento del embarazo, o bien cuando se

hubieran dejado de manifiesto elementos objetivos que descarten la existencia de discriminación. También es preciso tener en consideración el pronunciamiento que se deduce de la STS de 25 de junio de 2020 (rec. 877/2017). En su virtud, si en la papeleta de conciliación, y acta de la misma, no se hace mención de la solicitud de declaración de nulidad del cese en razón al embarazo de la trabajadora y solo se cuestiona la validez de la razón aludida para el despido (válida terminación del contrato temporal suscrito), se incurre en una modificación sustancial de la demanda y solo procede tener en consideración la inicial petición de declaración del despido como improcedente.

5.2.2. La reparación del daño causado

Una de las mayores dificultades asociadas a la reparación del daño cuando mediaba infracción de derechos fundamentales en los supuestos de discriminación de género venía dada por la complejidad a la hora de acreditar y justificar los conceptos integradores del importe que hubiera de aplicarse. La indefinición causada vino a encontrar la clave para su solución en la STC 247/2006, de 24 de julio. En la misma se concretaba que, una vez que resultara acreditada la infracción de un derecho fundamental, frente a tal infracción se debería ofrecer la correspondiente indemnización, dado que, pese a que no se pudieran ofrecer criterios objetivados para determinar el importe de la reparación del daño, el juzgador o la juzgadora han de quedar facultados para otorgar el mismo con prudente criterio.

A la vista de la dificultad de ofrecer parámetros homogéneos para articular las indemnizaciones consecuentes a las infracciones generadoras de comportamientos discriminatorios, la STS 1025/2017, de 19 de diciembre, vino a ofrecer un criterio que se ha asentado como referente para afrontar el problema planteado. El mismo consiste en que, una vez constatada la vulneración del derecho fundamental, resultará automático el reconocimiento del derecho a recibir una reparación del daño causado, sin que resulte obligado verificar o cuantificar un perjuicio económico específico. El método de cálculo se apoya, como criterio orientativo, en la LISOS, asimilando la cantidad a indemnizar a favor de la víctima del comportamiento discriminatorio con la que correspondería aplicar a la empresa por su conducta transgresora.

El TS procedía a ofrecer una solución ante la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento» derivado del daño moral. A la vez se salva el amplio margen de discrecionalidad existente en la valoración que quedaba diluida cuando se pretendían aplicar parámetros objetivos, recordando que «los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica (SSTS 21/09/09 –rcud. 2738/08–; y 11/06/12 –rcud. 3336/11–)».

La nueva línea interpretativa jurisprudencial ha facilitado un nuevo modelo indemnizatorio plasmado en el artículo 183 de la LRJS que concede al tribunal un considerable margen de discrecionalidad en la determinación del daño moral. Este nuevo precepto facilitará las claves precisas para cuantificar las indemnizaciones vinculadas al daño moral. En aplicación de esta nueva norma, y de la jurisprudencia que lo interpreta, no solo procedería la

reclamación de una indemnización por daños morales, sino que a la misma cabría adicionar una indemnización con función disuasoria que no siempre es objeto de solicitud por las partes afectadas (Molina Navarrete, 2018b, p. 100). En estos casos, la determinación del *quantum* indemnizatorio viene a ofrecer una doble cobertura: de una parte, desde una perspectiva reparadora, permitirá «resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión», en tanto que, desde una perspectiva preventiva, hará posible «contribuir a la finalidad de prevenir el daño». Desarrolla la doctrina tal planteamiento *in extenso* abordando la necesidad de consolidar un nuevo principio de civilización jurídica de justicia disuasoria al objeto de limitar la arbitrariedad de los despidos empresariales. Y todo ello, aun a pesar del posicionamiento de la Sala de lo Social (STS 352/2020, de 19 de mayo), cuyo contenido dibuja un «cuadro sugerente de claroscuros» (Molina Navarrete, 2020) en la medida en que: a) de una parte casa la anterior doctrina negacionista del derecho a la indemnización disuasoria, pero b) declara que la indemnización por daño moral y la correspondiente a la finalidad disuasoria son compatibles y pueden, por tanto, integrarse, quedando asimilada una parte de la indemnización fijada al daño moral y el resto a la indemnización disuasoria.

En aquellos despidos en los que concurra la infracción de derechos fundamentales, apreciándose conculcación del artículo 14 de la CE, en relación con el artículo 10 de la CE al afectar a la dignidad, podría resultar de aplicación el artículo 8.12 de la LISOS. Se califican como infracción muy grave las decisiones unilaterales que incurran en discriminación directa o indirecta, entre otros motivos, por razón de sexo. En tal caso, cabría aplicar una sanción a la persona infractora (estandarizada por la práctica en el grado mínimo) entre 6.251 y 25.000 euros; cantidad que se determinaría como importe indemnizatorio a favor de la víctima. En la forma que se describe la reparación de las conductas transgresoras no ha de venir determinada por un contenido de alcance económico que integre los conceptos tradicionales de lucro cesante y daño emergente, sino que aparecerá vinculada a la efectiva constatación del daño moral y al sistema de reparación automática dispuesto ante los procedimientos perseguidos por la norma (Molina Navarrete, 2018a, p. 140).

6. Conclusiones relativas a la protección antidiscriminatoria

La discriminación por razón de género no es algo propio de nuestro tiempo, sino una realidad con profundas raíces que se pierden en el pasado y que se ha asimilado como una situación natural durante siglos. Ha sido precisa la consolidación de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones modernas para que el derecho a la igualdad pasara de ser una mera proclama formal a estar dotado de un contenido material plasmado en normas defensoras de forma decidida de este derecho. Los instrumentos internacionales han sido claves para visibilizar un problema oculto con demasiada frecuencia en estereotipos consolidados en la sociedad y que relegaban a la mujer a un papel secundario en el hogar o en el desempeño de funciones como cuidadora.

El principio de igualdad sustancial entre hombres y mujeres ha logrado un papel muy relevante en el desarrollo de la normativa europea, alcanzando una progresión apreciable como consecuencia de la interacción entre la legislación europea y el TJUE. A la hora de dotar de un contenido sustantivo a los derechos en juego había que establecer reglas concretas de partida para prohibir la «discriminación directa» que han sido trasladadas a la normativa estatal: al artículo 28 del ET en cuanto a la vertiente salarial y al artículo 55.5 del ET respecto de la protección frente al despido discriminatorio. Sin embargo, las situaciones que dejan de manifiesto una «discriminación indirecta» resultan más sutiles, no se aprecian de forma nítida y con frecuencia ofrecen una apariencia neutra, más difícil de atajar.

La «brecha salarial de género» sigue identificando uno de los principales objetivos a eliminar o a reducir de forma progresiva. Al objeto de identificar las diferentes hipótesis discriminatorias en el aspecto retributivo hemos registrado las múltiples caras con que se muestra. Junto a esta hay otras discriminaciones que condicionan el desarrollo normal de la vida profesional de las mujeres trabajadoras, limitando sus posibilidades de acceso al empleo o de promoción profesional, alcanzando incluso a la libertad de decisión en relación con la maternidad.

La relación de las diversas manifestaciones de discriminación por razón de género nos lleva a considerar la dificultad en la que se encuentra la mujer trabajadora para insertarse con normalidad en el ámbito laboral, afectando a diversas áreas de su vida privada. La mujer ha de superar mayores obstáculos para llevar a cabo su inserción laboral, sufre discriminación retributiva manifestada de forma múltiple, ve limitadas sus expectativas de promoción profesional, sufre también represalias cuando opta por la maternidad... Todas estas circunstancias acumuladas condicionan el retraso de la maternidad, provocan el descenso de la tasa de natalidad y, en ocasiones, colocan a la mujer trabajadora en el dilema de abandonar su carrera profesional, bien durante un periodo prolongado, o bien de forma definitiva.

La nueva configuración jurídica dada a las herramientas para la lucha contra la discriminación de género pasa por el desarrollo efectivo de los planes de igualdad, las auditorías retributivas, la transparencia, el registro salarial y la determinación del «trabajo de igual valor» en el análisis comparativo de los puestos de trabajo.

La consolidación de los medios articulados para eliminar la discriminación por razón de género permitirá alcanzar una sociedad más justa e igualitaria. La adecuada difusión de los mecanismos descritos debe facilitar un efecto preventivo relevante, a partir del establecimiento de fórmulas resarcitorias impuestas por los tribunales que han de actuar como vías disuasorias para erradicar comportamientos que atenten contra el derecho a la igualdad de género en el trabajo. Su plasmación efectiva se traduce en una evidencia de progreso que alcanza a varias facetas, generando para la mujer una integración efectiva a nivel económico y social, una mayor justicia a través de normas igualitarias y una seguridad más afianzada en el entorno laboral.

Referencias bibliográficas

- Cabeza Pereiro, Jaime. (2012). La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica. *Lan Harremanak/Revista de Relaciones Laborales*, 25, 79-98.
- Ferrajoli, Luigi. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Instituto de la Mujer. (2020). *Boletín «Igualdad en la Empresa»*, 58. https://www.igualdad enlaempresa.es/actualidad/boletin/docs/BIE_58_22_febrero_igualdad_salarial.pdf.
- López Balaguer, Mercedes y Rodríguez Rodríguez, Emma. (2019). *La discriminación retributiva por razón de sexo*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 431, 41-74.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2018a). *El «plus de riesgo de despido» de las mujeres embarazadas: ¿«indemnización disuasoria» también para la nulidad objetiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, de 28 de noviembre*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 421, 134-142.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2018b). *Nuevos fragmentos de «justicia resarcitoria» en el orden social: persistentes lagunas y anomalías*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 421, 97-102.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). *La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 451, 185-208.
- Poyatos i Matas, Glòria. (2019). *Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación «por asociación». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 882/2019, de 29 de agosto*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 441, 166-172.
- Sánchez Pérez, José. (2019). La discriminación laboral por razón de embarazo. En Cristóbal Molina Navarrete (Coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (pp. 339-358). Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Serrano Argüeso, Mariola y Aboitiz Cazalis, Maialen. (2018). *¿Es necesaria en España una ley para combatir la brecha salarial por causa de sexo y de género?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 427, 115-149.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. (2008). Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral. En Esther Gómez Campelo y Félix Valbuena González (Coords.), *Igualdad de género. Una visión jurídica plural. Jornadas Igualdad Efectiva. Realidad o Ficción* (pp. 129-154). Universidad de Burgos, Servicio de Publicaciones e Imagen Institucional: Caja de Burgos.



Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo: novedades y cuestiones para la reflexión

María de los Ángeles García Pérez

Abogada. Graduada Social. Auditora sociolaboral

Extracto

En este artículo se analiza la nueva normativa de aplicación que afecta a las empresas en materia de planes de igualdad, diagnósticos y auditorías retributivas, recientemente introducida por el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, y por el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, y la aplicación paulatina de las obligaciones contenidas en los artículos 45 y 46 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contenida en su disposición transitoria décima segunda en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Palabras clave: igualdad entre mujeres y hombres; negociación colectiva; planes de igualdad; retribuciones; registros.

Fecha de entrada: 18-10-2020 / Fecha de revisión: 19-10-2020 / Fecha de aceptación: 19-10-2020

Cómo citar: García Pérez, María de los Ángeles. (2020). Los reglamentos en materia de igualdad de trato entre sexos en el trabajo: novedades y cuestiones para la reflexión. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 135-154.



The regulations on equal treatment of the sexes at work: news and questions for reflection

María de los Ángeles García Pérez

Abstract

This article analyses the new regulations affecting companies in terms of equality plans, diagnoses and salary audits, recently introduced by Royal Decree 901/2020, of 13 October, which regulates equality plans and their registration and modifies Royal Decree 713/2010, of 28 May, on the registration and deposit of collective labour agreements and contracts, and by Royal Decree 902/2020, of 13 October, of equal pay for women and men, and the gradual application of the obligations contained in articles 45 and 46 of Organic Law 3/2007, of 22 March, for the effective equality of women and men, contained in its twelfth transitional provision added by Royal Decree-Law 6/2019, of 1 March, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation.

Keywords: gender equality; collective bargaining; equality plans; pay; records.

Citation: García Pérez, María de los Ángeles. (2020). The regulations on equal treatment of the sexes at work: news and questions for reflection. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 135-154.





Sumario

1. Introducción
2. Antecedentes
3. Una primera aproximación
4. Cuestiones necesarias de análisis
5. El diagnóstico de situación, el registro de salarios y la auditoría retributiva
6. El principio de igualdad retributiva
7. Conclusiones



1. Introducción

En respuesta a la invitación recibida por parte de la dirección de la revista, felizmente agradecí y acepté el compromiso de plasmar un análisis de opinión respecto a los inicialmente borradores de los proyectos de reales decretos de regulación de los planes de igualdad y de la igualdad retributiva.

La consulta pública se inició el 26 de febrero de 2020, casi 1 año después del prometido desarrollo reglamentario que el [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), introdujo en modificación del [artículo 46.6 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

A finales de julio del «año de la pandemia», vio la luz el Acuerdo alcanzado entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Igualdad y los sindicatos CC. OO. y UGT para el desarrollo de la igualdad efectiva en el trabajo entre mujeres y hombres, sin la significativa firma de la CEOE.

Desde el pasado 14 de octubre, hemos podido conocer el contenido definitivo del mismo, con la publicación del [Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#), por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, y del [Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre](#), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

2. Antecedentes

Han pasado 13 años ya desde la entrada en vigor de la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, publicada el 23 de marzo de 2007.

Que el derecho a la igualdad es un derecho fundamental no genera duda alguna, otra cosa es que analicemos si los poderes públicos, a través de la [Ley orgánica 3/2007](#), de las modificaciones introducidas por el [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), y ahora por los recientes Reales Decretos [901/2020](#) y [902/2020](#), de 13 de octubre, están dando cumplimiento al mandato constitucional del [artículo 9.2](#) de promover las condiciones para que la igualdad sea efectiva y real y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Comenzando por el contenido de los planes de igualdad, es preciso señalar la incorporación de la obligación de «remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva» en la nueva redacción introducida por el [Real Decreto-Ley 6/2019](#) del [artículo 46.2](#)

de la [Ley orgánica 3/2007](#): «Los planes de igualdad contendrán un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres».

Esta modificación resultaba necesaria y posee un efecto corrector al olvido en la redacción inicial del [artículo 46 de la Ley orgánica 3/2007](#) del mandato constitucional del [artículo 9.2](#). No obstante, debemos cuestionarnos si esta obligación, que ahora se traslada a las empresas, no resulta un tanto utópica. No podemos dejar a un lado el hecho de que las personas trabajadoras, las que ejercen funciones de dirección y responsabilidad, las que forman parte de la representación unitaria o sindical y, en fin, todas aquellas que, bien por ser parte de las comisiones negociadoras de los planes de igualdad, o bien porque sean las beneficiarias de las medidas y acciones que contengan estos planes, se encuentran ante una realidad social un tanto compleja, en la que siguen existiendo estereotipos, asunción de roles y desigualdades por razón de género.

3. Una primera aproximación

Lo primero que deberíamos preguntarnos es si se está integrando el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, a tenor del [artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007](#), como principio informador del ordenamiento jurídico.

El contenido de los Reales Decretos [901/2020](#) y [902/2020](#), se enmarca en el ámbito del derecho del trabajo y de las relaciones laborales reguladas en el Estatuto de los Trabajadores (ET).

El artículo 45.1 de la Ley orgánica 3/2007 establece que:

Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.

Los planes de igualdad siempre han estado sujetos a lo que determine la legislación laboral. Han sido varias las sentencias que, desde 2007, declaran la nulidad del plan de igualdad aprobado de forma unilateral, de vulneración del derecho de libertad sindical en la negociación de los planes, de quiénes tienen legitimación para negociar, de la diferencia entre las facultades que tiene una comisión negociadora y una comisión aplicativa, etc., pero es ahora, a través del [Real Decreto 901/2020](#), cuando se clarifica, por fin, que estamos ante una materia de derecho laboral.

El Real Decreto 901/2020 dedica el [capítulo II](#) al procedimiento de negociación de los planes de igualdad, estableciendo como regla general en el artículo 5.2 que:

[...] participarán en la comisión negociadora, por parte de las personas trabajadoras, el comité de empresa, las delegadas y los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité.

En lo no reglamentado, remite a la norma general establecida en el [artículo 89 del ET](#).

Lo anterior está muy bien, pero contiene una novedad muy importante que afectará a las empresas en las que no exista representación legal: la comisión negociadora se deberá constituir, además de por la representación de la empresa, por una representación de las personas trabajadoras integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación.

Esta fórmula fue introducida ya por el [Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo](#), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su [artículo 23](#) sobre medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.

Ahora bien, en este momento resulta necesario realizar algunas puntualizaciones: la mayor parte de empresas que no tienen representación legal son pymes y aplican convenios colectivos de ámbito superior a la empresa.

Para dar una visión de la realidad, es preciso consultar las fuentes que recogen los datos de los convenios colectivos registrados hasta septiembre de 2020 y las personas trabajadoras a quienes afectan, centrándonos en los convenios de ámbito superior a la empresa.

Tabla 1. Convenios y personas trabajadoras afectadas según ámbito, por año de firma y periodo de registro. Datos acumulados registrados hasta septiembre de 2020

Convenios y personas trabajadoras afectadas según ámbito funcional, por año de firma y periodo de registro. Datos acumulados (1)						
Año de firma	Convenios			Personas trabajadoras		
	Total	Empresa	Ámbito superior a la empresa	Total	Empresa	Ámbito superior a la empresa
2011	1.365	1.035	330	2.628.901	251.751	2.377.150
2012	1.582	1.241	341	3.195.164	289.375	2.905.789



Convenios y personas trabajadoras afectadas según ámbito funcional, por año de firma y periodo de registro. Datos acumulados (1)						
Año de firma	Convenios			Personas trabajadoras		
	Total	Empresa	Ámbito superior a la empresa	Total	Empresa	Ámbito superior a la empresa



2013	2.502	1.897	605	5.247.575	376.470	4.871.105
2014	1.859	1.522	337	2.169.246	249.303	1.919.943
2015	1.606	1.277	329	3.548.975	172.852	3.376.123
2016	1.866	1.488	378	2.832.343	290.427	2.541.916
2017	1.892	1.465	427	3.920.950	277.327	3.643.623
2018	1.907	1.482	425	4.635.943	271.723	4.364.220
2019(*)	1.585	1.236	349	2.933.042	247.332	2.685.710

2019(*) Registrados hasta:

Ene.	13	9	4	31.382	581	30.801
Feb.	57	46	11	63.623	3.603	60.020
Mar.	124	99	25	143.698	7.831	135.867
Abr.	192	146	46	241.849	13.039	228.810
May.	316	240	76	398.622	67.922	330.700
Jun.	453	357	96	826.970	88.243	738.727
Jul.	589	458	131	1.230.234	121.761	1.108.473
Ago.	674	516	158	1.361.124	127.241	1.233.883
Sep.	777	591	186	1.457.949	139.675	1.318.274



Convenios y personas trabajadoras afectadas según ámbito funcional, por año de firma y periodo de registro. Datos acumulados (1)						
Año de firma	Convenios			Personas trabajadoras		
	Total	Empresa	Ámbito superior a la empresa	Total	Empresa	Ámbito superior a la empresa

Oct.	941	710	231	1.799.310	158.271	1.641.039
Nov.	1.068	820	248	1.917.415	180.347	1.737.068
Dic.	1.585	1.236	349	2.933.042	247.332	2.685.710

2020 (2)(*)() Registrados hasta:**

Ene.	8	6	2	2.781	803	1.978
Feb.	43	35	8	20.792	3.138	17.654
Mar.	74	58	16	51.605	4.894	46.711
Abr.	82	65	17	54.761	6.030	48.731
May.	109	89	20	63.594	10.363	53.231
Jun.	163	127	36	226.744	16.341	210.403
Jul.	225	175	50	297.416	39.427	257.989
Ago.	275	220	55	359.891	68.444	291.447
Sep.	330	266	64	419.742	74.363	345.379

(1) Los convenios registrados con posterioridad al año de firma se incluyen en el último mes del año.

(2) Los datos se acumulan mes a mes dentro de cada año de firma.

(*) Datos provisionales.

(**) Desde enero de 2020, las tablas publicadas por año de firma incluyen también aquellos convenios cuyos efectos económicos no son aún conocidos y cuantificables en el momento del registro. Previamente, se incluían dichos convenios en las tablas de firmados cuando sus efectos económicos ya eran conocidos y cuantificables.

Nota. El día 14 de marzo de 2020 se decretó el estado de alarma en España (RD 463/2020). Es importante tenerlo en cuenta a la hora de interpretar estos datos, ya que es posible que desde dicha fecha tanto el ritmo de registro como algunas otras variables relativas a la negociación colectiva se vean afectados.

Fuente: <http://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>.

Podemos dar un siguiente paso con la serie de datos relativa a los convenios firmados hasta septiembre de 2020 por sectores.

Tabla 2. Convenios, empresas y personas trabajadoras afectadas y variación salarial pactada, por ámbitos funcional y territorial. Registrados hasta septiembre de 2020. Efectos económicos en 2020

Convenios, empresas y personas trabajadoras afectadas y variación salarial pactada, por ámbitos funcional y territorial				
Ámbitos funcional y de registro	Convenios	Empresas	Personas trabajadoras	Variación salarial en porcentaje
Total	2.770	868.437	7.055.316	1,93
Ámbito funcional				
Convenios de empresa	2.104	2.104	464.586	1,62
Empresa privada	1.933	1.933	409.033	1,57
Empresa pública	129	129	39.400	1,95
Administración del Estado y la Seguridad Social	1	1	1	1
Administración autonómica y local	41	41	16.061	1,97
Convenios de ámbito superior a la empresa	666	866.333	6.590.730	1,95
Grupo de empresas	53	284	213.241	1,43
Sector	613	866.049	6.377.489	1,97
Local-comarcal	-	-	-	-
Provincial	391	387.202	2.257.006	1,96
Autonómicos (1)	162	243.500	1.926.739	1,98
Interautonómicos	1	6	6.000	2
Nacional	59	235.341	2.187.744	1,97
Ámbito territorial				
Convenios provinciales	1.890	388.721	2.449.877	1,92



Convenios, empresas y personas trabajadoras afectadas y variación salarial pactada, por ámbitos funcional y territorial

Ámbitos funcional y de registro	Convenios	Empresas	Personas trabajadoras	Variación salarial en porcentaje
Convenios autonómicos (1)	628	243.983	2.023.295	1,97
Convenios estatales	252	235.733	2.582.144	1,9

(1) En los convenios autonómicos se han incluido aquellos convenios registrados en las autoridades laborales de las comunidades autónomas, incluidas también las uniprovinciales.

Fuente: <http://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>.

Estas tablas reflejan el número de convenios colectivos registrados hasta el mes de septiembre de 2020. Si relacionamos los convenios de ámbito superior a la empresa, que son los que afectan por ámbito de aplicación funcional y sectorial a la mayor parte de pymes, nos podemos hacer una idea de la dificultad que supone no solo convocar a los sindicatos más representativos y del sector al que pertenezca la empresa, con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación, sino que las personas que puedan designar no conocerán la empresa ni sus plantillas, no habrán tenido relación alguna con su realidad, van a tener que negociar un diagnóstico, conocer toda la información que la empresa les tenga que proporcionar y ganarse la confianza de la plantilla respecto a las medidas y acciones que aprobarán en una mesa negociadora, en la que las personas realmente afectadas no tienen voz ni voto. ¿No es realmente añadir un obstáculo? ¿Esta modificación pretende justificar que ayudará a alcanzar la igualdad real?

Atendiendo a fuentes del INE, incluidas en el informe publicado «[Mujeres y hombres en España 2019](#)», en el apartado dedicado a «Ocupados por ramas de actividad, por tipo de ocupación, por situación profesional y por tipo de puesto laboral» se realizan las siguientes afirmaciones que considero necesarias para ilustrar este análisis:

En las últimas décadas se ha producido un notable incremento en la participación de la mujer en el mercado de trabajo, pero una de las características de este mercado es la concentración de hombres y mujeres en diferentes sectores económicos y ocupaciones, así como las diferentes condiciones de trabajo por razón de género.

Existen factores condicionantes tanto por el lado de la demanda como de la oferta laboral, así como factores externos al mercado de trabajo (sociales, culturales) que determinan la segregación en diferentes sectores y ocupaciones de hombres y mujeres.

Las mujeres representan un porcentaje muy elevado de la fuerza laboral en determinados sectores como sanidad, educación o comercio al por menor, y los hombres ocupan la mayoría de los puestos de alta dirección y los trabajos manuales.

Teniendo en consideración la Clasificación Nacional de Actividades Económicas del año 2009 (CNAE-2009) a nivel de un dígito y la referencia a las ocupaciones con base en la Clasificación Nacional de Ocupaciones del año 2011 (CNO-2011) a nivel de un dígito, las conclusiones que reflejan son las siguientes:

Tabla 3. Mujeres ocupadas según rama de actividad

N.º total mujeres ocupadas 2018			
Por actividad	% más altos	% más bajos	Por actividad
G - Comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos de motor y motocicletas	17 %	0 %	D - Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado
Q - Actividades sanitarias y de servicios sociales	14 %		E - Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación
I - Hostelería	10,3 %	0 %	B - Industrias extractivas U - Actividades de organizaciones y organismos extraterritoriales

Fuente: elaboración propia según datos de Encuesta de Población Activa. INE. Empleo-Mujeres y hombres en España 2019. https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLaYout¶m1=PYSDetalleGratis¶m2=1259925558048¶m4=Mostrar.

Tabla 4. Mujeres ocupadas según ocupación

N.º total mujeres ocupadas 2018			
Por ocupación	% más altos	% más bajos	Por ocupación
5. Trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores	29,3 %	0,1 %	0. Ocupaciones militares
2. Técnicos y profesionales científicos e intelectuales	21,8 %	1 %	6. Trabajadores cualificados en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero
9. Ocupaciones elementales	16,5 %		

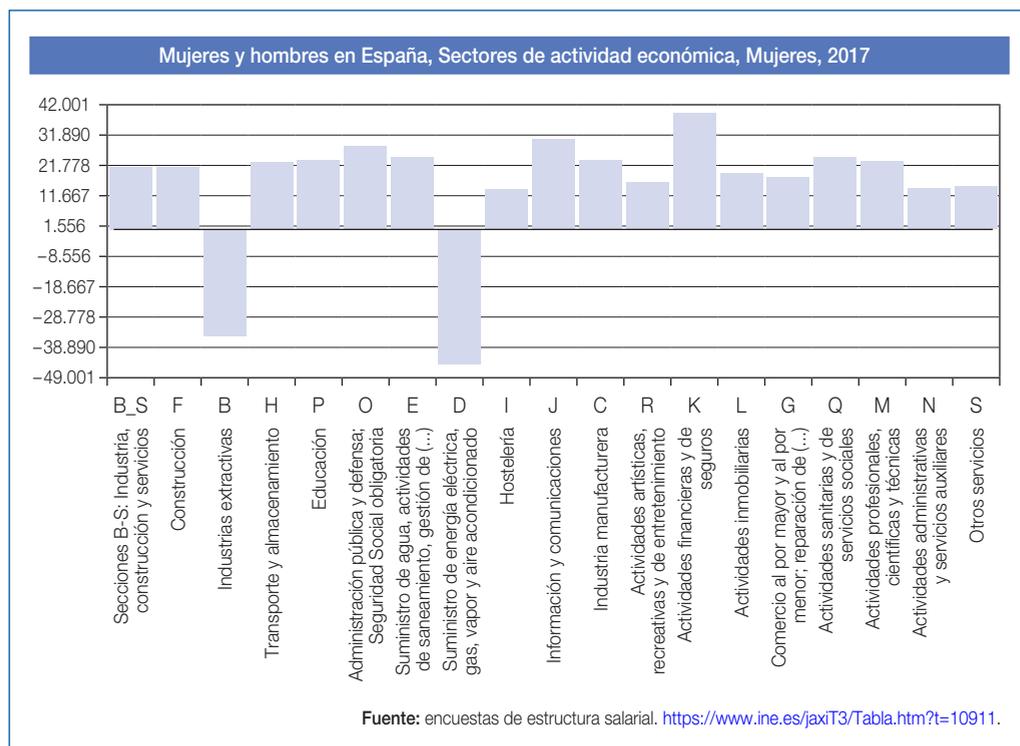
Fuente: elaboración propia según datos de Encuesta de Población Activa. INE. Empleo-Mujeres y hombres en España 2019. https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLaYout¶m1=PYSDetalleGratis¶m2=1259925558048¶m4=Mostrar.

La segregación ocupacional de las mujeres es muy significativa. Tanto respecto a los sectores en los que prestan servicios por cuenta ajena, como respecto a las ocupaciones que desempeñan. Si pudiéramos en correlación esta información con los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa y con los convenios de empresa, nos permitiría afirmar que las medidas necesarias son estructurales.

Los planes de igualdad que puedan elaborar las empresas con la representación de las personas trabajadoras parten ya de una situación adversa de desigualdad. Desde el origen del posicionamiento de las mujeres en el mercado de trabajo a su escasa participación en las mesas de negociación colectiva y su presencia en sectores «feminizados» y en los que la regulación de las condiciones laborales y retributivas de los convenios colectivos que les afectan resulta muy inferior a los sectores «masculinizados» en los que trabaja la mayor parte de los hombres.

Para hacernos una idea visual, la siguiente tabla resulta muy significativa si la ponemos en comparación con la información anterior respecto a los sectores en los que la mujer está más representada.

Tabla 5. Salario medio anual por sectores de actividad económica y periodo



La aportación de un plan de igualdad como condición especial es comúnmente establecida como uno de los criterios de adjudicación en los pliegos de contratos públicos, impuesta a los órganos contratantes y respecto a las cláusulas sociales y laborales desde la entrada en vigor de la [Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de contratos del sector público. ¿No pondrá en posición de desigualdad, no podrá vulnerar la libre prestación de servicios y el derecho de la competencia, a las pymes?

No olvidemos que las personas trabajadoras tienen derecho a tener representantes. Las elecciones sindicales son un derecho recogido en el ET y regulado por el [Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre](#), por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Si la plantilla de una empresa no ha ejercido voluntariamente su derecho a tener representación, ¿no sería más sencillo que las personas trabajadoras de las empresas nombrasen una representación *ad hoc* para ser representadas en la mesa negociadora del diagnóstico y el plan de igualdad de su empresa?

Las empresas sin representación, mayormente aquellas con menos plantilla y que voluntariamente se han comprometido a realizar un plan de igualdad, se colocan ahora en posición de desigualdad frente a las empresas con mayores plantillas y en las que sus personas trabajadoras participan directamente en la negociación. No nos olvidemos: el derecho a elegir representantes no es una obligación.

Parece un poco excesivo, por calificarlo de forma suave, que las amplias competencias que a la comisión negociadora se le conceden en virtud del [artículo 6 del Real Decreto 901/2020](#) sean de aplicación para las empresas sin representación legal de las personas trabajadoras. Más bien resultaría un despropósito o un propósito con mucha intención, que se puede convertir en un obstáculo más que dificultará alcanzar los objetivos que debe tener un plan de igualdad.

4. Cuestiones necesarias de análisis

Avanzando en un segundo paso del análisis, considero necesario acudir a las fuentes. Es preciso recordar que los derechos y obligaciones que conciernen a la relación laboral se regulan, además de por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por los convenios colectivos.

Acudir a las fuentes de la relación laboral me lleva a plantearme nuevas preguntas: ¿Los convenios colectivos integran el principio de igualdad? ¿Las comisiones negociadoras tienen conocimiento de cómo integrar la igualdad de trato y aplicar la perspectiva de género en las materias que regularán a través de los acuerdos, pactos y convenios colectivos? ¿Las personas que negocian en materia de igualdad han recibido la formación previa necesaria sobre esta materia?

Voy a centrarme en las novedades que se introducen con el [Real Decreto 901/2020](#) y el [Real Decreto 902/2020](#). Concretamente, con respecto al desarrollo del diagnóstico «negociado» previo a la negociación de los planes de igualdad, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación; así como el Registro de planes de igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso.

5. El diagnóstico de situación, el registro de salarios y la auditoría retributiva

La modificación introducida por el [artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), en el [artículo 46 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), que incorpora los apartados 2 y 6, se reproduce en el [capítulo III del Real Decreto 901/2020](#) relativo al contenido de los planes de igualdad.

Las materias que al menos deberán ser analizadas en el proceso de diagnóstico previo a la negociación del plan de igualdad son las siguientes:

- a) Proceso de selección y contratación.
- b) Clasificación profesional.
- c) Formación.
- d) Promoción profesional.
- e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres de conformidad con lo establecido en el [Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre](#), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.
- f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.
- g) Infrarrepresentación femenina.
- h) Retribuciones.
- i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

El diagnóstico deberá extenderse a «todos los puestos y centros de trabajo» de la empresa y a «todos los niveles jerárquicos de la empresa», incluyendo datos desagregados por sexo de los diferentes grupos, categorías, niveles y puestos, su valoración, su retribución; así como a los distintos procesos de selección, contratación, promoción y ascensos. Los criterios específicos se recogen en el anexo de la norma.

Resulta conveniente recordar, respecto a la retribución, que el párrafo final del [artículo 46.2 de la Ley orgánica 3/2007](#) establece lo siguiente:

La elaboración del diagnóstico se realizará en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad, para lo cual, la dirección de la empresa facilitará todos los datos e información necesaria para elaborar el mismo en relación con las materias enumeradas en este apartado, así como los datos del registro regulados en el artículo 28, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores.

Uno de los debates más comunes hasta la fecha en las mesas de negociación de los planes de igualdad ha sido la exigencia por parte de la representación legal de las personas trabajadoras de aportar las empresas la información salarial de los puestos de mayor jerarquía, de las personas que ocupan cargos de consejeros/as y de los/las miembros de los órganos de administración.

No nos olvidemos de que el sistema de retribución de los administradores y de las administradoras se incorpora en los estatutos de la sociedad. En ellos se determinan los conceptos retributivos por los que se les puede remunerar. La junta general fija la remuneración anual global para el conjunto de aquel colectivo.

Las competencias en la determinación de esa retribución se encuentran reguladas por la Ley de sociedades de capital, cuyo [artículo 217.3](#) dispone las competencias de la junta general y del órgano de administración en relación con la determinación de la «remuneración de los administradores».

Se excluye del ámbito de aplicación regulado por el ET en el [artículo 1.3 c\)](#) la actividad que se limite, pura y simplemente, «al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas» que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.

Respecto del personal de alta dirección, como relación de carácter especial, se encuentra regulada por el [Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto](#). En su [artículo 1.2](#) refleja la definición siguiente:

Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

Si nos atenemos al [ámbito de aplicación del Real Decreto 901/2020](#): «Todas las empresas comprendidas en el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores [...] sin perjuicio de las disposiciones que establezcan al respecto los convenios colectivos, dentro del ámbito de sus competencias», nos resulta un tanto confusa la redacción y contenido del [artículo 7.2](#): «El diagnóstico deberá extenderse a *todos los puestos y centros de trabajo* de la empresa y a *todos los niveles jerárquicos de la empresa*».

6. El principio de igualdad retributiva

La [aplicación del Real Decreto 902/2020](#) se limita al ámbito de las relaciones laborales reguladas en el ET, [extendiéndose](#) su aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

El principio de igualdad retributiva en los términos establecidos por el [artículo 28.1 del ET](#) vincula a todas las empresas, con independencia del número de personas trabajadoras, y a todos los convenios y acuerdos colectivos.

El [Real Decreto-Ley 6/2019 incorporó una modificación en la redacción del artículo 28 del ET](#) muy necesaria, definiendo qué es un trabajo de igual valor:

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

El Real Decreto 902/2020 da un paso más, definiendo lo que se entiende por [actividades equivalentes](#):

- a) Se entiende por naturaleza de las funciones o tareas el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada.
- b) Se entiende por condiciones educativas las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad.
- c) Se entiende por condiciones profesionales y de formación aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad.
- d) Se entiende por condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad.

La necesidad de reducir la brecha salarial no da lugar a ninguna duda. Es una necesidad urgente conocer las circunstancias que producen esa brecha y establecer acciones correctoras que permitan alcanzar la igualdad salarial entre mujeres y hombres.

Ahora bien, para poder analizar cuáles son los factores que están incidiendo en la brecha salarial, no solo se necesita información transparente, sino que debemos acudir a la revisión de la misma desde una perspectiva de género, de todas y cada una de las variables

que puedan tener relación directa o indirecta con los aspectos o indicadores que están produciendo esas diferencias.

Como instrumentos de transparencia retributiva se establecen los registros retributivos y las auditorías retributivas.

El registro retributivo vino regulado por el [Real Decreto-Ley 6/2019, introduciendo una modificación en el artículo 28 del ET](#). En este sentido, la redacción del apartado 2 dispone:

El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

El Real Decreto 902/2020 amplía la obligación anterior en el segundo párrafo del [artículo 5.2](#):

[...] deberán establecerse en el registro retributivo de cada empresa, convenientemente desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable. A su vez, esta información deberá estar desagregada en atención a la naturaleza de la retribución, incluyendo salario base, cada uno de los complementos y cada una de las percepciones extrasalariales, especificando de modo diferenciado cada percepción.

El registro retributivo «deberá» ser un instrumento que facilite información desglosada por sexo –variables– y por cada uno de los conceptos –salariales y extrasalariales– en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel o puesto:

- Los salarios anuales realmente percibidos por las personas trabajadoras.
- Las medias aritméticas.
- Las medianas.

Si utilizamos como fuente para este registro los datos anuales a que se refiere el [artículo 5.4](#) del citado Real Decreto 902/2020, nos encontraremos con personas en las que la relación laboral ha durado todo el periodo temporal, o bien solo han podido trabajar algunos días, por haber sido alta o baja en la empresa durante el periodo de referencia.

Los datos salariales de las personas con contratos a tiempo parcial o reducciones de jornada se deberían elevar al 100 % a efectos de reducir desviaciones.

Se hace necesario incorporar otra variable: los salarios diarios percibidos por las personas trabajadoras y por los días en situación de alta en el periodo temporal referido.

Con todo, poseer información está muy bien, pero no es suficiente para lograr conocer el origen de las desigualdades o discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo o de género.

En ningún lugar se aclara cómo se debe proceder para analizar la información, qué indicadores se deben fijar respecto a la información que proporcionan las variables, y aún menos se indica metodología alguna a aplicar. La técnica estadística se hace necesaria para confirmar o rechazar la hipótesis que debe plantearse respecto a cada una de las variables desagregadas por sexo y correlacionadas. Permitirá obtener conclusiones objetivas respecto al resultado que derive del estadístico de contraste y afirmar la evidencia de la existencia de desigualdades o discriminaciones.

Es más, esta regulación genera aún más dudas: se señala que la información a reflejar se corresponde con los salarios totales, incluidas todas las percepciones de naturaleza salarial y extrasalarial, pero ¿qué sucede con aquellos conceptos retributivos que no tienen naturaleza ni salarial ni extrasalarial?

Existe en muchos convenios colectivos y en pactos contractuales *ad personam* el compromiso de abono de mejoras sociales y complementos por incapacidad temporal –tanto contingencia común como profesional–, pero si nos atenemos al texto normativo, se excluiría esta información de la obligación de informar y, por tanto, de analizar. ¿Es que en aquellos conceptos que no son salariales ni extrasalariales se puede confirmar que no existen evidencias de desigualdades, discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo o de género?

Con respecto a la auditoría retributiva, se menciona que esta tiene por objeto:

[...] obtener la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa, de manera transversal y completa, cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución. Asimismo, deberá permitir definir las necesidades para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes o que pudieran producirse en aras a garantizar la igualdad retributiva, y asegurar la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo.

Sin embargo, en ningún momento se definen normas, procedimientos, perfil del profesional auditor.

Este precepto solamente se refiere a los salarios estableciendo, en cuanto a su contenido, la única referencia al requisito de una evaluación de puestos de trabajo, bajo el criterio de igual retribución por trabajo de igual valor y con relación al sistema retributivo y al sistema de promoción.

Finalizando todas las dudas planteadas tras la lectura, procederé a la exposición de unas breves conclusiones.

7. Conclusiones

- Nos encontramos con una materia enmarcada en el ámbito del derecho laboral.
- Se necesita conocimiento en derecho laboral y especialidad profesional en políticas de igualdad y género.
- Riesgo de incumplimientos formales para el ejercicio de otras profesiones no jurídicas en el asesoramiento a las empresas y representaciones del personal.
- Las mesas negociadoras están configuradas con la participación de la representación de la empresa y la representación legal o sindical de la plantilla.
- Las pequeñas empresas no tienen apenas representación unitaria.
- La mayor parte de las personas que forman parte de las mesas negociadoras son hombres, no mujeres.
- Carencia de formación previa en materia de igualdad. La realización del diagnóstico es competencia de las mesas negociadoras, aunque puedan asistir personas técnicas como asesoras.
- Complejidad. Se regulan obligaciones en materia de recogida de información y transparencia retributiva, pero se omite cualquier referencia metodológica.
- Si estos nuevos reales decretos se quedan en meras «cartas a los Reyes Magos», lo podremos saber con el tiempo.
- Me depara un sentimiento de enorme tristeza, después de aguardar con ansia durante varios meses los esperados desarrollos reglamentarios prometidos en marzo de 2019.
- El avance en la regulación que podrían haber supuesto el [Real Decreto 901/2020](#) y el [Real Decreto 902/2020](#) para la mejora de las condiciones de las mujeres, así como para conocer y visibilizar lo que realmente está sucediendo en el mercado laboral, y que supone un obstáculo real que impide alcanzar la igualdad, se ha quedado perdido por el camino.
- El diálogo social es muy importante, pero no menos importante sería que en esas mesas hubiesen sido consultados los colectivos profesionales correspondientes por competencia profesional estatutaria, como la abogacía o las graduadas y graduados sociales, así como otros colectivos profesionales que a través de las personas expertas en sus respectivas organizaciones colegiales hubieran podido aportar su conocimiento técnico.



- No es un avance, creo más bien que será una dificultad a mayores en el largo camino que aún queda para cumplir el objetivo 5 del Milenio, la igualdad de género.
- Lo anterior puede llevarnos a pensar que bien ha podido tratarse de un olvido de la legislación, o bien se puede dar otra lectura e ir un poco más lejos. Se está regulando con muy buena intención, pero con una gran carencia de personas de perfil técnico con conocimiento en la materia en las mesas de diálogo en las que se sometió a debate el contenido ahora regulado.

Finalizo señalando que se trata de una humilde y transparente opinión profesional que comparto con agradecimiento y mucha tristeza.



Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales

Carmen Salcedo Beltrán

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Valencia

Consultora experta internacional del Consejo de Europa (Servicio de la Carta Social Europea)

Extracto

El Comité Europeo de Derechos Sociales ha adoptado en dos ocasiones unas observaciones interpretativas de forma separada a las habituales conclusiones. El motivo se origina en reaccionar con urgencia frente a las que están consideradas las dos crisis europeas más significativas, la de las personas refugiadas en 2015 y la de la pandemia de la COVID-19 en 2020. En ambas, por un lado, se recuerda a los 43 Estados parte de la Carta Social Europea, en alguna de sus versiones, las obligaciones que tienen contraídas; y, por otro lado, se advierte de la realización de la correspondiente supervisión a través del sistema de informes y del procedimiento de reclamaciones colectivas. Escasamente difundidas, este comentario se dedica a su análisis para contribuir a su conocimiento y demostrar, de nuevo, que este tratado es el instrumento apropiado para afrontar las críticas situaciones que examinan, además de servir de fundamento jurídico a defensores de derechos sociales en sus reivindicaciones.

Palabras clave: persona refugiada; COVID-19; Carta Social Europea; Comité Europeo de Derechos Sociales; observación interpretativa.

Fecha de entrada: 15-10-2020 / Fecha de aceptación: 15-10-2020

Cómo citar: Salcedo Beltrán, Carmen. (2020). Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 155-170.





Refugee and COVID-19 crisis: two firm responses from the European Committee of Social Rights

Carmen Salcedo Beltrán

Abstract

The European Committee of Social Rights has adopted twice the statements of interpretation separated from the regular conclusions. The reason for this finds its origins in the need to deal urgently with the two most significant european crises: the refugees crisis of 2015, and the COVID-19 pandemic of 2020. In both cases, the 43 States Parties of the European Social Charter, in any of its versions, are called to remember the obligations undertaken, as well as being warned about the possibility to be supervised through the reporting system and the collective complaints procedure. This essay aims to analyze these not extensively popular statements of interpretation in order to promote its consciousness and prove, again, that this treatment is the suitable instrument to face the critical situations studied, as well as serving as legal basis for the defenders of social rights in their protests.

Keywords: refugee; COVID-19; European Social Charter; European Committee of Social Rights; statement of interpretation.

Citation: Salcedo Beltrán, Carmen. (2020). Refugee and COVID-19 crisis: two firm responses from the European Committee of Social Rights. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 155-170.





Sumario

1. La necesidad de afrontar las crisis con el arma más eficaz, los derechos sociales
2. La Observación interpretativa sobre los derechos de las personas refugiadas en relación con la Carta Social Europea (2015)
3. La Observación interpretativa sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia (2020)
4. Notas finales sobre la indefectible consideración de los compromisos asumidos y un avance de probables conclusiones de no conformidad

Referencias bibliográficas

Nota: el presente estudio forma parte de las actividades del grupo de investigación internacional «Derechos humanos y Carta Social Europea» de la Universitat de València (GIUV2013-148) y de la participación en los trabajos de investigación y asesoramiento del Grupo de estudios de la Fundación Francisco Largo Caballero sobre «Pensiones públicas suficientes, Seguridad Social universal y democracia sustantiva», que coordina Cristóbal Molina Navarrete, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6529-2396>. Researcher ID: Z-5983-2019.

1. La necesidad de afrontar las crisis con el arma más eficaz, los derechos sociales

El miércoles 9 de septiembre de 2020, los medios de comunicación difundían el suceso acaecido durante la madrugada en el que un incendio había destruido gran parte del campo de personas refugiadas de Moria, el mayor de Europa. Ubicado en la isla griega de Lesbos, su proximidad a Turquía –la distancia es tan solo de 24 kilómetros– había convertido esta isla desde hace años en la puerta de acceso a Europa.

Fue construido para hacer frente a la crisis surgida en 2015, originada por la huida de miles de personas de los conflictos bélicos en sus países y de las condiciones inhumanas en las que vivían. Según el informe «[Tendencias globales](#)» de ACNUR, a lo largo de ese año, más de 1.000.000 de personas llegaron al sur de Europa en embarcaciones, un 84 % de ellas desde los 10 principales países de origen de personas refugiadas, que encabezan la República Árabe Siria, Afganistán e Irak. La mayoría –al menos, 850.000 personas– cruzaron el mar Egeo desde Turquía, con destino a Grecia. Los niños y las niñas constituyeron el 25 % del total, siendo la mayoría personas menores no acompañadas o separadas de sus familias. Unas 3.770 personas murieron o fueron dadas por desaparecidas en el mar Mediterráneo. Tras la lectura de estos datos, se puede afirmar que este problema, que prosigue en la actualidad, es el símbolo más claro de la ineficaz política comunitaria.

La aparición, días previos al incidente, de los primeros casos de la enfermedad por coronavirus pudo ser la mecha que encendió ese fuego, ya que el régimen cerrado impuesto, con el mayor despliegue de policía en su perímetro, determinó, entre otros resultados, la imposibilidad de acceso a las organizaciones no gubernamentales.

La Unión Europea lleva tiempo acordando medidas, la más reciente es el [nuevo Pacto sobre Migración y Asilo](#) y el [paquete asociado de 23 de septiembre de 2020](#). Estas son deficientes, pues se limitan a un plano teórico no arbitrando reales, efectivas y contundentes reacciones ([Miñarro Yanini, 2020](#))¹.

¹ Así, censura la autora que el problema es «objeto de debate», pero que «preocupa más que ocupa». Previene, además, de la directa relación entre el cambio climático y su afectación a los movimientos migratorios. *Vid.* un completo análisis con ocasión de la [Decisión del Comité de Derechos Humanos de 7 de enero de 2020](#).

El año 2020 pasa por ser protagonista también de otra crisis, la causada por la pandemia de la COVID-19. La global afectación ha derivado en un aumento de la vulnerabilidad y desigualdades de colectivos desfavorecidos, como las personas sin hogar, refugiadas, migrantes o ancianas, entre las que además es imposible llevar a cabo medidas como el distanciamiento o confinamiento².

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha optado por responder a esas situaciones emitiendo unos representativos pronunciamientos³. En ellos recuerda a los Estados que han ratificado la Carta Social Europea, en cualquiera de sus versiones (CSE/CSEr), las obligaciones que tienen adquiridas y que su respeto debe ser un elemento permanente en la adopción de cualquier medida, es decir, un parámetro a seguir por defecto⁴. Se trata de dos observaciones interpretativas, que presentan la originalidad de adoptarse separadamente de las conclusiones derivadas del sistema de informes. Lógicamente, la trascendencia de esas situaciones justificaba sobradamente esta excepcionalidad y también dar mayor visibilidad al tratado como instrumento eficaz de protección de las categorías vulnerables (Jimena Quesada, 2015, p. 285).

Como es habitual, su significación ha sido escasamente valorada y divulgada. Por ello, este comentario se dedica a su análisis para contribuir a su conocimiento, demostrar que la CSE es el instrumento apropiado para afrontarlas, además de servir de fundamento jurídico a defensores de derechos sociales en sus reivindicaciones frente a las instituciones públicas.

2. La Observación interpretativa sobre los derechos de las personas refugiadas en relación con la Carta Social Europea (2015)

Como se ha apuntado, la crisis migratoria que llevaba sucediendo desde hacía tiempo llegó a su punto álgido en el año 2015. El éxodo masivo de personas que escapaban de su hogar, por las circunstancias de su país, huyendo de la guerra, del miedo, la tortura o persecuciones, derivó en que millones buscaran en Europa una vida segura y mejor.

El CEDS consideró oportuno pronunciarse dirigiéndose a los 43 Estados que habían suscrito su normativa mediante la Observación interpretativa de 5 de abril de 2015 sobre los

² *Vid.*, entre otros, el informe de la Organización Mundial de la Salud «[Shared responsibility, global solidarity: responding to the socio-economic impacts of COVID-19](#)» (marzo 2020).

³ Sobre el papel que está llevando a cabo el Consejo de Europa a través de los diferentes instrumentos jurídicos con los que cuenta, *vid.* Climent Gallart (2020).

⁴ Intervención de Giuseppe Palmisano, [Hearing on «Overcoming the socio-economic crisis sparked by the Covid-19 pandemic»](#) (7 October 2020). Se enmarca en, entre otras, la Propuesta de resolución «[Surmonter la crise socio-économique déclenchée par la pandémie de covid-19](#)» (doc. 15145, de 23 septembre 2020).

derechos de los refugiados. Lógicamente, el objetivo principal no era otro que el de recordarles y, congruentemente, advertirles de los compromisos que tenían contraídos (Brillat, 2014, p. 2)⁵.

Elaborado en la sesión que tuvo lugar en el mes precedente (7-11 de septiembre), el documento tiene 9 páginas. Se introduce con unas líneas sobre la función, composición y modalidades de pronunciamientos que emite, para que se ubique correctamente en el escenario internacional.

En cuanto a la función, se señala que este órgano es el competente para decidir sobre la conformidad del derecho o las prácticas de los Estados en virtud de la [CSE de 18 de octubre de 1961](#), del [Protocolo adicional de 5 de mayo de 1988](#) o de la [versión revisada de 3 de mayo de 1996](#). Puntualizo que este es el único que la posee para insistir en que la intervención posterior del Comité de Ministros pertenece a la fase de ejecución. Esta es exactamente igual que la de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) según lo dispuesto en el artículo 46 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH) que, al regular su fuerza obligatoria y ejecución, dispone que «la sentencia definitiva del tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución» (Jimena Quesada, 2014, p. 252). En este sentido, entre otras, [Confédération Française de l'Encadrement «CFE CGC» c. Francia](#), reclamación n.º 16/2003, decisión sobre el fondo de 12 de octubre de 2004.

En consecuencia, España está entre los destinatarios, al tener la CSE y el Protocolo adicional de 1988 ratificados en todo su articulado por Instrumentos de 29 de abril de 1980 ([BOE de 26 de junio](#)) y 24 de enero de 2000 ([BOE de 25 de abril](#)).

Por lo que se refiere a la composición, se informa que son 15 los miembros independientes e imparciales, elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa para un mandato de 6 años, que puede ser renovado una vez⁶.

En lo que atañe a las modalidades de pronunciamientos, se precisa que adopta conclusiones, en el marco del sistema de informes, y decisiones sobre el fondo, si la vía empleada ha sido el procedimiento de reclamaciones colectivas. Ambas pueden consultarse en el apartado específicamente creado para este tratado en la [página web del Consejo de Europa](#) y en la [base de datos sobre jurisprudencia del CEDS](#).

⁵ Sugiere con sutileza el autor, secretario ejecutivo de la CSE (1993-2018), «[...] je pense que les Etats font ce qu'ils disent et disent ce qu'ils font. Notre devoir, cependant, est de toujours faire appel à leur mémoire pour la rendre plus effective».

⁶ En el Protocolo de enmienda de 21 de octubre de 1991 se acordó que esta atribución pasara a ser desempeñada por la Asamblea Parlamentaria, como sucede con los jueces del TEDH, para reforzar su legitimidad. Desafortunadamente no ha entrado en vigor en ese cometido, puesto que el artículo 36 de la CSE requiere que todas las partes contratantes la acepten, faltando 4 Estados (Alemania, Dinamarca, Luxemburgo y Reino Unido, los 2 últimos al menos lo han firmado). Sobre su funcionamiento, véase el [Reglamento del CEDS](#) que ha sido objeto de 10 revisiones, la última el 10 de septiembre de 2019.

Tras estas líneas, se acomete la materia principal ordenándola en 21 puntos, que confluyen en un elemento básico, la necesidad de atender la situación con urgencia, solidaridad, dignidad y de forma incondicional, teniendo en todo momento como vector el derecho a protección jurídica que asiste a todas las personas afectadas cuando llegan a los territorios. Para la conformación de su contenido, la CSE se erige en el instrumento idóneo en dos sentidos. Por un lado, con la interpretación general que debe regir; y, por otro lado, con el contenido de los derechos concretos que garantiza.

En la determinación de ambos, son constantes las referencias y sinergias a la [Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados](#) y su [Protocolo de 31 de enero de 1967](#). Esto se realiza con el objeto de reforzar los requerimientos, así como sortear los intentos de algunos Estados de no considerarse vinculados por exceder del ámbito de aplicación personal del anexo de la CSE, que forma parte de la misma (art. 38). En este se determina, en principio, que son personas beneficiarias las nacionales de los Estados parte y las extranjeras que observen las condiciones de tener la nacionalidad de uno de ellos, residir legalmente o estar autorizadas a entrar y a trabajar legalmente en el Estado.

El mismo exhorta a proporcionar el trato más favorable y, en todo caso, no inferior que el que se pueda derivar de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Transcribe y, con ello, asume la definición del artículo 1 A que, en combinación con el protocolo, establece que las obligaciones son ajenas al reconocimiento administrativo de tal condición. Por eso, se ha de atender solo a la existencia de:

[...] fundados temores de ser perseguido 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; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En cuanto a la hermenéutica transversal, las reglas que presiden la CSE y que los Estados deben observar en cualquier situación, con independencia de los preceptos concretos que se hayan ratificado, son las siguientes:

- a) Que es un tratado de derechos humanos y, como tal, debe preservar universalmente ciertos derechos, básicos, inseparables e innatos al ser humano, los relacionados con la vida, la integridad física o la dignidad. Por consiguiente, nadie puede ser privado de ellos y la CSE debe ser un ejemplo en ese sentido, como tratado de derechos sociales que tiene como finalidad la aplicación a nivel europeo, en complemento con el [CEDH](#), de los derechos reconocidos a las personas por la [Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948](#).

- b) Que es un instrumento vivo que consagra los valores de la dignidad, igualdad y solidaridad que ha de materializar y dar sentido en Europa a los derechos sociales fundamentales (por todas, [Transgender-Europe et ILGA-Europe c. República Checa](#), reclamación n.º 117/2014, decisión sobre el fondo de 15 de mayo de 2018).
- c) Que cualquier exégesis debe dirigirse a la consecución de su objeto y no al de los Estados, que tiende a ser más limitado, en correspondencia con las reglas imperativas de derecho internacional general. Una posible exclusión supondría una violación del *ius cogens* internacional (arts. 31 y 53 [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969](#)), una fragilidad del marco normativo internacional, además de una imposibilidad de reparar los perjuicios irreparables que se ocasionen.
- d) En su aplicación se debe atender al contexto, su evolución, nuevos retos, así como otros instrumentos internacionales pertinentes [[Confédération Française de l'Encadrement «CFE CGC» c. Francia](#), reclamación n.º 16/2003, decisión sobre el fondo de 12 de octubre de 2004, y [Organisation Mondiale contre la Torture \(OMCT\) c. Grecia](#), reclamación n.º 17/2003, decisión sobre el fondo de 7 de diciembre de 2004]. En definitiva, no se está ante normas estáticas y herméticas al escenario en el que se materializan.
- e) Se protegen derechos efectivos y no meramente teóricos [[Commission Internationale de Juristes \(CIJ\) c. Portugal](#), reclamación n.º 1/1998, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 1999, y [Syndicat National des Professions du Tourisme c. Francia](#), reclamación n.º 6/1999, decisión sobre el fondo de 10 de octubre de 2000]. Esto comporta que, en el caso de requerir a los países la adopción de iniciativas, no pueden limitarse a ser programáticas o declaraciones de buenas intenciones, sino concretas, de forma que permitan el pleno ejercicio de los derechos, es decir, deben arbitrar recursos, medios y mecanismos de control [[Association Internationale Autisme-Europe \(AIAE\) c. Francia](#), reclamación n.º 13/2002, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003].

Con estas directrices, a continuación, el CEDS pasa a detallar las obligaciones que tienen suscritas a través del articulado; 19 derechos recoge la [CSE de 1961](#), 4 el [Protocolo de 1988](#) y 31 la [versión revisada](#)⁷, completados por la jurisprudencia del mismo carácter que ha ido emitiendo a través de los procedimientos de supervisión.

Así, se debe garantizar la integración, sin discriminación, en todos los sentidos, es decir, civil, social y económica. Por lo tanto, se ha de preservar el ejercicio de una actividad lucrativa (art. 18), el reconocimiento de la cualificación que posean, la protección familiar y su reagrupación (arts. 16 y 17), la educación en todos los niveles, accesible y en la lengua de origen (art. 7) o el acceso a recursos judiciales por la vía de la asistencia o beneficios de justicia gratuita (art. 19).

⁷ Los 23 primeros se corresponden, con algunas correcciones, con los de los textos indicados en primer lugar.

Lógicamente, y aquí es donde se han producido las cuestiones más controvertidas, se les debe asegurar el considerado «núcleo duro de derechos inderogable», por estar vinculados directamente con la vida y la integridad, más tratándose de un grupo muy vulnerable y en situación de extrema precariedad. Está integrado por el derecho a alojamiento de urgencia en condiciones de salubridad, es decir, con suministro de agua, electricidad y calefacción (arts. 16 y 31), alimentación, atención sanitaria (art. 11), asistencia social y médica (art. 13) y servicios sociales (art. 14). Numerosas son las ocasiones en las que se ha apercibido en este sentido [decisiones de 25 de octubre de 2013, [Fédération Européenne des Associations Nationales Travaillant avec les Sans-Abri \(FEANTSA\)](#), reclamación n.º 86/2012, y [Conférence des Eglises européennes \(CEC\)](#), reclamación n.º 90/2013, ambas c. Países Bajos].

Igualmente, en el caso de incorporarse al mercado laboral, deben tener la posibilidad de acceder a él (art. 1), disfrutar de unas condiciones laborales adecuadas (art. 2), protección en materia de seguridad e higiene (art. 3), así como una remuneración suficiente (art. 4). Obviamente, se incluye la perspectiva colectiva, derivada del derecho a sindicarse (art. 5) y a la negociación colectiva (art. 6).

La realización de una actividad por cuenta ajena o propia ha de derivar en los correspondientes derechos relacionados con la seguridad social en cuanto al reconocimiento de prestaciones, subsidios o pensiones (art. 12) y, de no alcanzarse o encontrarse en situación de necesidad, la correspondiente asistencia social y médica (art. 13).

Se subrayan los derechos de las personas refugiadas de edad avanzada, en virtud del artículo 23, y, en general, de todas las personas en cuanto a la protección contra la pobreza y la exclusión social que categóricamente determina el artículo 30.

En suma, teniendo presente que entran dentro del ámbito personal del tratado, la aplicación de la gran mayoría de derechos debe observarse en los mismos términos.

El documento finaliza con la faceta que debe siempre acompañar a los derechos, su garantía. No se limita al enunciado, sino que requiere a los Estados, en la presentación de los informes que realicen (art. 22 CSE) para el sistema de supervisión anual, que comuniquen las medidas que han implementado en ese sentido, en condiciones de igualdad. En el caso de alegar diferencias de tratamiento, previene que deberán justificarlas en el marco del artículo 31 de la CSE/G de la versión revisada para que no sean calificadas de no conformidad.

3. La Observación interpretativa sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia (2020)

El 24 de marzo de 2020, iniciada ya la crisis de la COVID-19, se publicaron las Conclusiones del CEDS correspondientes al año 2019/XXI-4. En la presentación pública, el presidente del CEDS, Giuseppe Palmisano, declaraba que esa crisis recordaba «[...] brutalmente

la importancia de garantizar los derechos sociales [...], siendo esencial que la Constitución Social de Europa se utilice en la organización y el análisis de las decisiones que se adopten en torno a ella».

Consciente de la situación de desprotección de la ciudadanía y de las personas trabajadoras que se estaba produciendo, el 21 de abril de 2020 adoptó una [Observación interpretativa sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia](#). El documento consta de 7 páginas, y está introducido con la misma delimitación sobre el rol del CEDS que el anterior. Por el contrario, no se han numerado los apartados.

En el examen de fondo, se recuerda a los Estados sus obligaciones en cuanto al derecho a la protección a la salud garantizado en el artículo 11 de la CSE, que comprende la prevención de enfermedades epidémicas (apdo. 3), la eliminación de las causas de una salud deficiente (apdo. 1) y el establecimiento de servicios educacionales. También, las de consulta, dirigidas a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma (apdo. 2).

En estos momentos, en los que la vida de numerosas personas está amenazada, los Estados han de asegurar la efectividad de esos derechos. Para ello, en primer lugar, tienen que instaurar procedimientos de urgencia, estando legitimados para la realización de pruebas diagnósticas, y obligados a llevar a cabo la provisión de mascarillas y desinfectantes apropiados, instaurar el distanciamiento físico, el aislamiento, las cuarentenas o la limitación del derecho de libre circulación, pero respetando los derechos humanos.

En segundo lugar, por lo que atañe a las personas enfermas, se debe proveer de un número de camas suficiente en los hospitales, y de cuidados y atenciones profesionales, unidades de cuidados intensivos y equipos. Esto, lógicamente, incluye para el personal que trabaja en esas instituciones condiciones de trabajo sanas y seguras, en cumplimiento del artículo 3 de la CSE.

Y, en tercer lugar, no se debe obviar la prevención, puesto que reviste un carácter esencial dentro de este derecho.

Todas estas medidas conforman el precepto mencionado que está en íntima conexión, interrelación, interdependencia e indivisiblemente ligado a la vida y la integridad, así como a otros derechos sociales recogidos en la CSE. Específicamente, el derecho de las personas trabajadoras a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), el derecho de las personas en situación de necesidad a la asistencia social y médica (art. 13) y el derecho de las personas de edad avanzada, de la infancia y de la adolescencia a la protección y asistencia sanitaria (arts. 7.9, 7.10, 17 y 23).

Se obliga a incluir el acceso a la protección de la salud en condiciones de igualdad y sin discriminación, teniendo que prestar una particular atención a los grupos que están expuestos en mayor medida a riesgos. Estas son las personas desprovistas de alojamiento,

las de edad avanzada, las que se encuentran en situación irregular, en prisión, las que vivan en instituciones y aquellas que por el trabajo que desarrollan están expuestas a contagio en mayor medida.

Al igual que en la observación anterior, se alude a los mecanismos que garantizan los derechos. Aunque la evaluación de este derecho mediante el sistema de informes no se realizará hasta el año 2021, el CEDS ha decidido enviar a los Estados un cuestionario sobre las medidas que están adoptando y van a adoptar para hacer frente a la pandemia⁸. Por este motivo, nuevamente se prueba como instrumento idóneo el de reclamaciones colectivas, más proactivo y de reacción más rápida, siendo necesario que lo acepten sin más dilación.

El CEDS concluye señalando que las pandemias afectan a otros derechos relacionados con la protección jurídica y económica, la lucha contra la pobreza y la exclusión social, la vivienda y el empleo. Ninguna persona puede quedar desprovista de un mínimo vital por el confinamiento o la desaceleración económica que esta crisis desencadene.

4. Notas finales sobre la indefectible consideración de los compromisos asumidos y un avance de probables conclusiones de no conformidad

Llegados a este punto, voy a persistir en una cuestión que ya debería estar superada, el carácter vinculante de la CSE. El propio texto que suscriben los Estados es categórico en su articulado. Me remito a tres de las contundentes referencias:

- a) En primer lugar, la parte II de la CSE que reitera los 19 puntos de la parte I para remarcar su diferente efecto, programático los de esta («Las partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes [...]»), frente al vinculante de los que la prosiguen («Las partes contratantes se comprometen a considerarse vinculadas [...] por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes [...]).»).
- b) En segundo lugar, al explicar el peculiar sistema de ratificación en el artículo 20.1 de la CSE, en el que es posible que no todos los Estados estén obligados por las mismas disposiciones, literalmente distingue, de nuevo, la estructura separada y

⁸ «Questions du Comité Européen des Droits Sociaux aux États parties à la Charte Sociale Européenne relatives au groupe thématique 2 "Santé, sécurité sociale et protection sociale" pour les conclusions 2021» (<https://rm.coe.int/annex-1961-charte/16809efc6a> y <https://rm.coe.int/annexe-rev-charte-questions-2021/16809efaf0>).

sus efectos («[...] a considerar la parte I [...] como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados [...] [y] a considerarse obligada por al menos cinco de los siete artículos siguientes de la parte II [...]).».

- c) En tercer y último lugar, en el anexo a la CSE, que forma parte de la misma (art. 38), en el que «[s]e entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional [...]» (parte III).

Paralelamente, la ratificación del tratado ha comportado la aceptación del control de su cumplimiento, afirmación de la que son plenamente conscientes los Estados. La incipiente favorable acogida el día en el que aquella se produce, cuando los Gobiernos hacen balance de su actividad o en campañas previas a las elecciones, es habitual escuchar cómo se destaca el gran progreso del país a nivel internacional. Llegado el momento de la rendición de cuentas o del correspondiente resultado tras la monitorización, de la misma manera pasan a ser comunes las desconsideraciones al texto y al órgano que las emite.

Las instancias jurisdiccionales inferiores llevan demostrando esa condición, así como su efectividad, desde el año 2013, respaldadas categóricamente por el Tribunal Constitucional en la [Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre](#) (Salcedo Beltrán, 2020c)⁹.

Lamentablemente, el Tribunal Supremo continúa indolente a los parámetros internacionales, relegándolos a meros objetivos de política social inexigibles, como recientemente ha puesto de manifiesto la [Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 de octubre de 2020 \(rec. 67/2019\)](#).

Me detengo en el examen de este pronunciamiento para significar dos aspectos. Por un lado, el desacierto en el que incurre al aludir al órgano de supervisión del tratado aludido. En las dos ocasiones que menciona al CEDS lo hace también junto con el Comité de Expertos Independientes. En una de ellas para explicar que emiten recomendaciones al ser «[...] los encargados de elaborar los informes sobre el cumplimiento de la Carta» (FJ 6.º). En la otra con el fin de indicar su «parecer» del «[...] Comité de Expertos sobre la Carta Social Europea del Consejo de Europa y del Comité Europeo de Derechos Sociales según los cuales el SMI debe estar en el 50 o 60 % salario medio neto» (FJ 5.º). Sorprende la utilización de la conjunción copulativa «y» en lugar de la disyuntiva «o» evidenciando que los está tratando como órganos contemporáneos, cuando se trata de dos denominaciones del mismo, una vigente desde 1998 y la otra obsoleta desde esa fecha.

Y, por otro lado, cabe recordar que el CEDS en varias ocasiones –la última en las Conclusiones XXI-3 (2018) (Salcedo Beltrán, 2019)– ha condenado a nuestro país por violación del artículo 4.1 de la CSE, que reconoce el derecho a una remuneración equitativa. Procedo

⁹ La relación actualizada en Salcedo Beltrán (2020a).

a clarificar el preciso parámetro que utiliza, adoptado en la Observación interpretativa al precepto de las Conclusiones XIV-2. En concreto, se fija que el umbral a observar es el 60 % del salario medio neto. Este porcentaje se calcula atendiendo a los datos que suministra el Eurostat periódicamente sobre el salario medio neto de una persona trabajadora soltera sin familia.

Efectuada la correspondiente comprobación sobre el SMI que se enjuicia en la sentencia –900 € para el año 2019 por el [RD 1462/2018, de 21 de diciembre](#)– se comprueba que no alcanza el parámetro europeo requerido (14.183,75 € netos¹⁰) puesto que asciende a 12.600 euros brutos. Por esa razón, la conclusión de no conformidad continuará y se reiterará mientras se siga sin garantizar «un nivel de vida decente». Como se ha expuesto, es un criterio objetivo, transparente y dotado de la máxima seguridad jurídica. Eso no es incompatible con una valoración positiva de los esfuerzos en su incremento de los últimos años, el último por el [Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero](#).

Como ha magistralmente censurado Jimena Quesada (2013, pp. 119 y ss.), esta consideración es muestra de un deficitario conocimiento de los tratados, de una anomalía en la aplicación del sistema de fuentes, así como de una desfasada noción de los pronunciamientos del CEDS¹¹.

Los responsables gubernamentales tendrán que dar cuenta de la misma manera del cumplimiento de la CSE en la gestión de la crisis actual. Se avanza que es más que probable que se resuelva por parte del CEDS con pronunciamientos de no conformidad, en coherencia con jurisprudencia previa emitida. Esto se fundamenta por las recientes condenas que se han producido a nivel judicial de Administraciones públicas. Me estoy refiriendo, por un lado, a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de septiembre de 2020 \(rec. 353/2020\)](#). En esta se ha desestimado el recurso presentado por el Servicio Aragonés de Salud, el Instituto Aragonés de Servicios Sociales y la Diputación General de Aragón, confirmando la dictada por el Juzgado de lo Social Único de Teruel de 3 de junio de 2020 que los condenaba por no dotar de equipos de protección individual al personal sanitario. Se falla que la epidemia «puede ser inevitable –aunque fuera previsible–, pero no el cumplimiento de las medidas preventivas del riesgo laboral que conlleva para el personal sanitario».

Aunque las afectadas son instituciones públicas regionales, el Estado deberá rendir cuentas, puesto que no será justificación la existencia de un concreto traspaso competencial en el marco de la más general descentralización territorial de competencias en cada orden

¹⁰ <https://ec.europa.eu/eurostat/fr/web/labour-market/earnings/database>, estadísticas utilizadas «Gains nets annuels d'un/une employée à temps plein, célibataire sans enfants, 100 % du salaire moyen» (actualizada a 28 de septiembre de 2020) y «Gains nets annuels» (actualizada a 11 de junio de 2020).

¹¹ Con posterioridad también en Jimena Quesada (2017, pp. 65 y ss.).

constitucional. Así lo ha puntualizado el CEDS en alguna ocasión, véase, por ejemplo, [Centre Européen des Droits des Roms \(ERRC\) c. Grecia](#), reclamación n.º 15/2003, decisión sobre el fondo de 8 de diciembre de 2004:

[...] cuando el derecho interno atribuye a instancias locales o regionales la responsabilidad de ejercer una concreta función, los Estados parte de la Carta siguen compelidos, en virtud de sus obligaciones internacionales, a velar por que esas responsabilidades sean correctamente asumidas.

Y, por otro lado, a la [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\) de 8 de octubre de 2020 \(rec. 91/2020\)](#), que responsabiliza al Ministerio de Sanidad por no haber provisto de medios de protección a los/las profesionales sanitarios poniendo en riesgo su integridad física y su salud, además de incumplir los derechos que les asisten en virtud del [artículo 15](#) en relación con los [artículos 43.1](#) y [40.2](#) de la Constitución.

Las dos situaciones, constatadas en los fallos, son incompatibles con los [artículos 3](#) y [11](#) de la CSE.

Concluyo. La CSE fue declarada oficialmente en el año 2014 la Constitución Social de Europa¹², considerándose el tratado europeo más importante y completo de derechos sociales. El CEDS es el «guardián europeo del modelo del Estado social» (Stangos, 2017, p. 5), que supervisa su respeto. Con los dos documentos examinados, de nuevo, este órgano demuestra su firmeza en los momentos en los que más lo necesitan la ciudadanía y los colectivos más vulnerables.

A día de hoy, esta relevancia no está reflejada en España, que sigue sin haber ratificado la [versión revisada de la CSE](#) ni el [Protocolo de reclamaciones colectivas](#). Con ello, los gobernantes de este país desde el año 1995 son los responsables de habernos situado en desventaja respecto de la gran mayoría de Estados europeos.

El inicio de la actual XIV legislatura hizo pensar que esas dos asignaturas pendientes iban a ser recuperadas. El Acuerdo de coalición progresista entre PSOE y Unidas Podemos para la formación del Ejecutivo de 30 de diciembre de 2019 incorporaba en el punto diez del primer eje el compromiso de ratificar ambos instrumentos normativos. El 20 de octubre de 2020 la ministra de Trabajo y Economía Social, en respuesta a una pregunta, comunicó que antes de final de año lo acometerían, remarcando incluso la del segundo¹³.

¹² Proceso de Turín, lanzado por el secretario general del Consejo de Europa en la Conferencia de alto nivel que tuvo lugar en esa ciudad el 17 y 18 de octubre de 2014. *Vid.* el [«Rapport général de la Conférence à haut-niveau sur la Charte Sociale Européenne, L'Europe repart à Turin»](#) (pp. 43 y 168).

¹³ Extracto literal: «[...] Por tanto, créame, antes de final de año usted verá cómo ratificamos la Carta Social Europea revisada y –se lo anticipo también– el Protocolo de Reclamaciones Colectivas, que

La alegría de ese anuncio se ha transformado en una decepción tras publicarse el 10 de noviembre de 2020 el [Acuerdo del Consejo de Ministros](#) por el que se remite a las Cortes Generales la ratificación de *solo* el tratado y no el sistema de garantía más efectivo de los derechos que el mismo reconoce (Salcedo Beltrán, 2020b). En un principio, la redacción expresamente indicaba la negativa a asumirlo. Una semana después, ya no consta esa oposición, sustituyéndola por «el inicio» de los trámites.

Esta corrección no ha de interpretarse en el sentido de que se producirá la esperanzada suscripción de los dos documentos en breve. Procedo a argumentarlo. El procedimiento de reclamaciones colectivas tiene carácter facultativo. Para su adhesión, se han arbitrado dos vías. La ratificación del protocolo regulador de forma separada o la manifestación de una declaración específica, al suscribir la versión revisada de la CSE, aceptando expresamente la supervisión de sus obligaciones según ese procedimiento (art. D.2, parte IV, de la CSEr). Esta última es la más sencilla, rápida y oportuna, puesto que con solo incluir seis líneas que facilita el Consejo de Europa el trámite se puede atender¹⁴. Por el contrario, la primera se caracteriza por dilatarlo y hacerlo más complejo.

Carece de fundamento que, siendo factible esa ratificación conjunta, no se realice. Además de ser una muestra de deslealtad a la ciudadanía que, si de algo está necesitada, es de coherencia y legitimidad democrática.

Es una muestra más de la infravaloración de los derechos sociales, que únicamente interesan si son programáticos y desprovistos de exigibilidad. Por tanto, derechos sin el sistema de garantía por excelencia, como así se puede constatar en los países que puede ser utilizado.

Su potencial es indiscutible por numerosos motivos, entre otros, la presentación de reclamaciones sin tener que agotar recursos internos, el porcentaje elevado de admisibilidad o la celeridad en obtener una resolución. Precisamente estos están ausentes en la gran mayoría de los existentes en el panorama internacional. Sin obviar, el fortalecimiento que se derivaría para los agentes sociales y organizaciones no gubernamentales, como legitimados activos. Las reacciones de sindicatos como [UGT](#) o [CIG](#), colectivos, así como de [partidos políticos](#), presentando enmiendas que piden la inclusión conjunta han sido inmediatas.

convendrá conmigo en que es tan importante como la Carta Social Europea revisada». Diario de Sesiones n.º 26 del Senado, de 20 de octubre de 2020. Respuesta a la pregunta sobre la previsión del Gobierno en relación con la reanudación del procedimiento para la ratificación de la Carta Social Europea revisada (expte. 680/000221). Autora: Nerea Ahedo Ceza (GPV).

¹⁴ Son las siguientes: «Declaration contained in a Note Verbale handed to the Secretary General at the time of deposit of the instrument of ratification, on 7 May 1999 - Or. Engl. In accordance with Part IV, Article D, paragraph 2, of the Charter, the [...] declares that it accepts the supervision of its obligations under this Charter following the procedure provided for in the Additional Protocol to the European Social Charter providing for a system of collective complaints, done at Strasbourg, on 9 November 1995».

En suma, la efectividad de los derechos sociales se acentuaría y blindaría para el futuro. Las razones son incuestionables. Lo único que falta para esa ratificación simultánea es la voluntad política de querer hacerlo.

Referencias bibliográficas

- Brillat, Régis. (2014). La Charte sociale et le système de protection des droits sociaux dans les sources européennes. En Marisila D'Amico y Giovanni Guiglia (Dirs.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century* (pp. 1-22). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Climent Gallart, Jorge Antonio. (2020). El Consejo de Europa y la pandemia de la COVID-19 (coronavirus). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12, 634-645.
- Jimena Quesada, Luis. (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad*. Tirant lo Blanch.
- Jimena Quesada, Luis. (2014). La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Luis Jimena Quesada y Manuel José Terol Becerra (Dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales* (pp. 246-268). Tirant lo Blanch.
- Jimena Quesada, Luis. (2015). Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2015. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 26, 281-303.
- Jimena Quesada, Luis. (2017). *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*. Tirant lo Blanch.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2020). [Hacia una transición ecológica justa en el ámbito de las relaciones de trabajo y la inmigración](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 5-17.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2019). Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: evidencias de la «indiferencia» y «resistencia» a la Carta Social Europea. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 5, 541-552.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2020a). El procedimiento de reclamaciones colectivas como paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 1-65.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2020b). El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, 195-271.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2020c). Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte Sociale Européenne en Espagne. *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, 1, 97-108.
- Stangos, Petros. (2017). La Charte Sociale Européenne et le Comité Européen des Droits Sociaux. *Le Conseil de l'Europe, artisan d'un «autre» Europe sociale? Les rencontres d'automne AFDT sur Les périmètres de l'Europe Sociale*, 8-9 septembre 2017. Université de Strasbourg. <https://rm.coe.int/intervention-petros-stangos-cedh-8-9-09-2017/1680743837>.

Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 18 de septiembre de 2020, sobre el Acuerdo Marco de la Estiba

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo

Extracto

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejerce su control transversalmente sobre todas las instituciones españolas, aplicando, sin embargo, conceptos mercantiles, lo cual implica un desajuste que se advierte claramente en la tan esperada y temida resolución que se comenta, donde califica como falta muy grave el acuerdo colectivo para la subrogación de plantillas en las empresas que asumen la carga proporcional de trabajo cuando salen de la extinta Sociedad Anónima de Gestión de la Estiba Portuaria (SAGEP). Aun cuando intenta aproximarse a las instituciones laborales, adolece, no obstante, de una visión excesivamente genérica, donde las peculiaridades del derecho español no quedan salvaguardadas. Esto incide en una interpretación rigorista tanto de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de diciembre de 2014, que consideraba contraria a la libertad de establecimiento en algunas partes de la normativa sobre las SAGEP de entonces, como de otras sentencias de ese mismo tribunal en las cuales hay una consideración amplia de las excepciones laborales a la aplicación del derecho de la competencia.

Palabras clave: SAGEP; Centros de Empleo Portuario; sucesión de empresas estibadoras; subrogación de personal; Sentencia Comisión Europea contra Reino de España; Sentencia Albany.

Fecha de entrada: 23-11-2020 / Fecha de aceptación: 23-11-2020

Cómo citar: Ojeda Avilés, Antonio. (2020). Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 18 de septiembre de 2020, sobre el Acuerdo Marco de la Estiba. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 171-184.



Remarks on the Decision of the National Commission on Markets and Competition, of September 18, 2020, referred to the Framework Agreement for Stowage

Antonio Ojeda Avilés

Abstract

The National Commission on Markets and Competition (CNMC) exercises its control across all Spanish institutions, however, applying commercial concepts, which implies a mismatch that is clearly noted in the long-awaited and feared Resolution that is here discussed, where it qualifies as serious miscompliance the regulation in a ports collective agreement the workforce subrogation in companies that assume the proportional load of work when they leave the already derogated Plc of ports manpower management (SAGEP). Even when it tries to get closer to labor institutions, it nevertheless suffers from an excessively generic vision, where the peculiarities of Spanish law are not safeguarded. This implies a rigorous interpretation of both the CJEU judgment of December 2014, which considered some parts of the regulations on SAGEPs as contrary to the freedom of establishment, as well as other CJEU judgments in which there is a broad consideration of the labor exceptions to the application of Competition Law, namely Albany judgement.

Keywords: Dockers Employment Agency; payroll transmission; Judgement CJEU European Commission v. Spanish Kingdom; Judgement CJEU Albany.

Citation: Ojeda Avilés, Antonio. (2020). Remarks on the Decision of the National Commission on Markets and Competition, of September 18, 2020, referred to the Framework Agreement for Stowage. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 171-184.





Sumario

1. Antecedentes: la nueva disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco de la Estiba
2. El contenido de la resolución de la CNMC: dos críticas sustantivas y una adjetiva
 - 2.1. La subrogación colectiva en el proceso de sustitución de las SAGEP
 - 2.2. La pretendida doctrina restrictiva de la Unión Europea
 - 2.3. La cuantía de la sanción por falta muy grave y su método de cálculo

1. Antecedentes: la nueva disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco de la Estiba

El 6 de julio de 2017, una comisión negociadora constituida *ad hoc* para modificar la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco de la Estiba (AME) llegó a un acuerdo unánime para establecer el *iter* de las salidas empresariales de las Sociedades Anónimas de Gestión de la Estiba Portuaria (SAGEP), unas intermediarias cualificadas que habían llegado a detentar considerables facultades de contratación y organización de las alrededor de 6.000 personas estibadoras que operan en los puertos del Estado para las empresas concesionarias de las labores de carga, descarga y trasbordo de mercancías contempladas por la Ley de Puertos del Estado 2/2011 en su [artículo 130](#). No bien [se publicó en el BOE](#), la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) abrió una exhaustiva información reservada que culminó en noviembre con un expediente sancionador contra quienes participaron en aquella comisión.

La reforma consistía en el establecimiento de un cauce para compaginar las salidas empresariales de las SAGEP con la estabilidad en el puesto de trabajo de las personas estibadoras pertenecientes a estas, de modo que las empresas salientes habrían de asumir el porcentaje de personas estibadoras equivalente a su importancia en el puerto, medido en capital accionario de la SAGEP que poseyera hasta el momento. La Dirección de Competencia de la CNMC entendía que se pretendía una transmisión forzosa de personal desde la SAGEP a las referidas empresas, lo cual suponía una restricción a la libertad de contratación que violaba la libertad de competencia muy gravemente, al punto de que proponía a la Sala de Competencia del mismo organismo gravísimas sanciones contra la comisión negociadora por un total de 7.154.000 euros. 3 años más tarde, la Sala de Competencia de la CNMC dictó [resolución, de 18 de septiembre de 2020 \(expte. S/DC/0619/17\)](#), en donde confirmaba la existencia de falta muy grave, si bien rebajaba a una multa *simbólica* (*sic*) el importe de la sanción, por cuanto las partes habían comenzado a negociar el [V AME](#) con clara voluntad de sujetarse a las orientaciones recibidas.

En el intermedio se había promulgado además el [Real Decreto-Ley 9/2019](#) cuyo [artículo 4](#) establecía un recorrido muy similar, cuando no idéntico, al acordado por las partes negociadoras, pues determinaba la subrogación de las personas estibadoras en la plantilla de las empresas portuarias que optaran por salir de las SAGEP en los 3 años que iban desde mayo de 2017 a mayo de 2020. En dicho artículo, las partes negociadoras de los diversos convenios de la estiba recibían una amplia autorización legal para determinar el «mecanismo subrogatorio» –entiéndase procedimiento– a utilizar, siempre dentro del esquema del [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) y de los principios de transparencia, objetividad y equidad. Introducía además una subrogación automática entre la SAGEP y los nuevos Centros Portuarios de Empleo (CPE) en el caso de que la primera decidiera *transformarse* (*sic et simpliciter*) en CPE.

Tales indicaciones abiertas y el amplio límite trienal, pese al cambio de panorama en favor de las empresas de trabajo temporal (ETT), claramente permitían a las partes negociadoras mantener su apuesta subrogatoria sin apenas cambios, aunque entre ellas había cundido el pánico por las sanciones propuestas por la Dirección de Competencia, como lo evidenciaban los sucesivos borradores de modificación de la adicional y de redacción del V AME. A nivel individual de empresas estibadoras, por su parte, solo una de ellas, perteneciente a un grupo español¹, optó por abandonar la SAGEP del puerto de Sagunto alegando diversos argumentos; las demás, y unánimemente las no españolas, decidieron mantenerse en el organigrama, a pesar de que una de las tres patronales de la estiba, PIPE –Plataforma de Inversores en Puertos Españoles–, había denunciado el sistema² y que otra de ellas, ASOPORT –Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias–, no había participado en la negociación de la disposición adicional séptima. En diversos momentos y circunstancias habían expresado una y otras su interés por la fórmula de conversión de la SAGEP en CPE y de subrogación contractual de una en otra.

2. El contenido de la resolución de la CNMC: dos críticas sustantivas y una adjetiva

Considero la [resolución de la CNMC](#) como dotada de una base jurídica precaria, tanto sustantiva como formalmente, por los argumentos que expondré a continuación. La CNMC no acaba de desprenderse de su argumentario mercantil a la hora de encarar los problemas laborales, y los razonamientos esgrimidos en su decisión lo confirman. Hace tiempo que el derecho del trabajo se desprendió del derecho civil, pero lucha ahora, sobre todo a nivel

¹ Intersagunto Terminales, SA (IST), del Grupo Alonso. Otra estibadora de Vilagarcía de Arousa había comunicado su interés en separarse, sin otros datos: [resolución de la CNMC](#) citada, hecho 3 en página 31. Hay otro numeral 3 en página 29. Grupo Alonso mantiene en el puerto de Sagunto la filial para el suministro eléctrico portuario, que en 2020 ha obtenido sentencia favorable del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana por el deficiente suministro que le proporcionaba el puerto de Valencia, el cual provocó dos cortes de luz en septiembre y octubre de 2015. La sentencia ha condenado a la Autoridad Portuaria del puerto de Valencia a indemnizar con 4,4 millones de euros a dicha empresa: [Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\) de 12 de mayo de 2020 \(rec. 15/2018\)](#). En su [página web](#), IST se autocalifica como «la terminal polivalente más moderna del Arco Mediterráneo Español» para la prestación de servicios como empresa estibadora, pero las polivalencias podrían justificar su argumento de que no encontraba utilidad en seguir perteneciendo a la SAGEP.

² PIPE dirige un escrito de fecha 6 de julio de 2017 al Ministerio de Trabajo y a la CNMC alertando de la suscripción del acuerdo que comentamos: [resolución de la CNMC](#) (pp. 53-54). Solo días más tarde, la Dirección de Competencia de la CNMC abrió el expediente informativo origen de la sanción. Desde su propio nacimiento, la confederación PIPE se ha negado a entrar en la negociación colectiva y ha mostrado una actitud afín a la rupturista del Ministerio de Fomento de la etapa en que se dicta el [Real Decreto-Ley 4/2017, no convalidado por el Congreso](#), y el subsiguiente [8/2017](#), que incorpora un anexo al texto legal donde hallamos ya la referencia a la subrogación por negociación colectiva, en una concesión forzada del ministerio dirigida a lograr la convalidación parlamentaria.

internacional, por desprenderse de los fundamentos de su hermano mayor, el derecho mercantil, que lo precedió en la vía de alejamiento del derecho común y a cuya sombra ha ido madurando la autonomía de la legislación laboralista, sin por ello lograr un completo distanciamiento. La CNMC, como también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), adolecen aún de resabios en su mirada, por más que hayan recorrido un largo camino hasta llegar a su posición actual de respeto –aunque sea formal– a los postulados laborales. Uno de ellos, quizá el más importante, consiste en considerar prioritaria en todo caso la libertad de comercio, que se sobreentiende como un trasunto de las libertades fundamentales, incluso cuando entran a considerar el ámbito de las relaciones entre el trabajo humano y la organización empresarial.

La crítica que sigue va dirigida a los dos pilares sustantivos de la resolución, a saber, el rechazo a lo que denomina «subrogación forzosa» del personal de las SAGEP en las nuevas figuras de intermediación y la interpretación restrictiva que a su entender plantea el TJUE respecto de las excepciones a la libre competencia. Y junto a los dos pilares sustantivos, el presente análisis considerará también la distorsión realizada en materia de sanciones de la CNMC con base en unos criterios asimismo discutibles.

2.1. La subrogación colectiva en el proceso de sustitución de las SAGEP

La CNMC es taxativa a la hora de condenar lo que entiende como una restricción de la libre competencia, cual es el hecho de obligar a las «empresas salientes» a recibir personas estibadoras en función del porcentaje de capital que tuvieran en la SAGEP. Todavía más cuando se tratara de una conversión de la SAGEP en CPE. Ello se demuestra, según ella, en la desventaja competitiva sufrida por una empresa del puerto de Sagunto que decidió separarse, con boicots directos e indirectos que le generaron pérdidas económicas ([resolución citada](#), p. 45). La CNMC se basa para su condena en el régimen de libertad de contratación instaurado por el [Real Decreto-Ley 8/2017](#), contra el cual chocaría frontalmente una subrogación forzosa de personal como la pretendida en la modificación del IV AME. Y, en efecto, el referido real decreto-ley suprime la relación laboral especial de la estiba portuaria y aplica a las nuevas intermediarias la legislación de las ETT, por la que las empresas estibadoras tienen o deben tener libertad para acudir a la intermediaria que deseen, cuando no a contratar directamente.

Cierto es que el régimen de la estiba había llegado a depender de las organizaciones sindicales tanto en las contrataciones de personal como en el régimen de las «manos» o equipos y en las ventajas sociales, notoriamente de formación profesional. A través de la negociación colectiva, las personas estibadoras disponían de turnos de trabajo cortos que con frecuencia eran doblados cada día en los periodos de actividad, y formaban unos equipos demasiado rígidos con un mínimo de integrantes quizá excesivo. Claro que la patronal firmaba al alimón esos convenios, y en las SAGEP de cada puerto –sociedades anónimas de titularidad empresarial, no se olvide– las colocaciones y los asuntos laborales eran dejados prácticamente en manos de sus respectivos comités de empresa. Una amplia disponibilidad quizá debida

a que, por otro lado, las personas estibadoras estaban obligadas a responder de inmediato al requerimiento de actividad, que dependía aleatoriamente de las mareas y de las llegadas de los barcos, por lo que las empresas consideraban que había un equilibrado *quid pro quo*.

En el plano internacional, sin embargo, la mecanización y posterior automatización de las tareas de estiba habían dibujado un nuevo escenario de grúas, personas conductoras de sofisticados vehículos y muelles semiautomatizados, operados a veces desde larga distancia, que había permitido un relajamiento –o si se quiere, liberalización– de los regímenes de trabajo tan difícilmente conseguidos y tan propensos a desviaciones innecesarias. Uno tras otro, numerosos países han ido abandonando normativas estrictas para dar paso a la contratación *ad libitum*. Fórmulas alternativas, como los muelles propios de las empresas con personal asimismo propio, nuevos transportes gigantes de mercancías y modernos sistemas de *roll-on, roll-off*, dejaban espacio para un régimen menos estricto.

En cuanto al concreto problema de la estabilidad en el empleo, requiere de algunas precisiones adicionales. Se trata de empleos intensivos de unas cuantas horas o pocos días, consistentes en una actividad muy delicada, y las empresas prefieren conocer a las personas operarias antes que confiar sus mercancías a personal desconocido contratado al albur de su disponibilidad en el momento. De ahí el sistema SAGEP (desde 2010), antes precedido del APIE –Agrupación Portuaria de Interés Económico– (desde 2003), antes del SEED –Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba– (1986) y antes aún del OTP –Organización de Trabajos Portuarios– (desde 1943), creados para terminar con la precariedad y la inestabilidad laboral resultante. Lo que ahora cambia es que la electrónica y la telemática permiten en nuestros días no solo contratar personas estibadoras virtualmente por mera conexión con el móvil de la persona operaria, sino ejecutar las operaciones en el muelle con muy pocas personas especialistas, con las cuales las empresas pueden entenderse directamente. Al cabo, solo el anclaje en las bodegas es manual, pero incluso tal actividad se aprovecha de una amplia mecanización en los grandes portacontenedores.

Pues bien, la denominada por la CNMC como «subrogación forzosa de personal» tiene que ver con la estabilidad en el empleo o, si se quiere, desde la perspectiva contraria, con la precariedad en el empleo. La SAGEP no solo intermediaba, sino que servía de colchón amortiguador para los casos de desempleo, abonando a la persona estibadora una prestación similar a la de la Seguridad Social por los periodos de inactividad. La subrogación «forzosa» de la disposición adicional séptima pretende transferir las plantillas de personas estibadoras, bien a las empresas salientes que los contraten, en función de su participación accionarial de la SAGEP a la que pertenecían, o bien a las nuevas agencias intermediarias que adopten la forma de CPE, es decir, una ETT dedicada exclusivamente a los servicios portuarios ([art. 4 RDL 9/2019](#)).

De este modo, la CNMC llega al meollo del asunto: el acuerdo de la disposición adicional séptima limita la competencia, por lo que es ilícito y debe ser sancionado. Acude en principio a un párrafo de la [Sentencia del Tribunal Supremo \(TS\) \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\) de 8 de marzo de 2016 \(rec. 1666/2013\)](#), a tenor del cual se trata de cláusulas «cuyo designio final [...] es tratar de perjudicar los intereses de empresas no estibadoras al

restringirles la posibilidad de desarrollar sus actividades de prestación de servicios portuarios complementarios, así como los derechos de los trabajadores pertenecientes a empresas no estibadoras». Pero la referida sentencia aludía a una antigua intervención de la CNMC (entonces, Comisión Nacional de la Competencia) de 2009 en la que condenó una aplicación extensiva del IV AME que pretendía incluir en su ámbito a las empresas de servicios complementarios, lo cual excedía del ámbito propio de la estiba, una condenable invasión *ultra vires* que lesiona el principio de correspondencia. Solo por lo irrefragable de su afirmación puede entenderse el acogimiento de esa sentencia del TS en el tema que nos ocupa.

Más adelante, la CNMC se centra ya en el problema de la subrogación:

Las conductas analizadas tienen como efecto impedir una competencia efectiva en el mercado por diversos motivos: suponen, por un lado, una limitación injustificada de la libertad de organización de la empresa al establecer condiciones de subrogación que no cumplen las exigencias de transparencia, objetividad y equidad; la intervención de la comisión paritaria, por sí misma, teniendo en cuenta su composición –en la que se hallan representados los competidores de la empresa que debe asumir la subrogación–, es contraria a dichos principios; además, según se desprende de los hechos acreditados, la asignación de los trabajadores subrogados en el único caso en que se aplicó dicho procedimiento, el de la empresa IST, se hizo en tales condiciones que generó una desventaja competitiva en la empresa saliente, con el consiguiente desincentivo para todas las demás ([resolución CNMC](#), p. 45).

Para la persona lectora habituada a la legislación laboral, ese párrafo representa todo lo contrario a lo que postula la normativa sobre convenios colectivos, anclada en el [artículo 37 de la Constitución](#). En concreto del [artículo 82, apartado 3, del ET](#), cuando dice que los convenios «obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». La CNMC habla de «limitación injustificada» contra la libertad de organización de las empresas, siendo así que aquella ha venido adoptada en el ámbito de un instrumento colectivo con eficacia *erga omnes*; alude al hecho de que la comisión negociadora represente a la competencia de la empresa que debe asumir la subrogación, siendo así que la patronal ANESCO –Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Centros Portuarios de Empleo– tiene una representatividad del 100 % de la parte empresarial y que su implantación fáctica entre las empresas de la estiba es con mucho la mayoritaria tanto entre las empresas estibadoras, como en las SAGEP portuarias más importantes³. Y menciona el caso de una única empresa desvinculada de

³ En la [resolución de la CNMC](#) (p. 9) figura la representatividad aludida de ANESCO del 100 % empresarial, y que está integrada por 36 empresas estibadoras y las SAGEP de Barcelona, Valencia, Algeciras, Tenerife y Las Palmas. Las escisiones de PIPE y ASOPORT le restaron la práctica unanimidad de que disfrutaba antes de 2013, pero continúa con la adhesión de las navieras más importantes, como Boluda, Noatum, TTI Algeciras (CMA), etc.

una SAGEP y obligada a la subrogación, como si un único caso pudiera crear un paradigma y, lo que es peor, como si los daños sufridos –un boicot primario y otros secundarios⁴– fueran imputables al sistema y no a las medidas de presión laboral, por más discutibles que podamos entenderlas en el caso.

No puede entenderse cómo la CNMC no ha entrado a considerar las evidentes similitudes que existen entre la dicha subrogación forzosa y la sucesión de plantillas que tiene desde hace tiempo carta de naturaleza en el derecho del trabajo con base en el [artículo 44 del ET](#), muy citado por otra parte en los Reales Decretos-Leyes [8/2017](#) y [9/2019](#), así como en los propios convenios colectivos en los que tan superficialmente para su atención el organismo. La que se denomina «sucesión de plantillas» cuenta con una larga tradición en nuestro país, especialmente en los convenios de las contratas de limpieza y de seguridad, donde es habitual el precepto de que, cuando una empresa de limpieza o vigilancia pierda un encargo, la que ocupe su lugar ha de asumir la totalidad o una parte significativa del personal de aquella. Detrás tiene una abultada doctrina del Supremo que la reconoce y aplica el [artículo 44 del ET](#), como se sabe, hallándose centrado el debate actual en saber si también a esa nuda sucesión de plantillas –con un mínimo capital fijo– se le aplica el concreto aspecto de transmisión de las deudas de la contratista saliente o no⁵.

Seguramente hay dos razones para semejante e imperdonable olvido. A saber:

- a) Por una parte, el mecanismo de asignación de personal a las empresas dimisionarias puede desorientar, porque adopta un criterio distributivo aparentemente mercantil y muy distante al habitual en las sucesiones de plantilla del derecho del trabajo.

En este sentido, la CNMC alude a la falta de transparencia, objetividad y equidad en el criterio de transmisión de plantilla. Lo habitual consiste en que todo el personal de limpieza, por ejemplo, adscrito a la contrata, pase íntegramente a la nueva contratista. Aquí, la disposición adicional séptima que comentamos contemplaba la subrogación obligatoria de plantilla «en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad». Las SAGEP se formaban como sociedades anónimas de empresas estibadoras cuyas acciones se repartían entre ellas en proporción al número medio anual de personas estibadoras utilizadas por cada una⁶, con un mínimo que afectaba a todas por igual. De ahí que utilizar como referencia objetiva las acciones de cada una no parecía ni arbitrario ni opaco, aunque sí extraño desde el punto de vista que comentamos.

⁴ Vid. [resolución comentada](#) (pp. 31 a 36), sobre las presiones sufridas por la empresa IST.

⁵ Vid. Sentencia del TJUE (STJUE) de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo).

⁶ Artículo 134.2 de la [Ley 33/2010](#), de creación de las SAGEP: el 50 % del capital se distribuirá proporcionalmente entre el número de titulares de licencias de prestación del servicio de manipulación de mercancías. El restante 50 % se distribuirá entre dichos titulares en función del grado de utilización temporal de la plantilla, medido en volumen de facturación.

- b) Por otra parte, el trabajo de la estiba tiene poco que ver con la estabilidad y continuidad de otros trabajos donde ha proliferado la subrogación de plantillas, si recordamos los ejemplos de la limpieza y la vigilancia de edificios.

Las personas estibadoras se movilizan al llegar un carguero al puerto, con horarios no siempre previsibles, tanto por el clima variable, como por los altibajos de las mareas. Tampoco es igual un portacontenedores 3E que un mercante clásico en cuanto al volumen a trasbordar. Por ende, parecería como si fuera imposible determinar objetivamente un número de personas operarias estable que pudiera considerarse fijo y transmisible. Digamos, por tanto, que la aparente heterogeneidad conserva un determinado compás o ritmo, que permite tanto la fijación de cuotas accionariales, como de cuotas de plantilla, en función de las necesidades de personal que acreditara la empresa estibadora. El Real Decreto-Ley 9/2019, artículo 4, suprime la referencia al capital detentado por cada estibadora, pues la obligación de pertenencia a las nuevas entidades intermediarias ha desaparecido, y deja a los convenios colectivos la determinación del criterio de asignación para las que abandonaran, o cuando hubieran optado por disolver la SAGEP, o cuando hubieran resuelto convertir la SAGEP en un CPE. Seguramente el criterio consistirá ahora en seguir el promedio de personas estibadoras utilizado por cada empresa en el año anterior a su salida, disolución o transformación.

A la altura de 2020, una vez transcurrido el periodo transitorio de 3 años concedido por el [Real Decreto-Ley 9/2019](#), ¿podemos continuar silenciando las fuertes analogías de las subrogaciones en la estiba con las sucesiones de plantilla tan conocidas, aceptadas y contempladas por la jurisprudencia del TS? ¿Cómo es posible que una resolución de la CNMC como la analizada mantenga la calificación de gravísimo atentado contra la libertad de contratación de las fórmulas comentadas? ¿Cómo puede ser que ignore el motivo por el que un convenio pueda obligar a todas las empresas y personas trabajadoras del sector, cual es el de venir apoyado por la mayoría de unas y otras a través de sus representaciones, y, en el caso de la estiba, por una mayoría superlativa de unas y otras? El argumento de que lo han negociado las empresas competidoras de quienes tienen que sufrir la subrogación no se sostiene porque todos deben atenerse a él.

2.2. La pretendida doctrina restrictiva de la Unión Europea

La [STJUE de 11 de diciembre de 2014 \(C-576/13\)](#), en el caso Comisión Europea contra Reino de España, configura otro pilar argumentativo en el texto de la [resolución de la CNMC](#), así como en los Reales Decretos-Leyes [8/2017](#) y [9/2019](#), al punto de que parece como si el Gobierno español se hubiera visto obligado a dictarlos por mandato del tribunal. Y ciertamente que su condena del sistema SAGEP es inequívoca, aun cuando muy limitada respecto a los aspectos rechazados como contrarios a la normativa europea: condena al modelo por algo tan etéreo como «hacer menos atractivo el ejercicio de la actividad portuaria a las

empresas comunitarias» en los puertos españoles, por la vía de imponerles cuatro obligaciones innecesarias y gravosas, que venían exigidas también a las empresas españolas: la obligación de pertenecer a las SAGEP del puerto donde operaran, la de financiarlas en proporción a sus gastos, la de contratar prioritariamente al personal de la misma y la de mantener como fijo al personal de ella que atendiera a un 25 % de la actividad permanente. Ese menor atractivo bastaba para considerar infringida la libertad *de establecimiento (sic)* de la Unión, pues el Estado español podía obtener los objetivos de interés general de la actividad portuaria con fórmulas menos restrictivas de las que citaba *ad exemplum* el uso de ETT.

Pero de lo anterior hay poco en las normas citadas y en la [resolución de la CNMC](#) que comentamos. En el caso de la última, sostiene que la Unión Europea condena al sistema español por alterar *la libre competencia*, no la libertad de establecimiento, para pasar muy por encima de la [Sentencia de 2014 \(resolución CNMC, pp. 16-17\)](#) y recalcar en argumentos, tomados preferentemente de la [Sentencia Albany de 21 de septiembre de 1999 \(C-67/96\)](#), para defender que la disposición adicional séptima viola tanto la legislación española, como la comunitaria, en materia de libertad de competencia ([resolución comentada](#), pp. 39 a 43, 49 y 50).

El punto de partida para la afirmación consiste en fijar dos asertos: uno, que la obligatoriedad de subrogación del personal de estiba fijada por convenio colectivo es contraria a la libre competencia; y dos, que el mero hecho de venir contemplada en un convenio colectivo no exceptúa a tal obligatoriedad de una condena por ilegalidad.

La primera afirmación la deriva tanto de la [Ley de defensa de la competencia](#), como del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), por impedir, restringir o falsear la competencia, y en verdad que una tal transmisión *ex convenio* podría considerarse como colusoria en la mayoría de los países europeos, donde la eficacia subjetiva de tales instrumentos abarca solo a las personas afiliadas, de donde un convenio no puede obligar a las no afiliadas, pues estaríamos ante pactos en perjuicio de terceras personas⁷; en España, sin embargo, un convenio obliga *per se* a todas las personas trabajadoras y empresas de su ámbito funcional siempre que las firmantes de aquel ostenten la mayoría de la representación en ambos bancos: como indica el [artículo 165.1 b\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), en la lesividad de los convenios «no se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación».

La segunda afirmación aparece más elaborada en la [resolución de la CNMC](#) cuando proclama tener el respaldo de la Unión Europea para su condena. Parte de que, si bien lo establecido en los convenios colectivos queda al margen de los mandatos de la libre competencia, no todo el contenido convencional se beneficia de esta salvaguarda, sino solo la parte más claramente perteneciente al marco laboral «como salarios y condiciones de trabajo», dentro

⁷ Como veremos a continuación, la [Sentencia Albany](#) y varias otras del TJUE contemplan convenios cuya eficacia ha sido extendida *erga omnes* por la autoridad laboral por reunir sus partes negociadoras una representatividad mayoritaria. De ahí que se interroguen si tal extensión administrativa se ajusta a los pedimentos de la libre competencia, lo que consideran afirmativamente.

de la cual no estaría obviamente la subrogación de plantillas. Es esta una parte bastante confusa de la resolución, pues acude a diversas fuentes comunitarias, en especial a las opiniones de la Comisión Europea, a la famosa [Sentencia Albany](#) y al [informe del abogado general Jacobs a la misma](#), y parece como si no hubiera uniformidad en los asertos de todos ellos.

La CNMC pretende demostrar que la Unión Europea otorga un trato privilegiado a los convenios colectivos, pero solo para lo que podríamos llamar «condiciones de trabajo directas», como el salario o las vacaciones, aunque solo encuentra esta limitación en la opinión de Jacobs, que ni siquiera consigue convencer al TJUE en el caso que informaba, Albany; un tema muy espinoso de un plan de pensiones declarado obligatorio para todo el sector textil holandés, ante la protesta de una empresa que cotizaba a un plan mejor. Jacobs, jurista de reconocido prestigio, defendía que la excepción para los convenios solo operaba respecto a las condiciones de trabajo, como hemos visto más arriba, pero de forma muy matizada: tales condiciones quedan absolutamente exceptuadas, mientras que las demás deben venir analizadas por las autoridades de la competencia para determinar si no hay soluciones menos agresivas que cumplan con los pedimentos de la libre elección⁸. La [Sentencia Albany](#) prefiere plantear desde el inicio que los objetivos de política social no pueden quedar comprometidos por la aplicación de la libre competencia, y analiza si la afiliación obligatoria al fondo de pensiones es elemento necesario, o no, para dichos objetivos, concluyendo afirmativamente (párr. 63), porque constituye un elemento del sistema neerlandés de protección social que contribuye a la gestión del servicio público de Seguridad Social⁹.

La CNMC debería haber leído con más atención la [Sentencia Albany](#), porque no solo ella declara exceptuada de las normas de competencia una obligación general de semejante tipo –el plan de pensiones sectorial–, con poco que ver con las condiciones de trabajo. Una amplia serie de sentencias del TJUE ha mantenido antes o después la misma opinión para planes de pensiones en otros sectores y países, como, por ejemplo, las Sentencias [Brentjens](#), [Laval und Partneri](#) o [Drijvende Bokken](#), y otras, por su parte, han declarado que la decisión de atenuar la «agresividad» del carácter forzoso mediante otras medidas más suaves compete a los Estados, como hacen las referidas a los casos [Duphar](#), [Poucet](#) y [Pistre](#) o [Sodemare](#), además de en [Albany](#).

Asimismo, la Comisión Europea, en sus alegaciones a la cuestión prejudicial planteada por la CNMC, se aleja de lo que esta entiende ser la doctrina europea en la materia, pues

⁸ Pero al cabo entendía en sus conclusiones que el plan de pensiones objeto del litigio quedaba también exceptuado. Toda la cuestión tiene más matices que omito por razón de la brevedad de este comentario, pero pueden verse *in extenso* en las páginas 189 a 198 de Ojeda Avilés, Antonio. (2019). *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos-Leyes 8/2017 y 9/2019*. Wolters Kluwer-La Ley.

⁹ En Países Bajos, como en Alemania y otros países, la generalidad de un convenio colectivo se obtiene mediante una «declaración de eficacia general» (*algemeenverbindlicherklärung*) del Gobierno a instancias de las organizaciones más representativas del sector. El sistema español de eficacia general, basado en la representatividad mayoritaria según las elecciones a representaciones unitarias, suscita un gran interés en otros países europeos en los últimos años.

recuerda las [conclusiones del abogado general Wahl en el asunto FNV Kunsten](#): pertenecen al núcleo de la negociación colectiva –y son, por ende, excluibles de los pedimentos de la libre competencia– cuestiones como el salario, la jornada, las vacaciones, las pensiones, los seguros médicos o la asistencia sanitaria; por el contrario, no pertenecen a ese núcleo y «deben sujetarse a la libre competencia las cuestiones que únicamente afectan a las condiciones de empleo o trabajo de forma indirecta, cuando lo acordado no produce un efecto inmediato y significativo en sus condiciones laborales o de trabajo».

La conclusión a la que llega la CNMC tras esos alegatos europeos causa sorpresa: no puede considerarse, afirma, que la subrogación convencional de plantillas tenga por objeto mejorar directamente las condiciones de trabajo de las personas estibadoras, sino que discrimina a unas frente a otras y a unas empresas frente a otras. Más adelante, y siguiendo siempre una parte de las afirmaciones del abogado general Jacobs, considera que el criterio determinante para exceptuar un contenido convencional de la libre competencia sería el ver si se refiere al contenido de la relación laboral entre empresas y personas trabajadoras, o si, por el contrario, va más allá «y afecta directamente a las relaciones entre empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores» ([resolución CNMC](#), p. 50).

La estiba tiene el estigma de la precariedad en las colocaciones, y el objetivo de las grandes movilizaciones en el pasado fue acabar con ella mediante la *decasualization* de los contratos breves y aleatorios, buscando la estabilidad en el empleo. Decir que el objetivo de la estabilidad en el empleo no pertenece al núcleo básico de lo laboral supone olvidar, por ejemplo, el gran bloque legislativo dedicado en nuestro país, como en tantos otros, a la protección contra el despido injustificado y las amplias cautelas del ET sobre los despidos por crisis.

2.3. La cuantía de la sanción por falta muy grave y su método de cálculo

En el apartado quinto de los fundamentos de derecho de la [resolución comentada](#), la Sala de Competencia de la CNMC procede a determinar el grado de incumplimiento con las normas de la competencia y la cuantía de la sanción. A su juicio, la estiba es una actividad capital para la competitividad de la economía española, y la infracción es susceptible de afectar a la totalidad del mercado de servicios en los puertos del Estado, lo que «se ha verificado» al imponer a las empresas salientes la obligación de subrogar a un número de personas trabajadoras en su plantilla, lo que las sitúa en desventaja competitiva frente a quienes no tuvieran vinculación con la SAGEP. También se han verificado, agrega, beneficios ilícitos de unas empresas estibadoras al uniformizar la conducta de todas las empresas competidoras en tema de mano de obra.

La sala concluye que debe confirmar la petición de la Dirección de Competencia al calificar como muy graves las conductas. Ahora bien: el único medio de prueba aportado, salvo

error u omisión, es el reiterado boicot sufrido por la única empresa estibadora que decidió excluirse de una SAGEP, a cuyas desventuras dedica la resolución varios apretados folios¹⁰. La resolución no aclara cómo viene realizado el proceso de obtener beneficios ilícitos por los firmantes de la disposición adicional séptima al uniformizar la conducta de todas las empresas, tanto propias como competidoras, y tampoco aclara por qué subrogar en plantilla a las personas trabajadoras que ya utilizaba la saliente cuando formaba parte de la SAGEP supone una desventaja competitiva.

Aunque directamente no afecta a la sanción contra la disposición adicional séptima del IV AME, es preciso recordar que el [V AME](#) –revisado tres veces por la CNMC y pendiente de registro y publicación– modifica el método de cálculo del personal a transferir a la empresa saliente, y en lugar de determinarlo conforme a la proporción de capital accionarial de ella en la SAGEP, habla de asumir el número de personas estibadoras vinculadas directamente a la actividad de la empresa estibadora, conforme al personal utilizado el año anterior por esa firma¹¹.

Respecto a la cuantía concreta de la sanción, la CNMC acude al [artículo 63.1 de la Ley de defensa de la competencia](#) para centrar el cálculo en el volumen de negocios total de la empresa infractora, sobre el cual puede aplicar hasta un 10 % como importe de la multa. Pero la patronal ANESCO y los sindicatos firmantes no son empresas mercantiles al uso. ¿Cómo determinar su volumen de negocio? Inicialmente, el importe de la multa se concretó en 6.190.000 euros para la patronal firmante, a UGT y CC. OO. 300.000 euros a cada una, a CIG 200.000, etc., lo que parece una abultada cuantía, indicativa de que pudieron tenerse en cuenta posiblemente parámetros referidos a los ingresos de las empresas afiliadas a la patronal, como si de un grupo de empresas se tratara. En el caso de los sindicatos, tal parece ser la consideración errónea utilizada, pues las multas se adecuan a la implantación nacional de los firmantes, y, por ejemplo, los de mayor multa recibida vienen a ser los afiliados a las confederaciones mayoritarias en el territorio nacional, mientras que el sindicato mayoritario en la estiba, la coordinadora, protagonista de la negociación, solo viene sancionada con 4.000 euros.

No todo está bien si bien acaba. La CNMC ha manifestado un amplio desconocimiento del significado de los convenios colectivos y del mundo laboral, y ha utilizado sesgadamente sentencias comunitarias que inequívocamente equilibran los principios mercantiles con los laborales en aplicación del derecho originario. Si se nos permite revisar doctrinalmente la base jurídica de la [resolución de septiembre de 2020](#), nuestra condena sería también benigna: leer de nuevo la [Sentencia Albany](#) y sacar conclusiones.

¹⁰ [Resolución de la CNMC](#) (pp. 31 a 36). No es fácil determinar ese empleo necesario, pues las personas estibadoras sirven al mismo tiempo a todas las empresas, y no a una sola, salvo el caso de autoprestación de la mercantil, que no entra en el caso. El [V AME](#) no lo aclara, aunque por el número de jornadas prestadas puede deducirse.

¹¹ Proyecto de [V AME](#), artículo 37.2, letra b). Se trata del concepto de «empleo necesario» acreditado respecto a la «empresa saliente». Agradecemos a FUNESPOR –Fundación de Estudios Portuarios– la disponibilidad del documento, aún no publicado en el BOE.



Libertad (económica) de competencia y derecho (social) a la negociación laboral: ¿hacia una autonomía colectiva «supertutelada» por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia?

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

Aunque en el plano comunitario el derecho social a la negociación colectiva laboral tiene el mismo rango jurídico que la libertad de competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sigue empeñada en subordinar el derecho social a la libertad económica. Con un celo especial, la autoridad reguladora de la competencia viene sometiendo a una férrea supervisión el ejercicio tanto del derecho a la negociación colectiva (IV y V Acuerdo Marco de la Estiba) como del derecho de huelga por los sindicatos del sector de la estiba portuaria. A tal fin está practicando una política de control y presión más propia de un poder de intimidación (autoritario) que de una institución democrática. En este análisis de actualidad se realiza una crítica jurídica a este tipo de prácticas por considerarlas injustificadas y desproporcionadas, por lo que vulnera la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, sin embargo, dice defender.

Palabras clave: libertad de competencia; negociación colectiva; derecho de huelga; estiba portuaria.

Fecha de entrada: 23-11-2020 / Fecha de aceptación: 23-11-2020

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). Libertad (económica) de competencia y derecho (social) a la negociación laboral: ¿hacia una autonomía colectiva «supertutelada» por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 185-206.



Antitrust law and the social right to labor bargaining: towards a collective autonomy «supervised» by the National Commission of Markets and Competency?

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

At the community level, the social right to collective labor bargaining has the same legal status as freedom of competition. But the National Market and Competition Commission insists on subordinating the social right to economic freedom. With extreme zeal, the competition regulatory authority has been subjecting to strict supervision the exercise of both the right to collective bargaining (IV and V framework agreement of the port stowage sector) as well as the right to strike by the unions of the sector of the dock work. The Commission is applying a policy of control and pressure more typical of a power of intimidation (authoritarian) than of a democratic institution. In this analysis of labor news, a legal criticism is made of this type of practice as it is considered unjustified and disproportionate, therefore it violates the jurisprudence of the European Court of Justice, which, however, it claims to defend.

Keywords: freedom of competency; collective bargaining; the right to strike; dock work; antitrust law.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). Antitrust law and the social right to labor bargaining: towards a collective autonomy «supervised» by the National Commission of Markets and Competency? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 185-206.





Sumario

1. Hecho inaudito: cláusula de sumisión expresa de la vigencia del convenio al criterio de la autoridad de la competencia
2. Una sumisión (servidumbre) no voluntaria, sino intimada: el *nula osta* de la CNMC evoca un control homologador e intimidatorio
3. ¿El «fuero» por el «huevo»? la inmunidad del convenio colectivo respecto de la libre competencia como norma de orden público laboral
4. El presupuesto erróneo de la CNMC: las cláusulas de subrogación sí son inherentes a la negociación colectiva como condición de estabilidad
 - 4.1. Centralidad de las «cláusulas subrogatorias» en los convenios para una economía de generalizada externalización (gestión indirecta del trabajo)
 - 4.2. Inherencia de los efectos restrictivos de las normas colectivas laborales en la libre competencia como condición de su carácter leal
5. De la fiscalización de mercado a la negociación a la intimación frente al derecho de huelga: ¿cautela frente al boicot o antisindicalidad?
6. Reflexión final: más competencia en los puertos, sí, pero con renglones rectos de derecho laboral

El error y el descrédito del liberalismo clásico provinieron de haber tenido por bandera el principio de no intervención [...]. Así, cuando [...] se opuso a la política social, por intervenir y limitar el mercado libre de trabajo, esta actitud del liberalismo era lo más antiliberal que cabe concebir, pues la legislación social no es más que el marco jurídico necesario para que funcione ese mecanismo central y esencial en todo sistema de economía libre, a saber: el engranaje natural entre libertad y responsabilidad, entre libertad económica y responsabilidad social.

V. Andrés Álvarez (*Libertad económica y responsabilidad social: diez estudios*)

1. Hecho inaudito: cláusula de sumisión expresa de la vigencia del convenio al criterio de la autoridad de la competencia

Pendiente de publicación, ha sido ya enviado para su registro y depósito, tras su firma, el –ciertamente dilatado y muy polémico– V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (V AME). Con él se ha pretendido tanto (1) adaptar la ordenación colectiva del sector de la estiba a la radical modificación legal impuesta para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13, dirigida a la liberalización económica y laboral de aquel sector de actividad, cuanto (2) pacificar la extremada conflictividad generada a propósito de este cambio de paradigma de gestión, por las resistencias a abandonar modelos y prácticas de otro tiempo (propios de un proteccionismo social acusado como respuesta, a su vez, a prácticas de precarización de épocas más antiguas). Buena prueba de este nuevo espíritu de «paz y armonía» entre los valores de la calidad en el empleo (estándar de trabajo portuario decente) y el de la libertad de competencia sería la cláusula suspensiva de la vigencia del convenio colectivo incluida por las partes firmantes en su escrito de remisión del acuerdo a la autoridad laboral. En virtud de tal condición suspensiva, el V AME: «no se considerará adoptado por las partes, no producirá ninguna clase de efectos y no entrará en vigor hasta que la CNMC [Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] no emita su análisis» (punto VII).

Por si no había quedado bien claro el significado y alcance de esta cláusula condicional, que somete la entrada en vigor de la norma colectiva a la decisión de autoridad reguladora mercantil propia de la CNMC, en el punto siguiente (VIII) se explicita. El acuerdo condicional tomado por las partes firmantes del convenio colectivo tiene los siguientes efectos –muy claros sin esta explicación redundante–:

- a) Si la valoración de la CNMC expresa «reservas sobre la compatibilidad con la normativa aplicable en materia de defensa de la competencia de alguna disposición del V AME, la condición suspensiva no se tendrá por cumplida». En consecuencia,

el **V AME** no entrará en vigor y las partes firmantes harán uso de las facultades previstas en su artículo 3 (poder de renegociación de las cláusulas afectadas por la reprobación o reserva de la autoridad).

- b) Si la CNMC da su conformidad, la condición se tendrá por cumplida y, en consecuencia, «se interesa expresamente que la autoridad laboral ordene la publicación del V AME».

La perplejidad del jurista y de la jurista del trabajo no puede ser mayor y más alarmante ante esta cláusula de sumisión expresa de un poder de regulación constitucional originario, la autonomía colectiva, ex **artículo 37** en relación con los artículos **7** y **28** de la Constitución española (CE), a un poder administrativo derivado, con lo que toda la doctrina (cuasi jurisdiccional) del Comité de Libertad Sindical sufre una conmoción. Primero porque la autoridad competente para instar –que no realizar directamente– el control de legalidad del convenio es la autoridad laboral (**art. 91 Estatuto de los Trabajadores –ET–**). El convenio de colaboración (2010) entre ambas autoridades administrativas, para facilitar la labor de la autoridad laboral respecto de materias económicas del convenio, no puede ser un juicio de conformidad previa, condición *sine qua non* para la vigencia. Segundo porque, en cualquier caso, la autonomía colectiva, en un sistema democrático de relaciones laborales, a diferencia del precedente autoritario, no puede someterse a ningún poder administrativo autorizador. Esta prohibición es inherente al principio de autonomía colectiva mismo y es una exigencia de los Convenios **87** y **98** de la Organización Internacional del Trabajo (**art. 10.2 CE**), como viene afirmando con contundencia la doctrina constitucional, desde su época gloriosa (Sentencia del Tribunal Constitucional –**STC– 11/1981, de 8 de abril**) hasta las más reciente, y devaluada (**STC 8/2015, de 22 de enero**).

Cierto, la CNMC no asume su mera condición de autoridad reguladora administrativo-mercantil. Por eso pretende para sí no solo un estatus de poder jurisdiccional, sino bastante más que eso. En realidad, sueña con crear, como «superregulador del mercado», una gran excepción al principio de la separación de poderes («muerte a Montesquieu»), aglutinando el poder ejecutivo (sancionador) y jurisdiccional (control de la legalidad), e incluso cierto papel de legislador negativo (capacidad para dejar inaplicadas las leyes que considere contrarias a la libertad de competencia).

Afortunadamente, tan magna ensoñación, contraria a los más elementales principios de un Estado de derecho, cuanto más si está presidido por los principios democrático y social (**art. 1.1 CE**), y que, sobre el altar de las razones de mercado, a las que todo se debe sacrificar, produce monstruos, ha sido abortada de raíz por el *praetor imperator* comunitario, el TJUE. La **STJUE de 16 de septiembre de 2020, asunto C-462/19**, inadmite la cuestión prejudicial planteada por la CNMC. Este mecanismo privilegiado de creación jurídica mediante diálogo entre órdenes y niveles jurisdiccionales nacionales con el TJUE no es para órganos administrativos. En la medida en que la CNMC lo es, queda excluida de inmediato de aquel selecto club de autoridades.

2. Una sumisión (servidumbre) no voluntaria, sino intimidada: el *nula osta* de la CNMC evoca un control homologador e intimidatorio

Pero no se ha resignado la CNMC con este revés (puesta en su sitio institucional del Estado) de la máxima autoridad jurisdiccional comunitaria, adalid de las libertades económicas, de forma especial de la libre competencia, siempre atendiendo a las razones imperiosas de interés general como la protección de las personas trabajadoras (de especial interés, la [STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15](#): considera contrario al derecho de la Unión Europea un sistema de autorización del despido colectivo, no en sí, sino si resulta excesivamente discrecional para la autoridad administrativa nacional). Aunque alberga dudas, evidenciando la debilidad de sus razonamientos jurídicos, ha terminado sancionando a los sujetos negociadores del IV AME, mediante su Resolución de 18 de septiembre de 2020 ([expte. S/DC/0619/17, Acuerdo Marco de la Estiba](#)), previamente [comentada por el profesor Antonio Ojeda](#), cuya crítica compartimos.

En lo sustancial, la CNMC, que había querido resolver sus dudas ante el TJUE preguntando no solo si el artículo 101 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE) prohíbe las cláusulas de los convenios sobre subrogación de las personas trabajadoras vinculadas con la Sociedad Anónima de Gestión de la Estiba Portuaria (SAGEP) por las empresas que se separan de ella y el modo en que se realiza, sino también si se opone a una ley ([RDL 9/2019](#)) que los ampara, pese a servir de armonización de condiciones comerciales, ve la luz tras la inadmisión. Y con ella aquella volvía (tras el –fallido– precedente de la [Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia –CNC– de 27 de marzo de 2012](#), anulada por la [Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN–, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de noviembre de 2013, rec. 240/2012](#)) a calificar estas cláusulas como infracción muy grave del derecho de la competencia ([art. 64 Ley de defensa de la competencia –LDC–](#)). ¿Por qué, si reconoce expresamente –por eso reivindicaba su estatus de órgano jurisdiccional, para liberarse del corsé legislativo– el aval del [Real Decreto-Ley 9/2019](#), lo que la haría atípica la conducta, o, en todo caso, justificada, en virtud del [artículo 4 de la LDC](#), estando, en todo caso, sometido a esa ley ex [artículos 9.1, 103 y 106](#) de la CE? Sus «razones» serían, básicamente, tres. A saber:

- a) Implica una limitación injustificada de la libertad de empresa «al establecer condiciones de subrogación que no cumplen las exigencias de transparencia, objetividad y equidad». Una triple condición exigida por el [artículo 4 del Real Decreto-Ley 9/2019](#) al mecanismo subrogatorio que habilita pactar, según los principios y garantías que informan el [artículo 44 del ET](#).
- b) Conlleva, además, por su modo de regulación, una condición de ejercicio, la intervención de la comisión paritaria del IV AME, que, por su composición (están representadas las competidoras de la empresa que debe asumir la subrogación) violaría dichos principios.
- c) Se ha aplicado, *de facto*, en el único caso de separación, de forma anticompetitiva, pues se realizó un boicot contra todo el grupo empresarial al que pertenece la empresa que ejerció su derecho. Consecuentemente, la regulación crea un

«efecto disuasorio» que, en la práctica, perpetúa las distorsiones del mercado (económico y de trabajo).

La propuesta de sanción (y, por tanto, como vamos a intentar acreditar, la intimidación a la autonomía colectiva del sector –y, en general, como «aviso a navegantes»–) se confirma así, pero con una muy destacada diferencia. Si aquella reclamaba 7.000.000 de euros de multa (millonaria para la patronal, centenares de miles de euros para los sindicatos más representativos estatales, decenas de miles para los más representativos autonómicos), esta se queda en «simbólica». Tan solo 77.000 euros (66.000 € para la patronal, ANESCO –Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Centros Portuarios de Empleo–; 11.000 para los sindicatos: 2.000 € para los estatales, 1.000 € para los autonómicos, 4.000 € para el mayor del sector –Confederación Española de Transporte de Mercancías, CETM–).

¿A qué se debe tal «magnanimidad» o benevolencia con la autonomía colectiva, pese a que la considera violadora de una norma fundamental de la competencia? Piénsese no ya solo en la abultadísima diferencia con la propuesta, sino con las sanciones aplicadas recientemente a estos mismos sindicatos en relación con el convenio colectivo (acuerdo Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba –SEED–, en vigor desde 1996, que se ha venido prorrogando año a año y que incluye acuerdos parciales de renovación en los años 2010 y 2013) que rige la estiba en el puerto de Vigo. La [Resolución de la CNMC de fecha 26 de julio de 2018 \(expte. S/DC/0596/16, estibadores de Vigo\)](#) les impone una sanción, por una infracción igualmente calificada como muy grave ex [artículo 64 de la LDC](#), y siguiendo los criterios de cuantificación «disuasoria» ex [artículo 63 de la LDC](#), de varios millones de euros a las empresas intervinientes en el acuerdo colectivo (va del mínimo de 42.412 a un máximo de 1.480.000 € para una de las empresas, pasando por otras de 490.000 o 700.000 €), así como de varios centenares de miles de euros para los sindicatos [170.000 para los estatales, 70.000 para la CIG –el sindicato autonómico gallego (Confederación Intersindical Galega)–, 20.000 para CGT (Confederación General del Trabajo) y 1.000 para CEEP-OEPV (Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios–Organización de Estibadores del Puerto de Vigo)]. ¿Qué han hecho en este caso tan grave como para determinar tan marcada diferencia sancionadora?

Realmente, no hay una diferencia de gravedad jurídica respecto de esta conducta calificada como anticompetitiva [en este caso se imputa al acuerdo, si bien respecto de otras cláusulas, bloquear o restringir la contratación por las empresas de personas trabajadoras ajenas a la SAGEP, eliminando toda autonomía contractual y organizativa de los operadores presentes en el mercado, con el consiguiente efecto de encarecimiento de los servicios complementarios a la estiba –alteración indebida del precio del servicio–, así como de garantía de uniformidad de su modo de prestación, y fundada sobre un precedente jurisprudencial a favor de su antijuridicidad –Sentencia del Tribunal Supremo (STS), [Sala 3.ª, de 8 de marzo de 2016, rec. 1666/2013](#), que confirma la resolución dictada por la CNC en el expte. 2805/07, empresas estibadoras–]. La diferencia está en la distinta actitud que habrían mostrado las personas encargadas de la interlocución social ante la «intimidación» (noción que utiliza de manera expresa la autoridad vigilante de las purezas de la competencia en todas sus resoluciones) que deben conllevar sus actuaciones en los destinatarios, aquí en la autonomía colectiva. En el caso que nos ocupa, la actitud «complaciente», «dócil» o adaptativa a los diversos requerimientos de la

todopoderosa CNMC se evidenciaría en la evolución del proceso de negociación del [V AME](#), y en su resultado en forma de nuevo acuerdo de regulación colectiva estatal de la estiba, porque:

[...] pone de manifiesto una clara voluntad de las partes de alcanzar un acuerdo que, cumpliendo con el legítimo objetivo de protección de los trabajadores [el lenguaje inclusivo de género falla también aquí], respete las exigencias normativas [...] de una competencia efectiva [...].

Ahora podemos comprender mejor el origen de la referida –inaudita y alarmante– cláusula de condicionalidad, sometiendo «voluntariamente» la vigencia del [V AME](#) a la conformidad de la CNMC, habiendo incluido previamente en sus redactados las «recomendaciones» de aquella. En consecuencia, parece igualmente claro que ese sometimiento no es tan «voluntario», sino que más bien resulta inducido, «intimidado», en la terminología de la CNMC. En esta resolución, como en [la relativa al puerto de Vigo](#), se incorpora el siguiente punto cuarto: «Intimar a las entidades infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente resolución».

Conforme a la RAE, una acepción de la palabra «intimar» (otra es establecer con una persona una amistad íntima –no parece que llegue a tanto este nuevo tiempo relacional entre los sujetos de la autonomía colectiva y la CNMC–) es «requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo». Aquí la presión intimidatoria es manifiesta, por lo desmedida que, para un sindicato, podría suponer una sanción de la CNMC, aunque esté en el ejercicio de sus derechos fundamentales, incluso, en estos tiempos, de índole comunitaria [art. 28 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE) –derecho a la negociación colectiva–, en relación con el principio social comunitario de mantenimiento del empleo –incluyendo la sucesión de plantilla, conforme a la jurisprudencia comunitaria en aplicación de la [Directiva 2001/23/CE](#), relativa a la transmisión de empresas–]. Una presión que, además, es continuada, proyectándose no solo en el momento regulador, sino en el de aplicación, pues siempre advierte expresamente de que seguirá «verificando no solo el proceso de redacción sino de ejecución del acuerdo que finalmente se alcance».

No, no es mera advertencia, sino que se lleva a la práctica, generando no solo un entorno de intimidación, sino de notable incertidumbre, tanto por lo provisional de sus criterios, siempre revisables, cuanto por la amplitud de su ejercicio. Respecto a esta provisionalidad, piénsese en la situación de inseguridad que genera el [Informe de la CNMC de 10 de noviembre de 2020 \(INF/CNMC/094/20, propuesta del V AME\)](#). En él, de un lado, guarda de «vincularse» («mojarse»), distinguiendo entre «función consultiva» (informe) y «función de vigilancia-sanción», a través de la instrucción de expediente (una vez desaparecido el régimen de autorización previa de los acuerdos restrictivos de la competencia). En el ejercicio de esta función debe tener en cuenta una serie de circunstancias concurrentes, «de hecho y de derecho», distintas y mayores de las que derivan del informe. Precisamente, en todas sus resoluciones sancionatorias, también en la relativa al IV AME, expresa que seguirá alerta o vigilante con el cumplimiento de los acuerdos. De otro, pese a valorar favorablemente el cambio de actitud de la autonomía colectiva y la aceptación de parte de sus «recomendaciones» y propuestas para resultar no solo neutral con la libre competencia, sino para favorecerla, advierte de

«riesgos de cláusulas anticompetitivas» en el **V AME**, pese a incluir las «autoevaluaciones de eficiencia» competitivas sugeridas. Y ello en la medida en que las mismas han de respetarse en todo el sistema de subrogación empresarial, no solo en el mecanismo de salida. Además, requeriría un análisis exhaustivo y *a posteriori* del balance final entre «efectos restrictivos de la competencia» (efectos anticompetitivos) y «efectos de eficiencia competitiva» (beneficios para la competencia de mercado), de modo que estos no pueden compensar «las eventuales deficiencias generadas» (pp. 8-9). Unos beneficios de mejora competitiva (valor de la eficiencia económica) que no pueden evaluarse solo desde el punto de vista «subjetivo de las partes», sino únicamente «objetivo», según la jurisprudencia del TJUE en esta materia y la posición de la Comisión Europea en la interpretación general del artículo 101 del **TFUE**. No sorprende, pues, la inquietud mostrada tanto por los sindicatos como por la **patronal** a raíz de este ambiguo informe, cuyo efecto de inseguridad jurídica sí que es nocivo a los efectos de la competitividad, porque retrae inversiones, tráfico portuario y alienta nueva conflictividad, al perturbar la paz social que implica la firma de un convenio largamente trabajado.

En suma, la CNMC no solo se arroga –sin amparo legal suficiente– el papel de autoridad de «súper-fiscalización» de la negociación colectiva, por encima de la autoridad laboral, a la que condiciona, sino que obliga a la regulación colectiva a primar valores económico-mercantiles, imponiéndose al equilibrio productivo-distributivo autónomo que realiza, por sí, la norma jurídica pactada por dos sujetos con intereses contrapuestos por definición. Pero no se frena aquí tampoco el efecto condicionante y de presión mercantilista sobre la autonomía colectiva, sino que el principio de autoridad líbero-competitiva se adentra en su dimensión de autotutela colectiva. Crecidas estas autoridades –no solo está la CNMC, también las autonómicas¹– con la posición de superioridad arbitral, se atreven incluso con esa misma presión de forma previa a ejercer el derecho de huelga. Es el caso de la convocada para el puerto de Bilbao –no ha sucedido lo mismo en la convocada para Valencia–. La Autoridad Vasca de la Competencia (AVC/LEA) emitió dos comunicados; el segundo (5 de octubre de 2020) incluso utiliza la sanción de la CNMC, pese a no ser firme, como prueba de fuerza (intimidación seria) de sus advertencias, ahora contra el boicot que entienden subyace a la referida convocatoria de huelga, esgrimiendo además el pretendido –tiene truco– aval jurisprudencial (**STS, Sala 3.ª, 1516/2018, de 19 de octubre**).

3. ¿El «fuero» por el «huevo»? la inmunidad del convenio colectivo respecto de la libre competencia como norma de orden público laboral

A luz de los datos anteriormente aportados, sintéticamente expresados, y de las elementales reglas jurídicas esgrimidas, queda evidenciada tanto la rabiosa actualidad de esta

¹ Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla y León, País Vasco, Extremadura y Andalucía cuentan con este tipo de autoridades reguladoras de la competencia. *Vid.* <https://www.cnmc.es/ca/node/232390>.

cuestión sociolaboral cuanto la profunda anomalía jurídico-social de este proceder de la autoridad de vigilancia de un juego libre de la competencia, en cuanto que no se limita a ser árbitra, sino que quiere hacer de «juez y parte» en el proceso, pese a que el TJUE le ha cortado tales ínfulas. En realidad, actúa de una forma tan celosa de la libre competencia en este ámbito que se extralimitaría de forma muy notable, tanto en el procedimiento como en el fondo, contradiciendo el propio sistema jurídico que dice vigilar y garantizar. Y, desde luego, quiebra por completo la protección reforzada que la autonomía colectiva (tanto en su faceta de negociación colectiva, como de derecho de huelga) tiene en nuestro sistema constitucional, pero también comunitario (art. 28 CDFUE), sin que el artículo 101 del TFUE pueda servir, según una consolidada jurisprudencia comunitaria ([doctrina Albany](#)), para su arrumbamiento, desarme u obstaculización, como ha pretendido soterradamente la CNMC, contrariada por el revés comunitario en su pretensión de ser autoridad jurisdiccional y, a su través, poder apartarse incluso de las leyes que considera incómodas u obstaculizadoras para el libre juego competitivo del mercado, también de trabajo.

Consciente, sin duda, tanto de lo arriesgado de su apuesta de autoridad, más típica de aquel desterrado modelo de autorización previa (para el sector de la competencia), e incluso de una homologación previa de los contenidos de los convenios colectivos (para el sector del control de legalidad de los convenios), evidenciándose con su pregunta –intencionada– al TJUE, cuanto del gran «miedo» que infunde en las partes negociadoras (hasta hace unos días apenas sindicatos y patronal querían hacer declaraciones sobre el Informe de la CNMC que somete la vigencia del [V AME](#) a la espada de Damocles de la CNMC), por lo desmesurado de sus sanciones, ha querido hallar una vía transaccional. Acepta reducir a simbólicas las sanciones («el huevo»), manteniendo todo el rigor de su juicio de antijuridicidad muy grave de su conducta anticompetitiva, a cambio de obtener la «adhesión» de la autonomía colectiva a sus postulados de libre mercado, con renuncia parcial al «fuero general de inmunidad» de la negociación colectiva respecto del artículo 101 del TFUE, según consagrara el TJUE, con carácter general en la [doctrina Albany](#) y para las reglas de subrogación empresarial la [doctrina Somoza Hermo](#). Con ello, las personas encargadas de la interlocución social incurren en un riesgo extremo de desnaturalización de la norma colectiva y de vaciamiento del valor práctico de la misma, sin que sea cierta la «ganancia» de esta «transacción de poderes reguladores» (recuérdese la ambigüedad de su [Informe sobre el V AME](#)). Pero, en cualquier caso, lo más importante es que tal «intercambio» sería antijurídico.

La posición jurídica de la autonomía colectiva es la de un poder constitucional originario ex artículos 7 y 28 de la CE, con una posición prevalente respecto de un poder derivado y de autoridad típica de la intervención público-administrativa, por cuanto también la CNMC está obligada a respetar la Constitución Social del Trabajo (nacional e internacional, también comunitaria). Ciertamente, es muy bien conocido que la autonomía colectiva es un poder limitado constitucional y legalmente y ha de respetar los márgenes que las leyes establecen, siempre que estas leyes, a su vez, respeten los «límites de los límites», esto es, los imperativos derivados de normas superiores (art. 85 ET en relación con los arts. 9.1, 10, 93 y 96 CE; [STC 58/1985, de 30 de abril](#)). Este marco legal incluye la LDC. Pero también, en tanto no sea declarada inválida, por inconstitucional o contraria al derecho de la Unión Europea, o inaplicable (como pretendía, frustradamente, la CNMC) la que habilita a introducir cláusulas de subrogación

([art. 4 RDL 9/2019](#)), sin que pueda presumir, ni juzgar de forma laxa, el incumplimiento de sus límites por la cláusula subrogatoria enjuiciada, ejerciendo un poder de control de legalidad previa, incluso un poder de jurisdicción cautelar frente al riesgo de cláusula anticompetitiva que no tiene fundamento jurídico. Desde luego no en el artículo 101 del [TFUE](#) ni en el [artículo 4 de la LDC](#), que eximen de tal control (inmunidad) al convenio, incluida su cláusula de subrogación para situaciones no constitutivas, de inicio, sucesión de empresa ex [artículo 44 del ET](#).

Esta tutela funcionalmente privilegiada o reforzada del derecho social de negociación colectiva sobre la libertad económica de competencia forma parte tanto del «orden público constitucional económico-laboral» como del «orden público comunitario socioeconómico» y, en consecuencia, no es irrenunciable para sus titulares, menos a través de decisiones de autoridad reguladora administrativa, aun autónoma. Como recordó la [STJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, FNV](#):

[...] el Tribunal de Justicia tiene declarado que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE (apdo. 23).

¿No lo sabe la CNMC? Sí, por supuesto; pero valora que, precisamente, ni por su «naturaleza» ni por su «objeto», la cláusula subrogatoria, incluso con fundamento legal específico como la del sector de la estiba, se incluye dentro de los acuerdos colectivos laborales (reguladores de condiciones de empleo y de trabajo), sino de los acuerdos colectivos de regulación económica (directamente reguladores del precio y del modo de prestación de servicios –aquí del sector de la estiba–). Por lo tanto, este tipo de cláusulas, al margen de cómo se denominen los acuerdos en que se integran, quedarían extramuros de la inmunidad frente al artículo 101.1 del [TFUE](#). De este modo, puesto que la regla general es la defensa de la libre competencia, la eventual restricción requeriría de una interpretación muy estricta, como la hecha. Pero ¿es correcta jurídicamente esta aseveración? A mi juicio, no.

4. El presupuesto erróneo de la CNMC: las cláusulas de subrogación sí son inherentes a la negociación colectiva como condición de estabilidad

4.1. Centralidad de las «cláusulas subrogatorias» en los convenios para una economía de generalizada externalización (gestión indirecta del trabajo)

La CNMC (su Sala de Competencia del Consejo de la CNMC) siempre (es muy previsible en sus razonamientos jurídicos, pues los utiliza casi a modo de cláusulas de estilo en todas las resoluciones de un mismo tipo) formula el siguiente alegato: la CNMC no cuestiona la negociación colectiva (es una obviedad, lo tiene prohibido), sino tan solo las cláusulas del

convenio que entiende no constituyen condiciones «*directamente*» laborales, sino solo indirecta o tangencialmente, resultando «*condiciones económicas*» (aquellas que fijan tanto el modelo de organización del servicio prestado, como factores que inciden en los precios y, por lo tanto, en las expectativas de beneficio –ventaja competitiva–). Su denuncia va, pues, solo contra las cláusulas convencionales que se resisten al impulso liberalizador dado por el TJUE y por las nuevas leyes al sector, que busca conseguir un sector portuario mucho más competitivo, «uniformando las condiciones comerciales de las empresas firmantes» y privando de la «libertad de contratación de trabajadores en materias» sin amparo legal a tal fin.

Desde esta perspectiva estrictamente mercantil, en lo que concierne al citado acuerdo del puerto de Vigo ([Resolución de 26 de julio de 2018](#)), la CNMC considera fraudulentas las cláusulas convencionales que limitan la libre contratación de personas trabajadoras para la prestación de servicios complementarios y la realización de carga y descarga de vehículos a motor sin matricular, al pretender eludir la ley que autoriza tal contratación sin las exigencias establecidas por las normas de los servicios de estiba. De este modo, el acuerdo de las empresas estibadoras de no competencia en este factor de contratación laboral concreto (barrera de entrada o acceso de empresas), con implicaciones negativas para la clientela final de los servicios portuarios (los productos importados y exportados se encarecerán por el mayor coste de estos servicios portuarios –incide en la política de costes de estas empresas–), tan solo tendría el nombre jurídico de convenio colectivo, pero ni su naturaleza ni su objetivo, pues materialmente «[oculta] un acuerdo de determinación uniforme de condiciones comerciales entre los competidores de manera contraria a las posibilidades ofrecidas por la normativa sectorial y generando, en consecuencia, una infracción de la competencia» (p. 39)².

Casi *mutatis mutandi*, pese a que se exige una valoración individualizada de las cláusulas y a la clarísima diferencia de naturaleza y objeto de la cláusula subrogatoria, sin perjuicio de que, como toda regulación laboral tiene efectos restrictivos de la libre competencia, en aras de otros valores, principios y derechos sociales igual –o más– prevalentemente fundamentales, la CNMC extiende esa calificación a las cláusulas propias de la subrogación en las relaciones de trabajo, considerándolas como pacto anticompetitivo. Sin embargo, la autoridad reguladora de la competencia orilla por completo no ya solo que este tipo de cláusulas están a la orden del día de la negociación colectiva desde hace varias décadas y se han convertido en una garantía fundamental para la estabilidad en el empleo de múltiples sectores de actividad y en situaciones en las que no es directamente aplicable el

² La SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de julio de 2012 (rec. 800/2009), habría avalado esta calificación por la –antigua– CNC en la Resolución de 24 de septiembre de 2009 (expte. 2805/07) y sería confirmada por la citada STS, Sala 3.ª, de 8 de marzo de 2016:

[...] en cuanto extiende su ámbito de aplicación tanto a empresas no dedicadas o relacionadas con la estiba, como a trabajadores que prestan servicios en otras empresas, y a actividades y labores complementarias a las de estiba y desestiba de buques, constituye una conducta potencialmente lesiva, por su objeto, de la libre competencia, que ha producido efectos reales sobre los competidores [...] al desincentivar que empresas no estibadoras entren en el mercado afectado, lo que habilita a la Comisión Nacional de la Competencia a aplicar el régimen sancionador contemplado en la Ley de defensa de la competencia [...] (FJ 2.º).

[artículo 44 del ET](#), sino que cuentan con un pleno aval de la jurisprudencia, tanto social como contenciosa, así como de la jurisprudencia comunitaria.

Al respecto, resulta extraordinariamente sorprendente que la CNMC invoque una doctrina del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), a su vez alegada por la Comisión Europea –la mayor campeona de la política de libre competencia en el seno de la Unión, incluso en detrimento de los objetivos de política social– en la cuestión prejudicial fallida que planteó ante el TJUE en este asunto (de nuevo vemos cómo la CNMC no puede «superar emocionalmente» –más bien en su «orgullo institucional»– la frustración del fracaso estrepitoso ante el TJUE y sigue aferrada, de un modo u otro, a su pretensión) y, en cambio, «olvide» la más mínima mención de la doctrina del TJUE que avala este tipo de cláusulas convencionales. En efecto, la [Sentencia del Tribunal de la AELC de 19 de abril de 2016, asunto E-14/15 \(caso Holship\)](#)³, concluyó que:

La excepción a las normas de competencia del EEE [Espacio Económico Europeo] aplicable a los convenios [...] no abarca la evaluación de la prioridad de una regla de enfrentamiento como la del caso de autos, ni el recurso al boicoteo contra un usuario del puerto a fin de obtener la aceptación de un convenio colectivo, cuando dicha aceptación entrañe que el usuario del puerto tenga que otorgar preferencia a la adquisición de servicios de carga y descarga prestados por otra empresa, [...] en lugar de recurrir a sus propios empleados para efectuar el mismo trabajo. [Y ello porque] puede tener un efecto disuasorio o incluso impedir el establecimiento de empresas de otros Estados del EEE y, por lo tanto, constituye una restricción a la libertad de establecimiento con arreglo al artículo 31 del Acuerdo EEE.

Dos son los argumentos principales que le interesa extraer de esta doctrina a la CNMC, como es obvio de forma extremadamente interesada, pero incorrecta jurídicamente. El primero, más teórico, se construye sobre un encuadramiento más que dudoso de las cláusulas subrogatorias dentro de las «normas colectivas no inherentes a la negociación colectiva laboral», porque no se dirigen a una «mejora directa de las condiciones de trabajo» de las personas trabajadoras (en el caso para el sector de la estiba). En otros términos, si bien existe un interés colectivo compartido entre empresas y representación laboral en su negociación colectiva, lo acordado «no produciría un efecto inmediato y significativo en sus condiciones laborales». Para intentar dar solvencia a una decisión tan sorprendente, e irrealista, desde un plano jurídico-laboral práctico, real, acude no a la doctrina del TJUE, que no explaya este concepto, sino a las [conclusiones del abogado general](#) en el asunto resuelto por la citada STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, FNV. Por lo que concierne al segundo, es evidente que lleva a cabo una valoración de la cláusula normativa, a la que incluso somete a un juicio de conformidad previa (cierto, a instancia de las partes, inducida, a su vez, por

³ La sentencia se produce a solicitud del Tribunal Supremo de Noruega (*Norges Høyesterett*) y con arreglo al artículo 34 del Acuerdo entre los Estados de la AELC sobre el establecimiento de un órgano de vigilancia y un tribunal de justicia, sobre la interpretación del Acuerdo sobre el EEE, y, en particular, de sus artículos 31, 53 y 54.

el temor que infunde el riesgo –peligro– seguro de una sanción voluminosa de no resultar del gusto de la CNMC) por una concreta práctica de boicot, confundiendo norma de eficacia general con aplicación práctica –ciertamente reprochable– en un caso concreto, tras el cual se habría producido un efecto disuasorio real en las demás potencialmente dispuestas.

En lo que concierne al primer argumento, resulta manifiesta su no pertinencia jurídica, en la medida en que el asunto ventilado en ese caso nada tiene que ver con la subrogación como una cláusula de empleo inherente o no a la negociación colectiva, sino sobre la condición subjetiva de las personas trabajadoras a favor de la cual se negociaba, de modo que si se trata de personas asalariadas se habla de «salario» y si se trata de personas autónomas, salvo «falsas autónomas», se trata de «precios» del servicio y, en consecuencia, de «acuerdos entre empresas». Por tanto, en vez de afrontar directamente la doctrina comunitaria sobre la cláusula concreta que enjuicia desde el punto de vista de la competencia en su relación con el punto de vista laboral, prefiere acoger una vía elíptica, elusiva, vaporosa, como es la distinción entre «condiciones directamente laborales» y «condiciones de empleo indirectamente laborales». Una distinción que, al margen de la genérica, y a mayor abundamiento, que realiza el abogado general, no ha sido desarrollada por el TJUE. En cambio, lo que sí ha hecho el TJUE es asumir plenamente el valor convencional de las cláusulas de subrogación empresarial y sus efectos de estabilidad en el empleo. Así sucede con la célebre –menos para la CNMC, que ni la menciona en su resolución– [STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17, Somoza Hermo](#), y que obligó a un cambio –rectificación– profundo por parte de la doctrina jurisprudencial social nacional. El resultado es una copiosa jurisprudencia que evidencia lo central de las cláusulas convencionales subrogatorias (por ejemplo, [STS 70/2020, de 28 de enero](#)).

La doctrina jurisprudencial comunitaria es cristalina al efecto. El artículo 1.1 de la [Directiva 2001/23/CE](#) debe interpretarse en el sentido de que resulta de aplicación a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios (en el caso de vigilancia de instalaciones) celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación:

[...] ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, *en virtud de un convenio colectivo*, de una parte esencial [...] del personal [...] siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

Justamente, entre sus argumentos para llegar a tal juicio avalador de la subrogación como contenido típico de un convenio, y frente a la alegación realizada por el Gobierno español del carácter convencional de la obligación subrogatoria, razona el TJUE:

[...] si bien el Gobierno español sostiene [...] que VINSa se vio obligada a hacerse cargo del personal [...] en virtud de un convenio colectivo, dicha circunstancia no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica. *Además, hay que subrayar que el objetivo perseguido por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23 y que este convenio colectivo regula expresamente*, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación [...] (véase, en este sentido, la STJCE de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, apartado 27) ([Sentencia Somoza Hermo](#), apdo. 38).

Atendiendo a esta consistente y consolidada doctrina jurisprudencial, parece claro que la premisa de la que parte la CNMC al enjuiciar, desde el prisma de la competencia, esta cláusula es errada, en la medida en que constituyen elementos esenciales, inherentes, a buena parte de los convenios colectivos de sector de nuestro tiempo, en los que la externalización de actividad económica y la constante sucesión entre las empresas que las ejecutan se han generalizado, es decir, se han normalizado. Y la experiencia enseña que estas prácticas son determinantes para el estatuto de condiciones de empleo y de trabajo de las personas trabajadoras, pues surgieron, justamente, para evitar los procesos de inestabilidad y precarización subsiguientes a procesos de sucesión en los que no se entendía directamente aplicable la garantía del [artículo 44 del ET](#). Para dar consistencia práctica a esta afirmación baste traer a colación la situación resuelta por la [STS 148/2020, de 18 de febrero](#) (la no aplicación de la cláusula subrogatoria a raíz del incumplimiento de las obligaciones informativas –garantía de transparencia– no impidió la contratación de todas las personas trabajadoras de la empresa saliente por la entrante, pero sí determinó condiciones de empleo y de trabajo diferentes y peyorativas respecto de las que hubieran correspondido de cumplirse adecuadamente las obligaciones de transparencia informativa convencionales).

El irrealismo, o la ceguera mercantilista, del juicio de la CNMC son extremos, porque son legión las decisiones jurisprudenciales que evidencian la gran importancia de estas cláusulas en la negociación colectiva de nuestro tiempo para los derechos de estabilidad en el empleo. Basta con citar la [STS 92/2020, de 31 de enero](#), que, para el sector de *contact center*, concluye que la contratista entrante ha incumplido los criterios de selección convencionales, haciendo tabla rasa del criterio de antigüedad (50 % de la puntuación total en el proceso de selección), con un efecto importante laboral, nada menos que un despido injustificado. Así:

[...] el incumplimiento por la empresa entrante de los criterios por los que debe regirse la selección del personal de la empresa saliente [...] entraña un manifiesto fraude de ley tendente a perjudicar a los trabajadores de superior antigüedad en el servicio y determina una injustificada pérdida del derecho [...] a conservar su puesto [...] y ser subrogados por la nueva adjudicataria en todos sus derechos y obligaciones, incluida la antigüedad adquirida a todos los efectos [...] (FJ 3.º).

Esta conclusión jurídica y su fundamentación en una jurisprudencia social consolidada, con el aval del TJUE –incluso inducida por él–, así como desde una valoración realista, práctica, de estas cláusulas, debería servir para evidenciar el error de la CNMC y anular su sanción por las cláusulas subrogatorias del IV –y V– AME. Ni estas cláusulas son un «acuerdo entre empresas» en sentido estricto, como afirma la CNMC, ni superan el ámbito de la negociación colectiva. De este modo, o bien se entiende que, por su naturaleza y por su objeto, la cláusula subrogatoria de la estiba queda exenta del juicio de conformidad competitiva, al quedar extramuros del artículo 101 del [TFUE](#), o bien se valora que, aun incluida dentro de él, concurre una justificación legal de la restricción ex [artículo 4 de la LDC](#), por lo que no procedería la sanción⁴.

⁴ Para un interesante debate sobre la diferencia práctica de una opción u otra está la [STS, Sala 3.ª, 955/2019, de 1 de julio](#) (excluye del juicio de competencia al servicio de asistencia de turno de oficio por

4.2. Inherencia de los efectos restrictivos de las normas colectivas laborales en la libre competencia como condición de su carácter leal

Pese a la claridad y contundencia de esta razón jurídico-laboral y comunitaria, aunque cabría esgrimir, como hace la CNMC, que la ley habilitadora no da una patente de curso –lógicamente, otra obviedad– a los convenios colectivos para introducir cualquier cláusula de subrogación, sino que le pone condiciones, los efectos restrictivos de la competencia inherentes a estas normas deben respetar ciertas reglas de procedimiento y de fondo. De hecho, recuerda que son tres: transparencia, objetividad y equidad.

La CNMC afirma –más bien desde un juicio apriorístico que desde un razonamiento preciso– que la cláusula de subrogación del IV AME implica una distorsión de la competencia, porque ni es necesaria ni es proporcionada: iría más allá de las medidas de garantía de estabilidad en el empleo habilitadas por la legislación actual, obstaculizando la transición desde el régimen derogado hacia un contexto de libre competencia. Los condicionantes procedimentales fijados en el régimen de subrogación (acuerdos de modificación del IV AME), así como la práctica (insiste la CNMC en valorar la legalidad de la cláusula por el modo en que se ha ejercido, lo que supone confundir el deber ser normativo con el ser particular), constituirían una discriminación de quienes pretenden ejercer su derecho de separación de la SAGEP, porque no solo obstaculizaría su ejercicio, en sí, sino que su aplicación ha disuadido a los demás de ejercerlo. De ahí, concluye –insistiendo «erre que erre»– en la ausencia de justificación jurídica ex [artículo 4 de la LDC](#) (la excepción de conductas exentas por ley –recuérdese que como cláusula convencional colectiva laboral debería estar excluida por sí misma, al margen de la habilitación legal específica, por mor de la interpretación comunitaria del art. 101 [TFUE](#), por lo que son dos supuestos distintos⁵). En las leyes habilitadoras se «establece un régimen transitorio que vela por el mantenimiento del empleo, pero no ampara la subrogación forzosa, que, además, no está basada en criterios que respondan a los principios de transparencia, objetividad y equidad» (según el [art. 4.2 RDL 9/2019](#)).

Cómo no, para reforzar este argumento, vuelve la CNMC a la «nostalgia» por su «cuestión prejudicial perdida» y recuerda que la Comisión Europea interpreta que tal norma nacional ni impone ni exige cláusulas de este tipo, manteniéndose en un espacio de autonomía colectiva

obedecer a un derecho social fundamental ex [art. 24 CE](#) en relación con el [art. 1.1 CE](#), por lo que anula la sanción establecida –tan voraz es la CNMC que incluso este servicio quería someterlo a competencia–, y su razonado voto particular (sí considera este servicio incluido en el juicio ex [art. 1 LDC](#), pero justifica sus efectos restrictivos por tener fundamento legal ex [art. 4 LDC](#)).

⁵ Para el entendimiento de esta excepción, sobre la base de una comprensión amplia, no tan estricta como sostiene la CNMC, pues prima una lectura finalista –la voluntad legal de excluir esos acuerdos del juicio de competencia, aunque sea consciente de los efectos restrictivos de la misma, primando el valor social defendido por la ley de habilitación–, no modal –ajustarse estrictamente al cauce establecido en la ley de exclusión–, *vid.* [STS, Sala 3.ª, 1833/2016, de 18 de julio](#).

que, en función del modo de ejercicio, podría o no vulnerar el artículo 101 del **TFUE**. Y el elegido sería contrario –no explica realmente por qué, pues todo su esfuerzo argumental se ha dirigido hacia el rechazo de su condición de norma laboral pactada directamente dirigida a la mejora de las condiciones de empleo y de trabajo, condición para la inmunidad de la **Sentencia Albany**– a tal precepto, siendo culpables incluso quienes no lo firman (por ejemplo, ELA), pues:

[...] se debió exclusivamente a razones de política sindical de carácter territorial, ajenas por completo al contenido material de lo pactado en la citada reunión, en la cual [...] manifestaron expresamente su plena conformidad con el contenido de la disposición adicional 7.^a incorporada al IV acuerdo (punto 4).

Esto es, se sanciona incluso –evidenciando la óptica de terror jurídico que imprime su vista facultad de intimar el cumplimiento hacia el futuro– el pensamiento conforme, aunque no quede plasmado en conductas (firma del convenio). Además de seguir obviando la dimensión legal laboral del asunto, que no prescinde de la condición de respeto de la competencia, de ahí la llamada a estos principios típicos del derecho económico contractual, pero requiere ponderarla con la garantía de «un marco laboral que asegure tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio [...] como la protección de los trabajadores», sigue evidenciándose la visión sesgada, o deficiente, que la CNMC tiene de la negociación colectiva. Si ni en el plano de la tipicidad ni en el de la antijuridicidad tiene en cuenta el sentido y alcance laboral de las cláusulas subrogatorias, identificando un pretendido ilícito competencial de forma abstracta –puede servir para este tipo de cláusula o de cualquier otra–, cuando en el plano procedimental reprocha la intervención de la comisión paritaria, por su composición, pasa también por alto que la misma obedece más bien a la eficacia general de norma jurídica que en nuestro derecho tienen los convenios colectivos.

En realidad, aquí reside todo el problema central de disconformidad de la actuación tenida y mantenida por la CNMC en este ámbito. Infravalora, cuando no ignora, deliberadamente, que estamos ante un poder de regulación constitucional originario –ni siquiera precisa la citada habilitación legal del derecho derivado– y ante un producto suyo estrictamente normativo. Desde esta perspectiva, sujetarlo a un control de legalidad como si de un puro acto contractual (enfaticando esa dimensión frente a la normativa, en su típica naturaleza mixta) se tratara y bajo un poder administrativo sancionador, concebido de forma intimidatoria y preventivo-disuasoria, en vez de bajo el control jurisdiccional de legalidad previsto (**art. 91 ET**), distorsiona totalmente todo el procedimiento. Hasta el punto de que, fuera de la cuestión práctica (parece claro que se ejerció una presión, a su vez, excesiva sobre la única empresa que evidenció su voluntad de un ejercicio del derecho de separación, extendiéndose el boicot a todo el grupo empresarial), pero que no puede mezclarse en términos jurídicos (sería tanto como entender inválidas –otra cosa será el juicio de eficacia, incluso de efectividad– las normas de protección laboral porque son continuamente defraudadas), las imputaciones de la CNMC, en este caso, son evanescentes.

Desde esta perspectiva más realista, lo que la CNMC está cuestionando son los efectos de restricción de la competencia que tienen estas típicas normas laborales subrogatorias,

como las tienen otras, pero que se justificarían no solo por su valor social, sino por su valor económico. En última instancia, como evidencia una experiencia inveterada y copiosa en esta materia, muy a menudo el objetivo de estas normas es reducir la condición puramente liberal del principio de la competencia para que resulte leal. Una condición que se recoge también en el artículo 151 del [TFUE](#).

Desde luego, ese efecto restrictivo en aras de un modo de competencia más leal lo hallamos en toda cláusula de subrogación. Los ejemplos se podrían multiplicar. Piénsese, por ejemplo, en los convenios que obligan a la subrogación, incluso «independientemente de que el servicio se haya visto reducido en la nueva adjudicación a la empresa contratista entrante», con lo que implica de restricción de la libertad de empresa (su legitimidad, si bien excluye su aplicación cuando un centro de trabajo no forme parte de lo adjudicado, en la [STS 744/2020, de 9 de septiembre](#)). O en preceptos como el [artículo 130 de la Ley de contratos del sector público](#) (LCSP), que hacen de las normas colectivas la fuente típica de las obligaciones de subrogación –distintas, pero convergentes, con la sucesión de empresa ex [art. 44 ET](#)–, afectando también a empresas y colectivos de personas trabajadoras que, si se atiende solo al libre juego de la competencia, quedarían fuera (por ejemplo, Centros Especiales de Empleo, y, por tanto, para las personas con discapacidad: la [STS 667/2020, de 16 de julio](#), descarta su aplicación a un proceso selectivo de personal para la prestación del servicio telefónico de cita previa de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, solo por razones temporales, por no estar en vigor todavía el [art. 130 LCSP](#)).

Si salimos del ámbito de las cláusulas de subrogación para referir a otras condiciones de gran relieve laboral, pero determinantes del modelo de organización de servicios, hallaremos efectos restrictivos de la libre competencia en aras de su ejercicio leal análogos. Sería el caso, entre los más típicos, y de mayor conflictividad en su día (antes del convenio estatal, que ya va por su [VI edición](#), y de la trasposición de la [Directiva 2008/104/CE](#)) de las empresas de trabajo temporal (ETT). Implicando la sola existencia del convenio estatal una reordenación de todo el sector, con efectos excluyentes de ETT basadas en modelos de ventaja competitiva atentos solo al precio, no en ciertos derechos de calidad en el empleo, la ley nacional ([disp. adic. cuarta](#)) y la [directiva](#) (art. 4.1) asumen expresamente la legitimidad de las prohibiciones o limitaciones de contratar mediante ETT, por ley o por convenio colectivo, cuando se justifican por razones de protección laboral, así como para «garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar abusos» (sobre el alcance de estas limitaciones, *vid.* SSTJUE de [17 de marzo de 2015, asunto C-533/13](#), y [14 de octubre de 2020, asunto C-681/18](#))⁶. Un tipo de conflictos estrictamente sociolaborales asociados de forma directa e inmediata con cuestiones de libre, pero leal, competencia

⁶ Por su importancia, esta última será comentada, en relación con la [STS 728/2020, de 30 de julio](#), y su voto particular de fondo (el voto mayoritario excluye la modalidad de contratación laboral fija discontinua para las ETT, el minoritario la incluye, con los efectos de protección por desempleo que de ello derivaría), en el número de enero/2021 de esta revista, a cargo del profesor Ignacio González del Rey.

que ahora se traslada a un sector de actividad «alternativo» –no sé si lealmente– a las ETT: las empresas multiservicios.

Precisamente, la [STS 438/2020, de 11 de junio](#) (que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 12/2018, de 23 de octubre; [comentada](#) de forma muy sugerente en el número de octubre/2020 de esta revista por la profesora Margarita Miñarro), al justificar por qué ahora asume como criterio de determinación del convenio aplicable, en ausencia de convenio propio de empresa multiservicios, no el que ha venido utilizando habitualmente (el de la actividad prevalente de la empresa), sino el propio de la actividad efectivamente realizada por la persona trabajadora, razona que:

Con esta solución [...] no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

En suma, junto al principio clásico de primacía de la realidad, se reclaman las reglas de la competencia, pero no meramente libre, sino leal, para exigir unos estándares sociolaborales que, por sus efectos, precisamente de homogeneización sectorial, eviten las tentaciones, y las prácticas, de *dumping* social. Es importante esta mención porque, como hemos visto, la CNMC les reprocha a todas estas normas convencionales, por pretendidamente anticompetitivas, una «función homogeneizadora de mercado» que, sin embargo, la jurisprudencia social considera un valor de economía social de mercado, además de protección laboral. Del mismo modo que, si desde la perspectiva de la libre competencia cláusulas convencionales relativas a la definición de su ámbito funcional en términos expansivos, como las del [artículo 4 del Convenio estatal del sector de hostelería](#), que incluye también los servicios de reparto de comida por «las plataformas digitales o a través de las mismas», serían restrictivas de la competencia, desde la perspectiva jurídico-laboral sería una opción absolutamente legítima, como forma de prevenir situaciones de precariedad –en el caso digital–, más porque estamos en un ámbito de personas «falsas autónomas» ([STS 805/2020, de 25 de septiembre](#) –asunto personas repartidoras de Glovo–).

El TJUE es inequívoco ([asunto FNV](#)). Las cláusulas de los convenios concluidos por las organizaciones de personas trabajadoras, «pero en nombre y por cuenta de los prestadores autónomos de servicios» que se integran en ellos, «no son negociación colectiva que tenga lugar entre interlocutores sociales y, en razón de su naturaleza, no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1» (apdo. 30). No obstante, sí quedarían excluidas de este tipo de controles cuando se trate de personas falsas autónomas –en situación comparable a la de las personas trabajadoras asalariadas– (apdo. 31). Eso sí: «en las circunstancias económicas actuales no [...] es fácil determinar si determinados prestadores autónomos [...] son o no empresas» (apdo. 32).

5. De la fiscalización de mercado a la negociación a la intimación frente al derecho de huelga: ¿cautela frente al boicot o antisindicalidad?

Crecidas con una sanción no firme de la CNMC y, como vemos, de débil fundamento jurídico, ya evidenciamos cómo otras autoridades reguladoras de la competencia autonómica, como la AVC/LEA, han decidido tensar más la cuerda frente al ejercicio del poder de autonomía colectiva, llevando la presión intimatoria ahora al propio derecho de huelga. Las sucesivas convocatorias de huelga en el puerto de Bilbao han determinado también sendos comunicados (28 de julio de 2020 y 5 de octubre de 2020) de la AVC/LEA, en los que se alerta de la posible extralimitación de los convocantes respecto de su derecho de huelga, para invadir los dominios bajo «jurisdicción» de las autoridades de la competencia, entre otras cosas porque se desbordaría el sector de la estiba, para afectar a otros servicios comerciales y, en consecuencia, a personas trabajadoras que están fuera del sector, «lo que puede tener importantes implicaciones desde el punto de vista de la competencia». En consecuencia, inquiere (p. 6), más bien conmina, a la acción sindical a restringir su actuación a la mera defensa de las condiciones de trabajo, sin ir más allá, so pena de ser sometida a un nuevo procedimiento sancionador por afectar a un tipo de «cuestiones que pueden impedir, restringir o falsear la competencia en el puerto de interés general de Bilbao».

Una vez más, se impone un «control administrativo preventivo» frente al ejercicio de un derecho social fundamental, exhibiendo una suerte de «poder de jurisdicción cautelar» arrojado para sí por las autoridades de la competencia a favor de la evitación de restricciones de la libertad de competencia que, sin embargo, carece de fundamento legal serio y pone en riesgo la efectividad del derecho fundamental. A fin de crear una apariencia de aval judicial al ejercicio de este poder de control-intimación administrativo previo, se citan precedentes que habrían tenido confirmación judicial. Sin embargo, de nuevo, se hace una llamada algo «tramposa», por cuanto se silencia, deliberadamente, que se trata de unas situaciones muy diferentes a las que motivan los actuales comunicados, pues el boicot sancionado por la jurisprudencia contenciosa nacional (al igual que vimos para la [Sentencia del Tribunal de la AELC de 19 de abril de 2016, E-14/15, asunto Holship](#)) lo fue basándose en la no exención del juicio de conformidad al artículo 101 del TFUE de los acuerdos (recomendaciones colectivas) adoptados por asociaciones integradas por personas trabajadoras autónomas (transportistas del puerto de Bilbao). Así lo confirma la [STS, Sala 3.ª, 1516/2018, de 19 de octubre](#), que estimó el recurso de la AVC frente a la sentencia de instancia que entendió legítimo el acuerdo por tratarse de un ámbito de representación profesional.

Dejando de lado la diferente comprensión que de este tema tiene la [Carta Social Europea](#) (en virtud de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales), que reconoce este tipo de derechos colectivos también a las personas trabajadoras autónomas (para el derecho a la libertad sindical de las personas socias de cooperativas de trabajo asociado, de interés la [STS 347/2019, de 8 de mayo](#)), y el derecho de la Unión Europea (en virtud de

la jurisprudencia citada del TJUE), lo que ahora interesa reseñar es que la Sala 3.^a del TS fundamenta el aval que da a la sanción de la AVC no por considerar violado el derecho de huelga, sino porque:

[...] sin perjuicio de las singularidades [...] de cada caso, [...] la protección dispensada por el derecho de asociación (art. 22 de la CE) no abarca las conductas o recomendaciones colectivas de las asociaciones, incluso las adoptadas en defensa de los intereses profesionales de sus asociados, cuando por su contenido, por quien la efectúa y por su difusión, tienen por objeto propiciar una pauta común de comportamiento [...] que pueda considerarse contrario a la competencia (FJ 3.º).

En suma, se legitima un control de la autoridad de la competencia porque procede de una acción profesional autónoma, sometida al artículo 101 del [TFUE](#). Frente al TS, que distingue, la AVC lleva a la confusión, a fin de infundir más «intimidación» al sujeto sindical, con el ejercicio de un poder de «jurisdicción cautelar» que solo los tribunales –y con mucha prudencia– tienen. Carecen de él las autoridades administrativas de la competencia, pues contrariaría las más elementales reglas internacionales y constitucionales en materia ([STC 11/1981, de 8 de abril](#)). A mi juicio, este uso –deliberadamente– confuso tiene el efecto de una intimidación, pues no se trata de una mera información, sino que «oculta datos» trascendentes, por lo que la autoridad de la competencia falta a su deber de comunicación de buena fe, para ejercer una forma de presión que, no por sutil, resulta justificada. La jurisprudencia social reprueba, por intimidatorios, estos comunicados (en los que las empresas mandan cartas donde narran los efectos negativos para las personas trabajadoras de seguir la convocatoria), por su efecto de presión disuasoria de la huelga (por ejemplo, SSTS de [12 de febrero de 2013, rec. 254/2011](#), y [18 de julio de 2014, rec. 11/2013](#)).

6. Reflexión final: más competencia en los puertos, sí, pero con renglones rectos de derecho laboral

La CNMC ha sufrido una gran decepción con el TJUE. Este le ha negado su pretensión de ser «juez y parte» en los procesos sancionadores de su «jurisdicción». Pero ese revés no ha refrenado sus ínfulas de convertirse en la gran fiscalizadora de la autonomía colectiva cuando considere que puede restringir la libre competencia. Y, en principio, lo ha conseguido. Los sujetos sindicales del sector de la estiba le han reconocido ese papel, condicionando la vigencia del [V AME](#) a la decisión de autoridad administrativa de la competencia, determinando la de la propia autoridad laboral.

Pero no solo. También habría conseguido que un buen número de preceptos convencionales se escriban bajo redactados y con un espíritu claramente de eficiencia mercantil. Sin poder ahora entrar en ello (el citado [Informe de la CNMC sobre la propuesta de V AME](#)

ilustra bien lo que se quiere decir), bastará con un ejemplo. El artículo 37.1, párrafo segundo, relativo a la «obligación convencional de recolocación», se expresa así, evidenciando la colonización mercantil:

A los efectos de determinar el personal del CPE [Centro Portuario de Empleo] afectado, la empresa estibadora saliente y la dirección del CPE realizarán la autoevaluación de las eficiencias de la recolocación del personal para las partes y las necesidades del personal vinculadas directamente a tal actividad, de tal manera que la contratación directa e integración en su plantilla se limite al personal que resulte necesario [...]. En caso de discrepancia [...] se encargará a un tercero independiente [...].

¿Y qué sucede en los casos en que la autoevaluación de eficiencia o el informe realizado por una tercera persona independiente no acrediten las eficiencias de recolocación del personal? Se exime de la obligación de subrogación. Por lo tanto, la norma convencional reconoce el primado de la eficiencia de mercado sobre la seguridad en el empleo. ¿Está satisfecha la CNMC? No. Las eficiencias son un imperativo voraz. Por eso, la CNMC, como también se anticipó, considera que siguen existiendo riesgos de ineficiencias y obstaculización de la competencia. Además de que, siguiendo a la Comisión en sus directrices sobre la aplicación del artículo 81.3 del tratado (actual art. 101.3 [TFUE](#)): «49. Únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos. [...] las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes [...]».

Pero, más aún. Ilustrando la carrera sin fin que es el imperativo de mercado dejado a «sus leyes», recuerda que «la identificación de eficiencias es solamente una de las cuatro condiciones que deben verificarse de modo cumulativo para que un acuerdo restrictivo de la competencia sea admisible». En definitiva, el lenguaje y las condiciones son económicas, no sociales. Se invierte, así, el orden de valores constitucionales, también comunitarios. Resulta, pues, jurídicamente inasumible, al subordinar lo social a lo mercantil. El dislate jurídico-social puede ser mayor. El deseo de tutelaje mercantil se ha extendido a la autotutela colectiva, al derecho de huelga, tanto que incluso parece querer imponérsele una suerte de «autoevaluación cautelar de eventuales daños al mercado» en la convocatoria misma de huelga. Un despropósito.

Afortunadamente, los sindicatos no han aceptado el trueque del «huevo» por el «fuero» y han recurrido. Confiemos en que la jurisdicción contenciosa esté a la altura y pueda reponer las cosas en su sitio, ubicando a cada autoridad en su lugar, sin que la CNMC se desborde en sus «horizontes de grandeza» como una autoridad reguladora por encima de todas las demás, ni de la misma ley (como pretendió, pero el TJUE le negó) ni de la negociación colectiva. Veremos.

Libertad de crítica de la persona trabajadora como derecho de alerta: de la lucha contra la corrupción a la protección medioambiental

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de octubre de 2020 \(Goryaynova vs. Ukraine\)](#)

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaime I*

1. Marco normativo: de la libertad de expresión al derecho a la denuncia social

Entre los llamados «derechos de primera generación», la libertad de expresión ocupa un lugar muy especial en todo sistema democrático y social. Así lo evidencia el reconocimiento y garantía como derecho civil humano fundamental en el [Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales](#) (CEDH). Así, su artículo 10 reconoce a «toda persona» el derecho a la libertad de expresión. A diferencia de la división constitucional ex [artículo 20 de la Constitución española](#) (CE), el CEDH integra en el derecho a la libertad de expresión dos libertades de índole comunicativa: la libertad de opinión (libertad de expresión propiamente) y la libertad de recibir o de comunicar informaciones (libertad de información) o ideas, prohibiendo todo tipo de injerencia de las autoridades y sin consideración de fronteras. En suma, no solo es un derecho inherente a la dignidad humana, sino una garantía del principio pluralista de las sociedades democráticas.

Como todo derecho humano fundamental, no es absoluto, sino que, con carácter general, se establece una serie de condicionantes prácticos. Así, según dispone el artículo 10.2 del CEDH:

[...] el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones,

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2020). Libertad de crítica de la persona trabajadora como derecho de alerta: de la lucha contra la corrupción a la protección medioambiental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de octubre de 2020 (Goryaynova vs. Ukraine). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 207-215.

previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

A la vista de este amplio elenco de límites al ejercicio de la libertad de expresión, podría considerarse que se confronta un derecho de autodeterminación comunicativa de la persona frente al bien colectivo del respeto al prójimo, a la «autoridad» y la «seguridad pública» –«defensa del orden», la «prevención del delito»–, que explicaría la tentación de los Estados, incluso democráticos, de poner límites en aras de –pretendidos– valores superiores de la comunidad. En todo caso, las eventuales limitaciones deben hacerse por ley –lo que choca con la reciente [Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre](#), por la que se publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional– y deben ser «necesarias», pues la preferencia es de la libertad individual, que debe ser interpretada de forma expansiva o extensiva.

Con todo, en la sociedad actual, la libertad de expresión, en particular, y las libertades comunicativas individuales –también colectivas o de grupo–, en general, se revelan como una imprescindible garantía de protección que juega a favor de los valores sociales de una sociedad democrática, incluso para la prevención, o la sanción, de delitos, hoy especialmente deleznable socialmente, como son la corrupción política, social y económica, los delitos ecológicos, los abusos y explotación... Precisamente, la visión comunitaria no es promover que los Estados fomenten limitaciones –aun por ley y solo en términos de una estricta necesidad para la defensa de otros derechos fundamentales y bienes colectivos– a las libertades comunicativas, sino, al contrario, la promoción de canales internos de y externos a las organizaciones para la denuncia, por la ciudadanía en general, y de manera particular por la ciudadanía trabajadora, de todo cuanto se oponga a esos valores sociales y democrático-sociales establecidos. De este modo, en lugar de las «leyes mordaza», se alientan las «leyes denuncia-alerta».

Reflejo de esta tendencia es la [Directiva 2019/1937/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre](#), relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (Directiva «*whistleblowing*»). Como expresan sus considerandos, la información sobre todo tipo de infracciones graves a través de personas denunciantes –llamando a este compromiso muy especialmente a las personas trabajadoras de las organizaciones implicadas– puede ser la clave para detectar precozmente y prevenir, o cuando menos reducir, los riesgos de vulneración de bienes de orden social y público, o, en todo caso, para la adecuada persecución y sanción de delitos o infracciones. Así, entre otros, se hace referencia al valor de la información de las personas trabajadoras como garantía preventiva para detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública, en los servicios financieros, la seguridad de los productos, la protección efectiva de las personas

consumidoras –en especial de la seguridad de la cadena alimentaria–, la seguridad nuclear y la gestión segura y responsable de los combustibles, la protección de datos personales, o la protección efectiva del medioambiente –denuncias-alertas ecológicas–.

Por su actualidad e impacto, merecen especial referencia los últimos ámbitos mencionados. En el caso del respeto de la privacidad y la protección de los datos de carácter personal, la revelación de infracciones se entiende especialmente útil:

[...] a fin de prevenir incidentes de seguridad que afecten a actividades económicas y sociales fundamentales y a servicios digitales de uso generalizado, así como para prevenir toda infracción de las normas de la Unión en materia de protección de datos [...] (considerando 14).

Prueba de la ambivalencia de las relaciones entre derechos fundamentales es el [Reglamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril](#), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. A tenor de su artículo 85.1:

Los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria.

En desarrollo de esta previsión, el [artículo 24 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), prevé el establecimiento de sistemas de información de denuncias internas. En su apartado 1 se reconoce la legitimidad de la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en su seno, o en la actuación de terceras personas que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable, debiendo ser informadas las personas empleadas y terceras acerca de la existencia de los mismos. Esta previsión se suma a la contenida en el [artículo 31 bis del Código Penal](#) –introducido por la LO 1/2015– sobre responsabilidad penal de la persona jurídica en la que tengan lugar incumplimientos graves de los deberes de supervisión, vigilancia y control del respeto a los códigos de conducta para prevenir determinados delitos.

Por lo que respecta a la protección ambiental, en el contexto de emergencia climática, puede tener un papel muy significativo a través de un estatuto de garantías efectivas del ejercicio del derecho a las libertades comunicativas de las personas trabajadoras en empresas en su función de denuncia de infracciones graves. El [considerando 10](#) incide en que recabar pruebas, prevenir, detectar y afrontar los delitos contra el medioambiente y las conductas ilícitas constituye todo un reto, por lo que las acciones al respecto deben reforzarse. Así se

reconoce por la Comisión en su comunicación de 18 de enero de 2018, titulada «[Acciones de la UE para mejorar el cumplimiento y la gobernanza medioambiental](#)». Precisamente, en este punto, la directiva indica que:

Habida cuenta de que antes de la entrada en vigor de la presente Directiva, las únicas normas existentes sobre protección de los denunciantes relacionadas con la protección del medioambiente figuran en un único acto sectorial, a saber, la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, la introducción de tal protección es necesaria para garantizar el cumplimiento efectivo del acervo de la Unión en materia medioambiental, cuyo incumplimiento puede provocar perjuicios para el interés público y posibles efectos colaterales más allá de las fronteras nacionales. La introducción de tal protección también es pertinente en los casos en que productos que no sean seguros pueden causar daños al medioambiente.

Es innegable la conveniencia, incluso la necesidad, de introducir marcos normativos para la protección del ejercicio de las libertades de expresión o comunicativas por las personas trabajadoras como herramienta frente a la corrupción social, política y económica de los valores básicos de una sociedad democrática y civilizada. No obstante, el marco jurídico de protección de tales libertades ya contiene instrumentos para canalizarla, a través de las interpretaciones expansivas tenidas en los diferentes ámbitos del sistema multinivel de protección, muy particularmente en los niveles máximos, esto es, dentro del ámbito europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y, en el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional (TC). Esta revista ya se ha hecho eco del desarrollo de esta función por el primero de ellos –[Sentencia del TJUE \(STJUE\) de 20 de junio de 2019, C-404/18, comentada por Patricia Nieto en el núm. 441/2019](#)–.

Corresponde ahora analizar la más reciente doctrina jurisprudencial al respecto del TEDH, que en aplicación del artículo 34 del [CEDH](#), en relación con su artículo 10, mantiene una posición fuertemente garantista. Además, tal «garantía fuerte» del derecho fundamental individual está siendo determinante en la evolución de la protección constitucional de estas libertades de expresión-comunicación como un auténtico derecho de crítica-alerta social de las personas trabajadoras, digital o no –[Sentencia del TC \(STC\) 146/2019, de 25 de noviembre](#)–, superando la posición mostrada en sentencias precedentes –[STC 126/2003, de 30 de junio](#)– en las que parecía defenderse una visión de garantía más débil, incluso de devaluación de esta funcionalidad de crítica social de la libertad individual en el seno de las empresas.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

Aunque el supuesto presenta una extraordinaria complejidad, tanto fáctica como jurídica, al concurrir cuestiones de derecho de función pública y de derecho del trabajo, se han seleccionado los aspectos fácticos más relevantes en orden a determinar la funcionalidad

del derecho a la libertad de expresión en el seno de las relaciones de trabajo y en aras de la defensa de valores de orden social. En este sentido, la actora, ucraniana, trabajaba en la Fiscalía Regional de Odesa como fiscal superior en el departamento responsable de la representación ciudadana y del Estado ante los tribunales. En 2006 se produjo un cambio en la dirección en dicha fiscalía regional, nombrándose un nuevo supervisor que, según la actora, trató de introducir prácticas corruptas, presionándola, así como a sus colegas, para que participaran en ellas, y aplicando represalias a quienes se resistían a colaborar.

Según la actora, por su negativa a tales prácticas, se le comunicaron quejas de particulares motivadas por la comisión de irregularidades en su actuación como fiscal, siendo por ello objeto de un expediente disciplinario y subsiguientes sanciones, que ella considera que constituyen una represalia por su posición de denuncia de la corrupción en el seno de la organización fiscal. Como reacción frente a las irregularidades y excesos producidos durante tal procedimiento infractor, presentó demanda judicial, obteniendo una inicial respuesta favorable, si bien posteriormente fue anulada.

La actora formuló reiteradas denuncias a sus superiores en la fiscalía regional de tales prácticas corruptas, sin obtener respuesta. Por ello, se dirigió al fiscal general, enviándole varias cartas en las que le trasladaba las prácticas corruptas llevadas a cabo en su fiscalía, indicándole en una de ellas que de proseguir el silencio acudiría a los medios de comunicación para hacer pública la situación. Transcurrido más de 1 mes, así lo hizo a través de una carta abierta al fiscal general que fue publicada en una página de noticias de internet. En ella denunciaba los móviles espurios que guiaban la actuación de las fiscalías desde que se produjera el cambio en la dirección, su objetivo recaudatorio y la política *de facto* de personal que suponía presionar a las personas empleadas para que acataran las directrices y expulsar-represaliar a quienes no querían participar de tales actuaciones, así como, en general, la degradación del servicio a la ciudadanía que ello había implicado. Posteriormente, publicó varios textos con la misma temática en la misma página de noticias.

En respuesta a la publicación de estas cartas, la actora fue despedida por conducta desleal —«mala conducta que desacredita a un fiscal»—. Frente a ello, reclamó judicialmente solicitando su readmisión y una indemnización por daños morales, al entender que el despido vulneraba su derecho de libertad de expresión. El tribunal de distrito estimó su demanda al considerar que a la luz del artículo 10 del [CEDH](#) las cartas no podían constituir falta disciplinaria por mala conducta. Asimismo, en aplicación del Código de Trabajo de Ucrania, declaró que la demandante debía ser readmitida en su puesto y percibir una indemnización al tratarse de una madre soltera con dos hijos menores de 14 años, protegida por la garantía del artículo 184 del Código de Trabajo ucraniano. Poco después de su readmisión, fue nuevamente despedida al producirse la anulación de la resolución del tribunal local por parte del Tribunal Regional de Apelación de Odesa, que consideró que había difundido injustificadamente y sin fundamento declaraciones falsas e insultantes sobre personas empleadas de la fiscalía, que supusieron la divulgación de información confidencial y oficial relacionada exclusivamente con la fiscalía, por lo que había incurrido en mala conducta que

la desacreditaba como fiscal y menoscababa la autoridad de la fiscalía con base en el estatuto disciplinario de la fiscalía.

La actora recurrió en casación, alegando la ilegalidad del despido por cuanto el tribunal había dado preferencia al estatuto disciplinario de la fiscalía sobre el Código de Trabajo y afirmando que su despido vulneraba el derecho de libertad de expresión previsto en el artículo 10 del [CEDH](#). No obstante, el Tribunal Administrativo Superior de Ucrania confirmó la decisión, entendiendo inaplicable el artículo 10 del [CEDH](#) en atención a su condición de funcionaria pública, que determinaba que le fuera de aplicación la normativa especial. La actora solicitó al Tribunal Supremo la revisión de su caso, pero este la rechazó. Por ello, acudió al TEDH para hacer valer sus derechos fundamentales –libertad de expresión– y laborales –prohibición de despido a madres con hijos menores–.

En sus alegaciones, el Gobierno ucraniano reconoció que había tenido lugar una injerencia en los derechos de la actora desde el prisma del artículo 10 del [CEDH](#), pero la consideraba justificada, puesto que la legislación nacional establecía que las personas fiscales estaban sujetas a límites especiales que la actora había rebasado. Así adujo la orden que de forma expresa prohibía la divulgación de información a los medios sin consentimiento de la jefatura de la fiscalía, incidiendo en que el despido había perseguido el fin de «proteger la reputación de la institución fiscal». Señalaba, asimismo, que, en las cartas publicadas, más que opiniones, se han vertido imputaciones de delitos graves, así como una crítica desproporcionada, que dañaría la dignidad institucional y la autoridad de la fiscalía, incidiendo en que la publicación de las cartas en internet aumentaba el perjuicio, por su mayor y más rápida difusión.

3. Claves de la posición del TEDH: el favor por la libertad de expresión frente al deber de lealtad institucional

En la [sentencia examinada](#), el TEDH estima el recurso de la actora, considerando vulnerado el artículo 10 del [CEDH](#). En la fundamentación de su fallo, aborda ampliamente sus precedentes relativos al alcance y los límites del derecho de libertad de expresión ex artículo 10 del [CEDH](#). Como punto de partida, destaca el carácter esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática, señalando, asimismo, que la legitimidad de su ejercicio no depende ni del medio a través del cual se ejerza –aunque deba tenerse en cuenta a la hora del juicio de proporcionalidad– ni, lógicamente, de su carácter favorable o crítico a determinadas posiciones, siempre que no resulte una crítica desproporcionada, pues de lo contrario quedaría frustrado el principio pluralista de la sociedad democrática al que se orienta.

Desde esta perspectiva, recordando que la protección del derecho civil se reconoce también en el ámbito de las relaciones de trabajo, sean privadas o públicas, llama la atención sobre los especiales deberes de lealtad, reserva y discreción que pesan sobre las personas trabajadoras y que son legítimos, en determinadas relaciones, a fin de proteger otros bienes

de la empresa o de la organización pública. No obstante, trae a colación el deber de denunciar las irregularidades graves que se estime que se han producido para los intereses públicos o con un valor social. Tal denuncia es necesaria:

[...] cuando el interés que pueda tener el público en una determinada información es tan fuerte que supera incluso un deber de lealtad impuesto por la ley. Esto es especialmente cierto si un servidor público que lo revela es la única persona, o parte de una pequeña categoría de personas, consciente de lo que está sucediendo en el trabajo y, por lo tanto, está en la mejor posición para actuar en el interés público, alertando al empleador o, más ampliamente, al público¹.

Aplicados sus precedentes al caso enjuiciado, el TEDH considera que se ha producido una injerencia en la libertad de expresión ex artículo 10 del CEDH, por lo que pasa a examinar si concurre causa justificativa ex artículo 10.2 del CEDH. El tribunal verifica la concurrencia de la condición formal –previsión legislativa de la restricción–, pues estaba contenida en el estatuto disciplinario de la fiscalía, así como la existencia de un interés general a una limitación –protección de la reputación de una alta institución pública–, que podría suponer una expectativa que legitimara el despido efectuado. No obstante, considera que no se ha respetado el debido juicio de proporcionalidad, máxime teniendo en cuenta que se ha acudido a la máxima sanción existente, el despido. Al respecto, el TEDH formula un triple reproche a las autoridades ucranianas. Así, por una parte, considera contradictorio que las autoridades ucranianas imputen a la actora, simultáneamente, por un lado, «declaraciones infundadas, falsas e insultantes» –es decir, denuncia no veraz– y, por otro, «revelación de información confidencial y oficial» –lo que implica que la información es real–, pues no pueden darse ambas a la vez.

Por otra parte, si se considera que se trata de revelación de información oficial, los tribunales ucranianos no habían realizado la debida ponderación entre el deber de buena fe o lealtad de la persona empleada denunciante y el interés público-social de que no se produzcan comportamientos irregulares en una institución tan esencial. Tanto el tribunal de apelación como el de casación habrían actuado como si la fiscal –fuese funcionaria, fuese trabajadora– careciese de toda libertad de expresión, en pro de un incondicional deber de lealtad institucional. Tampoco tuvieron en cuenta que la actora formuló la denuncia digital externa debido a la reiterada falta de respuesta e inacción ante sus denuncias.

¹ El texto original en inglés es:

[...] this may be called for where the interest which the public may have in particular information is so strong as to override even a legally imposed duty of loyalty. This is especially true if a public servant disclosing it is the only person, or part of a small category of persons, aware of what is happening at work and is thus best placed to act in the public interest by alerting the employer or the public at large.

En consecuencia, considera el TEDH que en este contexto dudoso y de abstencionismo investigador interno resulta desproporcionado aplicar la máxima sanción del despido, sin ni tan siquiera plantearse sanciones más leves, pese a que los motivos presentados eran o contradictorios o insuficientes.

4. Su trascendencia más allá del caso: legitimidad de las denuncias-críticas externas ante la inacción interna

La importancia teórica y práctica de esta doctrina jurisprudencial europea es incuestionable, pues supone un notable avance respecto de sus precedentes, que consolida y perfecciona. Así, si el TEDH ya venía manteniendo una posición de favor hacia la libertad de expresión –incluso digital– propia de nuestro tiempo, en esta [sentencia](#) le otorga una dimensión más aguda y crítica.

De este modo, en recientes decisiones jurisprudenciales, como la Sentencia del TEDH ([STEDH](#)) de 5 de noviembre de 2019 –caso [Herbai contra Hungría](#)–, la defensa que se hace de la libertad de expresión, también a través de la actividad internauta de la persona trabajadora, tiene un significado prácticamente neutral para la entidad empleadora. Así, el TEDH reconoce que la actividad de escribir en un blog para temas profesionales no causa daño alguno a la entidad empleadora. Sin embargo, en la [sentencia analizada](#), la defensa del derecho sobre el deber de lealtad institucional (buena fe contractual) es mucho más incisiva, pues supone reconocer un auténtico derecho de denuncia-alerta crítica, en contra del *statu quo* institucional o del principio de autoridad jerárquica, pero en defensa de un valor social de mayor rango, como es la transparencia en el funcionamiento de las instituciones y una actitud combativa contra la corrupción o corrosión social. Consecuentemente, debe reconocerse al tribunal con esta decisión el cumplimiento de una valiosa función de suplencia legislativa, pues obliga a que haya canales de denuncia interna en las organizaciones para evitar –incluso en fase preventiva– irregularidades graves contra valores y bienes esenciales de una comunidad.

De esta manera, aunque no la cita, la citada [Directiva «whistleblowers»](#), y, asimismo, en el plano interno, el [artículo 24 de la LOPDGDD](#), detectan una vigencia anticipada, que puede servir de criterio interpretativo, aunque aquella no haya tenido aún trasposición en España. Justamente, en esta dirección expansiva, garantista y en aras de un derecho de crítica-alerta sociolaboral, con clara influencia de la jurisprudencia europea, pueden mencionarse sentencias recientes del TC, como la citada [STC 146/2019, de 25 de noviembre](#).

En síntesis, esta sentencia da amparo a una persona profesional de la enfermería empleada en una empresa contratista del servicio de gestión del centro de día de Baracaldo, de titularidad municipal. Formuladas quejas a la empleadora, por eventual falta de profesionalidad, de calidad del servicio, la falta de material sanitario y otros medios en el centro, favoreciendo contagios por riesgos biológicos, sistemáticamente desatendidas, acude al

ayuntamiento –empresa cliente– para plantear la denuncia. A resultas de ello, es despedida por conducta desleal, siendo tal despido considerado nulo en la instancia e improcedente en suplicación. Recurrida esta sentencia en amparo, el despido es declarado nulo por el TC.

Sin pretender profundizar en esta cuestión, es oportuno apuntar que la sala de suplicación vasca negó que estuviera comprometida la libertad de expresión por razones semejantes a las que esgrimió el Gobierno ucraniano, al reprochar a la persona empleada que hiciese uso de un «cauce inadecuado», por ser externo a la organización de trabajo, así como que se implicara en un tipo de denuncia ajena, pues ni «estaba legitimado ni ha acreditado que no fueran meras apreciaciones cuya sola mención ante el ayuntamiento causaron a la empresa un perjuicio injusto». El TC, sin embargo, reprocha a esta decisión que no ponderara debidamente el derecho fundamental en juego, en particular la libertad de expresión ex [artículo 20 de la CE](#), pues descarta que haya violación del derecho a la libertad de información ([art. 20.1 d\) CE](#)). Situada la ponderación constitucional no sobre un juicio de veracidad de las informaciones, sino de valor sobre las opiniones expresadas –críticas/reivindicaciones/alertas de irregularidades sociolaborales–, el tribunal concede el amparo al entender que debe primar la libertad de expresión y el derecho de crítica que fundamenta sobre el interés empresarial al silencio. Ello es así porque, por una parte, está en juego un interés público-social prevalente –dada la actividad ejercida por la empresa– y, por otra, la persona trabajadora recurrió al canal interno, acudiendo al externo solo cuando comprobó que era inefectivo. Es así un argumento anticipatorio del criterio de la [directiva](#) (art. 6.1) y que refleja el precedente de la jurisprudencia europea –[STEDH, Gran Sala, de 12 de febrero de 2008, caso Guja contra Moldavia](#)–.

[Este pronunciamiento del TC](#) es sumamente relevante, porque, aunque no indica nada al respecto, supone un significativo correctivo a sus propios precedentes, en especial el que representó la [STC 126/2003, de 30 de junio](#) –con un fundado voto particular de quien luego fuera su presidenta–. En este caso, la denuncia del trabajador se formuló a través de medios de comunicación de mayor difusión en la comunidad vasca y en ella se vertían denuncias por graves irregularidades en una empresa de explosivos en Galdácano. Prueba de la alarma social que generó esta información se refleja en titulares de las noticias en las que se publicó –«Esta empresa es una bomba»–. A resultas de ello, el denunciante fue despedido, siendo avalado en todas las instancias ordinarias y consolidándose igualmente en sede constitucional, que no concedió el amparo argumentando que la ausencia de denuncia interna causó un notable perjuicio a la empresa. Con todo, el voto particular anticipaba argumentos coincidentes con los contenidos en la [STC 146/2019](#).

Se concluye este examen incidiendo en la importancia que en el futuro tendrá esta conjunción entre evolución garantista jurisprudencial y dinamismo legislativo, dados los magnos y acuciantes problemas que se ciernen sobre la sociedad. Así, como se apuntó, la [Directiva «whistleblowing»](#) hace de las libertades comunicativas de las personas empleadas, convertidas en derecho de crítica-alerta, un instrumento fundamental para la defensa de intereses generales. Muy destacado papel ocupa entre estos la defensa de la sostenibilidad medioambiental, cuestión esta respecto a la que resulta cada vez más incuestionable que debe ocupar un plano central y prioritario en todas las dimensiones, entre ellas, sin duda, también la jurídico-social.

A vueltas con el primer convenio colectivo de las futbolistas. La controvertida lista de compensación por formación

Comentario a la [Sentencia de la Audiencia Nacional 55/2020](#), de 21 de julio

Pilar Conde Colmenero

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Isabel I*

1. Marco normativo del fútbol femenino

En anteriores ocasiones surgió la posibilidad de comentar la situación deportiva del fútbol femenino en nuestro país, así como de analizar el marco jurídico en el que se desenvuelve la relación de trabajo de las futbolistas profesionales, haciendo particular referencia a la inédita negociación colectiva que se inició en 2019, con el objetivo de mejorar las condiciones laborales de aquellas, adaptándolas a las singularidades de su actividad. El abordaje de estas cuestiones se debía entonces tanto al interés que suscitaban las insistentes reivindicaciones de igualdad llevadas a cabo por las deportistas españolas (respecto de sus homólogos masculinos), como al seguimiento de los numerosos avatares que ha padecido la concertación y firma en 2020 del que sería el [primer convenio colectivo del fútbol femenino](#) (I CCFFP). Este convenio se ha visto precedido de una convulsa [huelga](#) convocada por las jugadoras a finales del pasado año, un reñido debate económico con la Federación y el grupo MEDIAPRO por la determinación del salario base y los derechos audiovisuales (entre otras cuestiones), así como una enconada polémica entre los sindicatos participantes (Futbolistas ON –de nuevo cuño y con escasa afiliación en el fútbol femenino–, Asociación de Futbolistas Españoles –AFE, asociación mixta desde 2016, cuando permite la sindicación de jugadoras– y UGT –único sindicato no profesional deportivo interviniente–), habiendo dado lugar incluso a la intermediación del Consejo Superior de Deportes y el Ministerio de Trabajo para apaciguar el conflicto y conseguir que el acuerdo llegase a buen puerto.

Cómo citar: Conde Colmenero, Pilar. (2020). A vueltas con el primer convenio colectivo de las futbolistas. La controvertida lista de compensación por formación. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 55/2020, de 21 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 216-224.

Además del [Real Decreto 1006/1985](#) (que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales), del resto de normativa laboral [el Estatuto de los Trabajadores (ET) supletoriamente y demás legislación, siempre que no sea incompatible con la naturaleza *sui generis* de esta relación de trabajo –[Ley general de la Seguridad Social](#), [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), [Ley de prevención de riesgos laborales](#), etc.–, ex [art. 21 RD 1006/1985](#)] y de la legislación deportiva ([Ley 10/1990, del deporte](#), principalmente), a las mujeres futbolistas que prestan servicios en los clubes de fútbol o sociedades anónimas deportivas (SAD) que participan en el Campeonato Nacional de Liga de Primera División Femenina se les aplica en la actualidad el convenio colectivo que fue suscrito recientemente, tras numerosos avatares negociadores. El referido [I CCFFP](#) fue firmado el 18 de febrero de 2020 y publicado oficialmente a mediados de agosto del mismo año (BOE de 15 de agosto de 2020 y corrección de errores en [BOE de 19 de agosto de 2020](#), donde figura FeSMC-UGT que no firma hasta el 31 de julio de 2020, puesto que estaba pendiente la impugnación de la cláusula que incluía el protocolo para elecciones a la representación del banco social de la comisión negociadora para la negociación y modificación del convenio, exigida inicialmente por AFE y no incluida en el texto del BOE de 15 de agosto de 2020). El considerable retraso entre una y otra fecha (respecto a los plazos preceptuados en el [art. 90.2 ET](#)) se ha debido a las discrepancias surgidas entre Futbolistas ON, AFE y FeSMC-UGT por las estipulaciones relativas a legitimación y representatividad sindical (que llevaron a este último a impugnar el *sui generis* sistema de elección de la representación social para la negociación o modificación del convenio y a solicitar a la Dirección General de Trabajo que no registrase ni publicase el acuerdo mientras se resolvía la reclamación interpuesta), unido a la actitud reticente de dos clubes de peso como son el Real Madrid Club de Fútbol y el Fútbol Club Barcelona.

En el accidentado íterin entre la suscripción del referido pacto y su publicación oficial surge además la controversia jurídica sobre las listas de compensación por formación, que provoca la demanda del sindicato Futbolistas ON y el fallo judicial de la Audiencia Nacional (AN). Parece que, de momento, la labor de la jurisprudencia va a ser necesaria para clarificar y apuntalar criterios jurídicos en el escenario, deportivo y sindical, poco pacífico en el que han de desarrollar su actividad y prestar sus servicios las futbolistas profesionales españolas. No obstante, la trayectoria que está teniendo en los últimos años el fútbol femenino (que se ha visto jalonada de éxitos deportivos, plena de reivindicaciones laborales de las jugadoras y con un ampliado marco regulatorio de la relación laboral de las futbolistas, merced al nuevo convenio colectivo) está poniendo de manifiesto los obstáculos a vencer en el terreno futbolístico (tan masculinizado) y en el plano sindical (por las singularidades de la representatividad en el deporte), que hacen necesario el respaldo jurídico y social a la lucha contra las desigualdades reales entre hombres y mujeres deportistas.

2. Breve descripción del supuesto de hecho

El sindicato Futbolistas ON presentó el 4 de junio de 2020 demanda, por conflicto colectivo ante la AN, contra varios clubes de la Liga de Primera División Femenina (el Fútbol Club

Barcelona y el Athletic Club de Bilbao, ampliando posteriormente su demanda contra el Real Madrid Club de Fútbol), contra el sindicato AFE y frente a la patronal del sector Asociación de Clubes de Fútbol Femenino (ACFF), interesando, como pretensión principal, que se declarase la nulidad de la lista de compensación por formación prevista para 2019/2020 (respecto de las jugadoras menores de 23 años), que fue entregada por la ACFF a la Comisión Paritaria el día 4 de marzo de 2020, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 del [I CCFFP](#) (suscrito en febrero de 2020, aunque no estaba publicado en el BOE a la fecha de interposición de la demanda).

El sindicato actor alegó, en primer lugar, que la referida lista se remitió fuera del plazo establecido por el propio artículo 20 del [I CCFFP](#)—que marca como fecha límite el día 1 de marzo—; en segundo lugar, que los importes incluidos en las listas para cada una de las futbolistas no han sido objeto de negociación, sino que han sido fijados unilateralmente por los clubes sin acuerdo con ellas; y, finalmente, que las cantidades fijadas para algunas de ellas son absolutamente desproporcionadas en relación con los costes de formación, encubriendo verdaderos valores de las jugadoras en el mercado y constituyendo un derecho de retención encubierto. Como pretensión subsidiaria, el sindicato Futbolistas ON solicitaba que, no encontrándose publicado el referido convenio colectivo, se declarase el carácter extraestatutario del mismo, de tal suerte que el artículo 20 de dicho pacto únicamente tuviera eficacia entre las futbolistas afiliadas a alguno de los sindicatos que firmaron el convenio y entre los clubes representados por la asociación patronal ACFF que lo rubricó, entre los que no se encuentran el Fútbol Club Barcelona, ni tampoco el Athletic Club de Bilbao y el Real Madrid Club de Fútbol (antes Club Deportivo Tacón). Inicialmente, el sindicato demandante había solicitado como medida cautelar la suspensión de la validez de dicha lista de compensación. No obstante, el día de la celebración del juicio (que tuvo que señalarse por segunda vez para el 16 de julio tras la petición de suspensión de los demandados), Futbolistas ON, con carácter previo, renunció a dicha medida y, además, amplió su demanda contra el Real Madrid Club de Fútbol.

A la postre, la [Sentencia 55/2020 de la AN](#) (SAN) falla desestimando las dos excepciones procesales planteadas por los demandados (tanto por falta de acción, como por inadecuación de procedimiento) y, en cuanto al fondo del asunto, estimando parcialmente las pretensiones de Futbolistas ON sobre su solicitud subsidiaria de declaración del carácter extraestatutario del [I CCFFP](#), en función de lo cual el artículo 20 del mismo solo se entiende aplicable a las futbolistas y clubes afiliados a los sindicatos y asociaciones firmantes del acuerdo. El pronunciamiento, además, declara que no procede condena en costas a las partes. En consecuencia, la AN, una vez que desgrana las argumentaciones de unos y otros litigantes con profusa fundamentación jurídica, termina rechazando la pretensión principal de anulación de la citada lista de compensación por formación del fútbol femenino, aunque declara expresamente el carácter extraestatutario del susodicho convenio, por lo que pervivirían y serían de obligado cumplimiento las cantidades compensatorias establecidas para las futbolistas que formasen parte de la relación definitiva, siempre que esas jugadoras estuviesen afiliadas a alguno de los sindicatos firmantes del acuerdo y que los respectivos clubes perteneciesen a la ACFF que lo rubricó.

3. Puntos clave de la decisión judicial

Con independencia de la complejidad que ha rodeado la negociación, firma y publicación del [I CCFFP](#) desde hace casi 1 año y de las sorpresivas consecuencias prácticas del pronunciamiento, la [decisión judicial de la AN](#) resuelve de manera clarificadora ciertas cuestiones (procedimentales y de fondo), planteadas en esta litis sobre conflictos colectivos, siendo la declaración del carácter extraestatutario del convenio (acertada a nuestro juicio) la que planteará mayores incógnitas, una vez que el convenio queda publicado oficialmente apenas 25 días después de dictarse la sentencia.

Las dos excepciones procesales esgrimidas por los codemandados hacen referencia, según manifiestan, a la falta de acción (inexistencia de «acto colectivo supraempresarial susceptible de ser atacado») y a la inadecuación del procedimiento (por existir situaciones individuales, no colectivas homogéneas y generales, que deben ventilarse mediante pleitos singulares). Apoyándose en una profusa jurisprudencia, la [SAN](#) desnuda concienzudamente los razonamientos esgrimidos en ambas excepciones y lo hace en favor de las pretensiones del sindicato actor al entender que este acciona adecuadamente ante la AN puesto que existe un auténtico conflicto colectivo que, además, debe conocerse por el procedimiento que se ha seguido. Es decir, se está discutiendo la validez de una lista elaborada por la ACFF y remitida a la Comisión Paritaria, según las previsiones del artículo 20 del [I CCFFP](#) (que regula la compensación por preparación o formación, conforme al [art. 14.1 RD 1006/1985](#), sobre extinción del contrato por expiración del tiempo convenido), por lo que es correcto tramitar, por el cauce elegido, la interpretación de dicho acuerdo y los intereses homogéneos y comunes de las jugadoras menores de 23 años susceptibles de ser incluidas por sus clubes en la lista de cada temporada (no solo los de las jugadoras concretas que conforman la relación final), según dispone el [artículo 153 de la LRJS](#). La [SAN](#) no duda en afirmar que existe un auténtico conflicto colectivo (no plural como señalan los codemandados), una vez que examina escrupulosamente el elemento objetivo y subjetivo de dicho concepto.

En lo concerniente a la lista de compensación y a la anulación de las cantidades que contiene, la [sentencia](#) argumenta con fundamento sobre las varias razones clave por las que reconoce su validez. De partida, el artículo 20 del [I CCFFP](#) sobre «compensación por preparación o formación» establece que, en el caso de que aquellas jugadoras (menores de 23 años) cuyos contratos se extingan por finalización del tiempo convenido quieran concertar un nuevo contrato con otro club/SAD, este deberá abonar al club/SAD de procedencia la compensación que libremente haya fijado en las listas de compensación; la fecha límite para que el club/SAD de procedencia notifique a la futbolista y a la Comisión Paritaria (a través de la ACFF) su inclusión en dicha lista y el importe fijado será el día 1 de marzo de la temporada en la que finalice el contrato.

Al hilo de los tiempos en que, desde la firma del convenio, ha ocurrido probadamente tanto el envío a la ACFF, por cada uno de los 6 clubes, de la información sobre las jugadoras e importes a incluir en la lista, como la elaboración definitiva de dicha relación de 17 futbolistas

por parte de la ACFF y la constitución formal de la Comisión Paritaria (reunida por primera vez el 4 de marzo), la [SAN](#) considera que se estaría exigiendo a la parte empresarial (la ACFF) el cumplimiento imposible de comunicar la lista de compensación para la temporada 2019-2020 el primer día de marzo de 2020, por lo que no existe caducidad de la presentación de la misma, como solicita el sindicato. En efecto, el [convenio colectivo](#) dispone en su artículo 6 la existencia de una Comisión Paritaria, como órgano colegiado de interpretación del acuerdo y de solución de conflictos, incluyendo expresamente entre sus funciones las relativas a la compensación por formación –letra g) de dicho precepto y art. 4 del Reglamento de funcionamiento de la Comisión Paritaria aprobado–; sin embargo, esto no significa que tal previsión negociada sea suficiente para dar por constituido este órgano, puesto que se requiere la determinación y designación de los miembros del mismo, como refleja el acta de la reunión celebrada el 4 de marzo. Sindicatos y patronal pudieron avenirse y haber sido más diligentes a la hora de constituir la Comisión Paritaria si estaban en verdad interesados y apremiados ambos en llegar al día 1 de marzo con la lista de compensación de la temporada en curso.

En relación con el carácter no negociado individualmente por las futbolistas de los importes de cada compensación y la desproporción de las cantidades respecto de los costes formativos reales, planteados por Futbolistas ON, la [sentencia](#) estima de manera certera, de una parte, que del tenor del artículo 20 del [I CCFFP](#) (en conexión con el [art. 14.1 RD 1006/1985](#)) se desprende que el importe compensatorio será libremente fijado por el club/SAD de procedencia, sin necesidad de que se consensúe con la jugadora en cuestión; y, de otra, que la competencia de la AN se limita a la interpretación del artículo 20 del convenio, dada la naturaleza colectiva del procedimiento, por lo que no es oportuno entrar a debatir sobre la situación particular de cada uno de los importes de la lista (que podrán ser encauzados en procedimientos individuales por las jugadoras descontentas, donde tendría sentido valorar la posible limitación del derecho de promoción profesional que generarían las «elevadas» compensaciones, a la luz de la doctrina europea –[Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2010, asunto C-325/08, Olympique Lyonnais](#), sobre un sistema de compensaciones proporcionado que incentive de manera efectiva la contratación y formación de jóvenes jugadores–).

En el plano sustantivo, hay que señalar que en este litigio se está dilucidando, de fondo (y de manera determinante para la causa por lo peliagudo de la cuestión), el carácter y ámbito de aplicación de un convenio colectivo que ha sido firmado por las partes (con disputas por la representatividad sindical), aunque, al momento de interposición de la demanda, aún no tiene eficacia general y vinculante (*erga omnes*), puesto que carece de la publicidad oficial que le impide desplegar efectos normativos, por no cumplir uno de los requisitos de validez que exige el [artículo 90.1 y 2 del ET](#). Como no puede ser de otra manera, puesto que el carácter extraestatutario del convenio objeto de interpretación se infiere claramente de las condiciones dispuestas en el ET, la [SAN](#) examina esta cuestión en el fundamento jurídico octavo, indicando los referentes legales ([art. 37.1 Constitución española](#), arts. [82.3](#) y [90.2 ET](#) y [RD 713/2010](#), sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo) y jurisprudenciales recientes (por todas, [Sentencia del Tribunal Supremo –TS– 1057/2016](#),

de 14 de diciembre) en los que se asienta la relevante diferenciación conceptual entre convenios estatutarios y extraestatutarios.

La realidad ha querido que la demanda se interpusiera tras la firma del instrumento convencional por parte de cierta representación de clubes y jugadoras (que no tienen asociadas/afiliadas a todas las personas integrantes de ambos colectivos), aunque antes de su publicación oficial en agosto. A la fecha de interposición de la demanda por Futbolistas ON (el 4 de junio), el acuerdo se encontraba en trámite de publicación, ya que había sido enviado a la autoridad laboral el día 5 de marzo de 2020. Los tiempos, en esta cuestión como en otras facetas del conflicto, han sido decisivos para las consecuencias prácticas de la declaración judicial de validez de la lista y del carácter extraestatutario del acuerdo respecto de los fichajes de las jugadoras sub-23 cuyos contratos expiraban en verano de 2020.

En cuanto a los efectos del acuerdo extraestatutario, conviene señalar que no todas las jugadoras que aparecen en la lista de compensación definitiva están afiliadas a los sindicatos firmantes del pacto (Futbolistas ON y AFE), ni todos los clubes incluidos en ella pertenecen a la ACFF (son socios el Club Deportivo de Escuelas de Fútbol Logroño, el Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona, SAD, y el Levante Unión Deportiva, SAD, pero no así el Athletic Club de Bilbao y el Real Madrid Club de Fútbol). Haciendo recuento de las posibles personas afectadas por las compensaciones, hay que decir que, de las 17 jugadoras (de 6 clubes) inicialmente incluidas en la lista, 11 decayeron por renovación de contrato con su club (percibiendo un incremento de su retribución del 7 % de la cantidad fijada por compensación, según dispone el art. 20 convenio), quedando definitivamente relacionadas 6 futbolistas, de las cuales 2 trabajaban en el Athletic de Bilbao, que no es socio de la ACFF, por lo que no quedarían afectadas tras la validación judicial de la lista. Las 4 jugadoras restantes, que no estaban sindicadas a las organizaciones firmantes, aunque sus clubes estaban en la asociación patronal (2 del Espanyol y 2 del Levante), tenían fijadas cuantías de compensación que oscilaban entre los 15.000/20.000 euros de las primeras y los disuasorios 500.000 euros de las segundas (muy distantes de los importes convenidos hasta ahora en España por el traspaso de una jugadora, por lo que en principio estas 2 jóvenes deportistas hubieran tenido difícil concertar nuevos contratos con otros clubes de mantenerse la eficacia general del convenio –las jugadoras del Levante, Ona Batlle y Eva Navarro, tenían interés en firmar con el Real Madrid, al quedar este libre de pagar la compensación por ellas; no obstante, la primera decidió en junio fichar por el Club de Fútbol Femenino Manchester United, mientras que la segunda optó en agosto por renovar en su equipo–). Según lo ocurrido, antes y después de la [sentencia](#) (que se dicta en pleno periodo estival de fichajes), parece que ningún club y ninguna jugadora quedan afectados de manera efectiva por la [SAN](#), puesto que todas las futbolistas cuyo contrato expiraba han fichado durante el verano de 2020 (marcado por la incertidumbre) por el club de su elección.

Curiosamente, el [pronunciamiento de la AN](#) respalda la validez de la lista (y, por tanto, de los abonos por formación para los clubes contratantes que firmaron el pacto extraestatutario), aunque en la práctica «libera» de toda obligación negociada (dineraria y de otra

índole), eso sí, solo hasta la publicación del I CCFFP en el BOE (el pasado 15 de agosto), a aquellos clubes que no hubiesen suscrito el mismo. Por supuesto, el periodo de nuevas contrataciones en 2020 ha estado presidido por el desconcierto y la indecisión de clubes y jugadoras, quedando en el aire algunas elevadas cantidades compensatorias que habrían tenido que abonar/recibir los clubes y el sustancioso/disuasorio 15 % de las mismas que hubieran percibido las futbolistas (ex art. 20 convenio). Así las cosas, la lectura de expertos y aficionados es que paradójicamente la reclamación judicial de un sindicato ha conseguido, de un lado, perjudicar los intereses de algunas jugadoras profesionales y, de otro, beneficiar a ciertos clubes de fútbol bien asentados económicamente. A mayor complejidad, conviene señalar que el referido convenio, publicado ya en el BOE, retrotrae sus efectos al 1 de julio de 2019 (fecha establecida para su entrada en vigor) y extiende su duración hasta el 30 de junio de 2020 (fecha ya superada al momento de dictarse la sentencia y a día de hoy). En principio, se ha prorrogado su vigencia 1 año más (art. 5 convenio), ya que no ha sido denunciado por ninguna de las partes firmantes (que se encontraron con los plazos sobrepasados). En breve y si impera la paz, podrá afrontarse una renegociación que aborde la mejora de la regulación de la compensación por formación para que, como es deseable, se adapte a la realidad del fútbol femenino y se favorezca la formación y contratación de las jugadoras noveles. En todo caso, parece que clubes y jugadoras han dedicado el estrecho periodo comprendido entre el fallo judicial (21 de julio) y la publicación oficial del convenio a mediados de agosto para cerrar las contrataciones de cara a la temporada 2020-2021, cuyo calendario ha quedado fijado en el mes de septiembre para que comiencen en breve los encuentros de la Liga de la Primera División Femenina.

4. Trascendencia de la doctrina asentada

De partida, el **pronunciamiento judicial** argumenta la falta de eficacia general y vinculante de los acuerdos extraestatutarios y lo hace en un caso concreto que, por afectar a la inédita regulación negociada de las condiciones de trabajo de las jugadoras de fútbol, suscita, si cabe, mayor interés jurídico. La aportación principal de la SAN es la revisión esclarecedora que efectúa de ciertas cuestiones relevantes en materia de conflictos colectivos, tanto al rechazar las excepciones procesales previas, como al abordar temas de fondo, ofreciendo una fundamentación rotunda a cada argumentación de las partes, aportando puntualmente doctrina jurisprudencial asentada y considerando innecesario entrar a temas de legitimación sindical. Por tanto, a nuestro parecer, la SAN está jurídicamente bien anclada respecto a las cuestiones de las que conoce en el momento en el que ha de fallar y sirve de revulsivo aleccionador para que las partes enfrentadas intenten resolver en adelante sus diferencias extrajudicialmente, so pena de verse abocadas a decisiones judiciales solventes que les resulten incómodas por no haberse dictado en el momento más conveniente para el conflicto o por la misma falta de pericia de quienes firmaron el acuerdo a la hora de regular (o, más bien, «trasponer literalmente» del convenio colectivo masculino) la compensación por formación para las deportistas.

La cuestión es que, poco después de que la **SAN** declare el carácter extraestatutario, se produce la publicación oficial del **I CCFFP** (con un exiguo margen por la pandemia y los escasos días para que, notificada la sentencia a las partes, fuese recurrida o alcanzase firmeza), lo que cambia el panorama, puesto que el convenio ganaría entonces carácter estatutario, obligando a quienes se encuentran comprendidos en su ámbito de aplicación y no solo a quienes lo han firmado. Aunque *de facto* las consecuencias prácticas más inmediatas sobre las contrataciones de las jugadoras sub-23 son las referidas líneas atrás, hay que ser conscientes de que las particularidades estructurales del ámbito deportivo en cuanto a negociación colectiva y representatividad sindical (que se agravan en el caso del fútbol femenino, provocando según se ha visto las confrontaciones de los sindicatos firmantes) impiden un ajuste pleno a las previsiones de la **Ley orgánica de libertad sindical** y de los artículos **87** y **88** del ET en la materia y dificultan su aplicación; además de tener en cuenta que el camino tomado finalmente por la disposición adicional segunda del **I CCFFP** publicado oficialmente es más bien de índole extraestatutaria (así lo declara el tenor de tal disposición al fundamentar en «la singularidad del ámbito deportivo» los excepcionales criterios de representación seguidos durante el proceso de negociación del convenio y que se aplicarán para la renovación y modificación del mismo). La doctrina no es pacífica en cuestión tan intrincada, como ponen de manifiesto los esmerados y concienzudos estudios sobre la materia de las profesoras **Carmen Sáez (2020)** y **Remedios Roqueta (2020)**: en la falta de consenso, los argumentos oscilan ora por la índole extraestatutaria del convenio, ora por la índole estatutaria del mismo, ya que en la teoría y sobre el papel se puede mantener que el **I CCFFP** inserto en el BOE despliega, hoy por hoy, efectos generales y eficacia normativa respecto de las futbolistas profesionales y los clubes del Campeonato Nacional de la Liga de Primera División Femenina (art. 1 **I CCFFP**, ámbito funcional), al menos mientras nadie promueva una acción judicial para impedirlo (y que prospere), o existan novedades sindicales que modifiquen el panorama actual, o se renegocie en un futuro un nuevo acuerdo más satisfactorio, o se planteen extrañamente, bien «descuelgues del vigente convenio», bien «convenios de empresa/club» (según la remisión de la disp. final primera **I CCFFP** a la solución dada por el **art. 83.2 ET**, y en atención a los arts. **82.3** y **84.2 ET**).

Finalmente, cabe preguntarse si el TS hubiera refrendado la **SAN** de haberse recurrido esta. Posiblemente, el TS hubiera estado de acuerdo con los fundamentos solventes que tuvo que mantener la **SAN** a favor del carácter extraestatutario del convenio a la luz de lo acaecido en el momento de dictar sentencia, aunque con la posterior publicación oficial del **I CCFFP** el Alto Tribunal habría tenido que posicionarse sobre el paradójico hecho de un convenio que deviene estatutario, aunque contiene disposiciones desajustadas con el ET. Esta es la apreciación que han debido hacer, en alguna medida, el sindicato y los clubes enfrentados en el litigio, visto el silencio mantenido ante el fallo de la AN. Recordemos que Futbolistas ON no ha recurrido, ya que se conforma con que la AN haya estimado su petición subsidiaria de declarar el convenio extraestatutario (que ha supuesto la invalidación *de facto* de las compensaciones para clubes y jugadoras no asociados/afiliados); AFE también ve con buenos ojos que los efectos prácticos de la sentencia queden bastante diluidos; y,

finalmente, los equipos y futbolistas afectados no desean seguir la batalla judicial, porque ya han cerrado las nuevas contrataciones y, para reclamaciones individuales, habría que accionar por otras vías no colectivas.

Si, hipotéticamente, el TS hubiera conocido del tema y hubiese entrado a cuestiones de representación sindical en el deporte profesional, sería arriesgado, a nuestro juicio, que exigiera en un convenio colectivo regulador de campeonatos/ligas femeninos cosa distinta y más gravosa que la que se está permitiendo en la negociación colectiva de similares convenios de campeonatos/ligas masculinos (de fútbol u otras disciplinas), donde existe similar problemática técnico-jurídica (aunque no se haya debatido judicialmente, de momento, el tema). Eso supondría, en cierta medida, «desmantelar» las bases de presentes y futuras negociaciones colectivas en el deporte profesional en las que se produjesen similares debilidades o carencias de legitimación y representatividad (que, además, son difíciles de superar), comenzando por hacerlo en una modalidad femenina, lo que por supuesto supone aumentar las desigualdades de género ya existentes en el sector deportivo y aumentar la brecha entre jugadores/as.

El deslinde de las competencias jurisdiccionales entre los órdenes social y contencioso-administrativo

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 625/2020, de 8 de julio](#)

Luis Sánchez Quiñones

*Abogado sénior.
Departamento laboral Ontier*

1. Introducción. Marco normativo

La atribución de las competencias a los tribunales del orden social cuando entra en colisión con el orden contencioso-administrativo no siempre resulta clara.

El carácter especialísimo y tasado de las materias de las que conoce la jurisdicción contencioso-administrativa y que se resumen en los artículos 1 y 2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), los cuales se coordinan en el [artículo 2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), denota la complementariedad entre ambas normas; complementariedad esta rematada con la imposibilidad de que los tribunales del orden social puedan asumir cuestiones que refieren aspectos relativos al colectivo funcional de la Administración pública.

Lo anterior no quiere decir sin embargo que se trate de aspectos pacíficos o no controvertidos. Sobrada es la discusión dimanante sobre la cobertura en materia de prevención de riesgos laborales y las facultades que tiene el orden jurisdiccional social para conocer de tales materias cuando afecta de un modo indefectible a la salud, seguridad e higiene en el trabajo de este colectivo; competencias jurisdiccionales estas que se han visto reforzadas por los numerosos pronunciamientos dictados al efecto y derivados de la situación de pandemia a raíz de la afección de la COVID-19 (*cf.* en este sentido y por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [del País Vasco 705/2020, de 3 de junio](#)).

Cómo citar: Sánchez Quiñones, Luis. (2020). El deslinde de las competencias jurisdiccionales entre los órdenes social y contencioso-administrativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 625/2020, de 8 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 225-231.

Se pronuncia ahora la Sala Cuarta a través de una resolución que nuevamente analiza la delicada frontera entre ambos órdenes jurisdiccionales en un supuesto de hecho no exento de duda ni polémica: la acción de impugnación de una huelga con base en su ilicitud por parte de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA; entidad que –como es notorio– cuenta con un importantísimo volumen de personas trabajadoras que mantienen una relación laboral y que además cuenta igualmente con un no menos cuantioso y notable volumen de personal regido por un vínculo funcional.

Una magnífica oportunidad –no desaprovechada por la Sala Cuarta– para examinar la, en ocasiones difícil, diferenciación y juicio en la atribución de competencias entre ambos órdenes jurisdiccionales, sentando además un criterio que puede ayudar y constituir una importante referencia para supuestos futuros y que coadyuva a la interpretación de una normativa que, en ocasiones, no ofrece todas las respuestas que debiera.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

En términos muy sucintos, los orígenes del proceso se remontan a la acción formulada por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos concerniente a la solicitud de que declarase nula o contraria a derecho la huelga preavisada por la Confederación General del Trabajo en fecha 18 de diciembre de 2012 con inicio el día 29 del mismo mes. El suplico de la demanda requería que se declarase la nulidad o ilicitud con efectos en la totalidad de la empresa o, en su defecto y subsidiariamente, en lo que afectase al personal laboral de la meritada entidad.

La citada sociedad estatal es un operador designado por ley para prestar el servicio postal universal, cumpliendo con las obligaciones de servicio público que establezca el Gobierno de la nación, y está participada en su integridad por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales. Cuenta con una plantilla compuesta mayoritariamente por personal laboral y un porcentaje superior al 20 % de personal funcional, distribuida a lo largo y ancho del territorio nacional.

A raíz de un conflicto generado sobre la petición de suprimir el trabajo en sábado, se preavisó una convocatoria de huelga con fecha de inicio el día 29 de diciembre de 2012, cuyo ámbito funcional era la totalidad del personal –funcionario y laboral– adscrito a la entidad y que sin perjuicio de la reivindicación principal incluyó otra serie de reclamaciones, teniendo la huelga durante su amplia vigencia, ya que abarcó jornadas discontinuas de paros hasta el año 2018, un seguimiento medio del 0,13 %.

Los argumentos de la empresa para solicitar el carácter ilícito de la huelga obedecían, entre otros, al uso de los días de huelga para fines distintos a la protesta, abarcando ese uso vacaciones o licencias no concedidas, por la negativa a realizar los turnos adscritos o similares. Tras el inicio de las acciones relativas a la impugnación de la huelga, esta fue desconvocada con fecha de efectos del día 31 de julio de 2018.

La Audiencia Nacional (AN) en su Sentencia [159/2018, de 19 de octubre](#), estimó la excepción de competencia de jurisdicción aducida por el sindicato demandado. Contra la citada sentencia se formuló recurso de casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (TS).

3. Claves de la posición judicial

Como ya se ha anticipado, la cuestión se reducía a determinar si el orden jurisdiccional social es o no competente para enjuiciar el carácter ilegal de una huelga en cuyo ámbito funcional se encuentra incluido tanto personal funcionario como personal laboral. Es decir, una plantilla, por así decirlo, mixta, en la que se conjugan intereses de distinta índole, pero que se ve afectada por decisiones que afectan a ambos colectivos.

Señala el TS que los jueces y tribunales del orden social tienen encomendada la totalidad de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho y que se recojan en los artículos [9.5 de la Ley orgánica del Poder Judicial](#) y [1 de la LRJS](#). Precisa la sala que el concepto «rama social» al que se hace referencia enumera la totalidad de las cuestiones litigiosas que se encuentran dentro del ámbito de competencia de los órganos del orden jurisdiccional social y que incluye expresamente las acciones en materia de libertad sindical y huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral.

Tal delimitación, continúa el TS, se cohonesta con la redacción del [artículo 3 a\) de la LJCA](#) que establece que se excluyen de su ámbito de conocimiento aquellas pretensiones que estén atribuidas exclusivamente al orden jurisdiccional social, efectuando el [artículo 3 c\) de la LRJS](#) una adición al referido precepto señalando que los órganos del orden social no conocerán de las pretensiones relativas al «derecho de huelga de los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal a que se refiere la letra a) del apartado 3 del artículo 1 del [...] Estatuto de los Trabajadores», es decir, aquellas relacionadas con la función pública.

En cualquier caso, razona la sala que el ejercicio del derecho de huelga –que es el que se aduce y cuya correcta observancia se plantea en la demanda– es de índole subjetiva y su titularidad corresponde a los sujetos que pueden ejercitarlo. Y es en ese punto en el que el [artículo 3 de la LRJS](#) se escinde y habilita el ejercicio de las acciones judiciales interesadas por la empresa demandante.

No se está cuestionando –prosigue la sala– la fijación de los términos en los que debe sustanciarse el derecho de huelga o cómo debe articularse conforme a las condiciones concretas del supuesto de hecho, sino quién es realmente el titular del derecho de huelga, puesto que en función de quién sea titular se podrá determinar la competencia a uno u otro orden jurisdiccional en atención no solo a un criterio de deslinde entre vínculo funcional

y laboral, sino también en atención al marco concreto de atribución de competencias por el que se rige el derecho del trabajo, ya que la acción empresarial de impugnación de los paros tendrá unos u otros destinatarios.

Abundando en lo anterior, el TS indica que el hecho de que se ejercite un conflicto colectivo con base en lo dispuesto en el [artículo 153 de la LRJS](#), acción esta reservada por el [artículo 2 g\) de la LRJS](#) al orden jurisdiccional social, redundando en la atribución directa a los tribunales de lo laboral, puesto que, más allá de la configuración específica de la entidad demandante o el sometimiento a un régimen jurídico concreto, lo que debe valorarse es la titularidad del derecho desde una perspectiva subjetiva, así como el análisis de la convocatoria concreta, independientemente del conjunto de situaciones que puedan plantearse dentro de la misma.

Concluye la sala determinando que existe, por tanto, un derecho colectivo que puede ser ejercitado, el cual debe ser examinado por los tribunales del orden social al afectar a un colectivo de sujetos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación objetiva del citado orden jurisdiccional, negando la concurrencia de una *vis atractiva* por el orden contencioso-administrativo, al coincidir dos grupos netamente diferenciados en el ámbito de la convocatoria, estando prevista exclusivamente la atribución al orden jurisdiccional contencioso a aquellos supuestos en los que medie una relación sujeta a las relaciones sometidas al derecho público.

4. Trascendencia de la decisión más allá del caso concreto

Tal y como anticipábamos en el epígrafe primero de este «diálogo», el TS nos ofrece una resolución ciertamente interesante desde un prisma de interpretación sencillo y claro que puede facilitar la separación de los conflictos de jurisdicción entre los órdenes social y contencioso-administrativo, aunque no se encuentra exento de dudas en su planteamiento.

Y resulta interesante porque, más allá de aspectos tangenciales a la discusión central de la litis, ofrece una solución que rectifica lo que era una sentencia discutible de la AN, por cuanto resumía de forma en exceso taxativa las implicaciones del presente supuesto mediante una reducción casi al absurdo del objeto controvertido, ligando a una plantilla mayoritariamente laboral a un orden jurisdiccional que le es extraño, como es el orden contencioso-administrativo.

Así, la Sala de lo Social de la AN había estimado la incompetencia de jurisdicción alegada por la demandada con base en lo preceptuado en la [disposición adicional séptima de la LJCA](#), la cual estipula que los conflictos derivados entre la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos y las personas empleadas de la misma que conservasen la condición funcional deben ventilarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Con base en ese argumento, la AN declaraba que las cuestiones que afectasen de forma mixta a ambas jurisdicciones debían ser sustraídas del ámbito funcional del orden jurisdiccional social y remitirlas al orden contencioso; argumento este complementado por la dicción del [artículo 2 e\) de la LJCA](#), reputando irrelevante la modalidad procesal elegida.

La argumentación de la sala de la AN apoyada en la Sentencia del TS ([STS\) 908/2017, de 21 de noviembre](#), venía a ratificar criterios anteriores de la Sala Cuarta (*cfr.* [SSTS de 14 de octubre de 2014, rec. 265/2013](#), y [9 de marzo de 2015, rec. 119/2014](#)) en los cuales se había admitido que, en caso de que mediara una decisión de una entidad pública que afectase de forma indistinta a personal laboral y funcionario, la competencia en relación con la impugnación de tales decisiones debía ser atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa.

A priori, tomando como referencia esa doctrina ya clásica de la Sala Cuarta, se podría aceptar que el razonamiento de la AN podría ser correcto. Sin embargo, el Alto Tribunal muta ese parecer para enfocar o sentar un nuevo criterio que se establecería no tanto desde una perspectiva objetiva de aplicación, sino desde una perspectiva subjetiva de invocación.

Esto es, en aquellas materias en las que se esté valorando no tanto un ámbito objetivo de afectación, sino la incidencia de una decisión empresarial sobre un derecho fundamental del que pudiera ser titular la persona trabajadora, quien podría haber decidido voluntariamente ejercerlo o no, cabría efectuar un examen y análisis por separado que afectase exclusivamente a las personas trabajadoras por cuenta ajena.

Lo cierto es que el criterio resulta novedoso, ya que en las propias resoluciones invocadas por la AN en la decisión de instancia se advertía que la asignación al orden contencioso-administrativo, incluso en los casos en los que medie esa afectación de forma indistinta al personal funcionario y laboral (FJ 2.º), se efectuaba realizando una interpretación ciertamente extensiva de los [artículos 2 f\) y h\) y 3 c\), d\) y e\)](#) de la LRJS.

Precisamente ahí radica la cuestión, porque la referencia a la concisión «que afecte exclusivamente al personal laboral» contenida en las letras reseñadas del [artículo 2 de la LRJS](#) y la mención de que el orden contencioso-administrativo regirá para los aspectos vinculados a los «funcionarios públicos» que regula el [artículo 3 de la LRJS](#) hacen que la AN superponga mayestáticamente las decisiones del orden contencioso-administrativo sobre el orden social, ejerciendo una *vis atractiva* sobre el último.

Tal extensión, indebida, de la sentencia de instancia modifica netamente el ámbito del conflicto, puesto que, si bien el suplico de la pretensión deducida por la entidad demandante solicitaba la declaración de nulidad de la huelga por ilegal o ilícita con carácter general para la totalidad de la entidad (lo que efectivamente no sería posible), no es menos cierto que con carácter subsidiario solicitaba que dicha pretensión se acomodase, en todo caso, al personal laboral de la misma.

Partiendo de que el suplico de la pretensión es el que configura tanto la modalidad procesal adecuada como la tutela que pretende obtenerse (Sentencias del Tribunal Constitucional [157/2002, de 16 de septiembre](#), y [178/1996, de 12 de noviembre](#)) y que en el asunto de referencia solicita la declaración de ilicitud de la huelga en lo que al personal laboral se refiere, puede colegirse que el criterio de la AN había obviado una parte de la pretensión solicitada por la actora y que, en todo caso, tendría encaje en el criterio emanado de la Sala Cuarta.

Ello conlleva que el TS revoque la sentencia de instancia, apoyando además la argumentación expuesta en las líneas anteriores en su [Sentencia 31/2020, de 15 de enero](#), y que el Alto Tribunal estima equiparable. No obstante, en este punto hay que discrepar del criterio de la sala, por cuanto aquel procedimiento sustanciado en el marco de una huelga radicada en Cataluña solicitaba efectivamente la declaración de nulidad por ilicitud e ilegalidad de los paros acaecidos en el año 2018 en la citada comunidad autónoma, pero el análisis que se realiza se efectúa desde un prisma puramente potencial, por lo que genera dudas de que pueda resultar aplicable al caso que nos ocupa.

Aun así, y pese al deslinde de competencias efectuado por la sala y que podemos estimar acertado, existen una serie de aspectos que requieren una valoración adicional y que pueden resultar problemáticos.

Ya hemos visto que se ha adoptado un posicionamiento que parte de ir más allá de la mera afección aparente desde un punto de vista funcional u objetivo, exigiendo de forma fehaciente una afección del derecho fundamental desde el ámbito subjetivo. Se parte de que la empresa ejerce una acción destinada a incidir sobre la esencia de un derecho fundamental, que ha podido ser ejercido o no, y que en todo caso la acción ejercitada y la oposición a la misma deben ser ventiladas en órdenes jurisdiccionales diferentes. Esta reconfiguración del criterio de la sala permite de forma efectiva establecer una neta diferenciación de las distintas relaciones funcionarial y laboral que existan dentro de la mercantil objeto de la litis.

Sin embargo, es una perspectiva planteada en términos de derecho fundamental –conforme se reconoce en la propia sentencia– que, si bien permite una escisión entre ambos colectivos –la cual se ve igualmente subrayada por la especialísima acción y requisitos que vienen delimitados por los [arts. 153 y ss. LRJS](#)–, plantea incertidumbres en aquellos casos en los que se estén tratando materias en las que no quepa efectuar tal deslinde, por cuanto no esté en juego un derecho fundamental o por cuanto el hipotético derecho invocado no permita una distinción tan clara (aparte, obviamente, de los problemas de coordinación que pudiera producir la existencia de sentencias de diferentes sentidos entre ambos órdenes jurisdiccionales).

Así, en los casos en los que se planteen cuestiones meramente interpretativas o aplicativas de mera legalidad ordinaria, subsiste la duda de si sería posible ejercitar una potencial

acción diferenciada y atribuible en exclusiva al orden jurisdiccional social, empleando un criterio igualmente de afección a un derecho meramente económico o laboral, o si bien y por el contrario se aplicaría el criterio preexistente de atribución preferente al orden contencioso-administrativo; cuestiones estas que, habiendo sido planteadas en materias concretas ([STS de 12 de junio de 2007, rec. 48/2006](#)), evidencian que todavía queda un amplio camino por recorrer.

Aunque no desesperamos. Va quedando cada vez menos.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

El efecto de las demandas y recursos laborales en el rendimiento de los mandos intermedios en la gestión de los recursos humanos

Alejandro Salvador Gómez

Personal investigador. Universitat Jaume I

Juan Carlos Bou Llusar

Catedrático de Universidad. Universitat Jaume I

Inmaculada Beltrán Martín

Titular de Universidad. Universitat Jaume I

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Recursos Humanos**.

El jurado ha estado compuesto por: don Manuel Fernández Ríos, doña Eva Cifre Gallego, don Antonio Ortega Parra, doña Vanesa Pérez Torres, don José Ramos López, don Alfredo Rodríguez Muñoz y doña Raquel Sanz Valle.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

La transferencia de las prácticas de recursos humanos (RR.HH.) implica que los mandos intermedios (MI) juegan un papel crítico en la implementación de la gestión de recursos humanos (GRH). Dada su importancia, la literatura previa trata de identificar aquellos factores que obstaculizan el rendimiento de los MI en tareas de RR.HH. y aquellos que lo promueven. El objetivo de este trabajo es doble. Primero, basándonos en la teoría de demandas y recursos laborales, examinamos la relativa contribución de los factores que obstaculizan (sobrecarga, ambigüedad y conflicto de rol) y mejoran (formación, instrumentos e incentivos vinculados a metas de RR.HH.) el rendimiento de los MI en tareas de RR.HH. Segundo, analizamos el papel mediador de la habilidad, la motivación y la oportunidad para participar en la GRH percibida por los MI. Sobre una muestra de 103 empresas españolas, la información que obtenemos mediante un cuestionario dirigido al MI (director/a comercial o jefes/as de venta) y al director/a de RR.HH. revela que la ambigüedad de rol en los MI obstaculiza su rendimiento y que, en cambio, los recursos laborales proporcionados por la organización tienen un efecto positivo. También encontramos que el efecto de la ambigüedad sobre el rendimiento de los MI está mediado por la habilidad y la oportunidad percibida. Finalmente se discuten implicaciones para la investigación y la práctica empresarial.

Palabras clave: mandos intermedios; demandas y recursos laborales; rendimiento en la gestión de recursos humanos; teoría AMO.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Salvador Gómez, Alejandro; Bou Llusar, Juan Carlos y Beltrán Martín, Inmaculada. (2020). El efecto de las demandas y recursos laborales en el rendimiento de los mandos intermedios en la gestión de los recursos humanos. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 233-270.



The impact of job demands and resources on the line managers' performance in HRM

Alejandro Salvador Gómez

Juan Carlos Bou Llusar

Inmaculada Beltrán Martín

Abstract

The process of devolving human resource (HR) practices now means that line managers (LMs) play a prominent role in their implementation. Given the significance of these actors, previous literature has identified a number of factors that either hinder (e. g., role ambiguity, role overload, and role conflict) or promote (e. g., training, HR instruments and incentives linked to HR goals) LMs' performance in HR tasks. The aim of this paper is twofold. First, drawing on the job demands-resources (JD-R) theory, our study examines the relative contribution of the hindering and enhancing factors of LMs' performance in HR tasks. Second, we analyse the mediator role of the ability, motivation and opportunity to participate perceived by LMs in HR tasks. Using data from a matched sample of 103 sales and HR managers of Spanish firms, our results reveal that role ambiguity perceived by LMs hinders their performance in HR tasks, whereas the job resources provided by the company have a positive effect on LMs' performance. We also found that the effect of role ambiguity on LMs' performance is mediated by their perceived ability and opportunity. Implications for research and practice are discussed.

Keywords: line managers; JD-R theory; HRM performance; HR devolution; AMO theory.

Citation: Salvador Gómez, Alejandro; Bou Llusar, Juan Carlos y Beltrán Martín, Inmaculada. (2020). The impact of job demands and resources on the line managers' performance in HRM. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 233-270.





Sumario

1. Introducción
 2. Marco teórico e hipótesis
 - 2.1. Los efectos de las demandas y los recursos laborales en el rendimiento de los mandos intermedios en las tareas de recursos humanos
 - 2.1.1. El efecto de las demandas laborales en el rendimiento de los mandos intermedios en las tareas de recursos humanos
 - 2.1.2. El efecto de los recursos laborales en el rendimiento de los mandos intermedios en las tareas de recursos humanos
 - 2.2. El papel mediador de las habilidades, la motivación y las oportunidades de los mandos intermedios
 - 2.2.1. Las habilidades, la motivación y las oportunidades de los mandos intermedios median el efecto de las demandas laborales en su rendimiento en las tareas de recursos humanos
 - 2.2.2. Las habilidades, la motivación y las oportunidades de los mandos intermedios median el efecto de los recursos laborales en su desempeño en las tareas de recursos humanos
 3. Método
 - 3.1. Muestra y procedimiento de recogida de datos
 - 3.2. Medidas
 - 3.3. Procedimiento estadístico
 4. Resultados
 5. Discusión
 - 5.1. Implicaciones prácticas
 - 5.2. Limitaciones y futuras direcciones de investigación
- Referencias bibliográficas
- Apéndice

Nota: esta investigación ha sido apoyada por la Generalitat Valenciana, Conselleria de Educación, Cultura y Deporte (201352.01/1).

1. Introducción

En las últimas décadas, la investigación en el campo de la gestión de recursos humanos (GRH) ha demostrado ampliamente el efecto positivo que determinadas prácticas de RR. HH. tienen en el rendimiento empresarial (Combs *et al.*, 2006). No obstante, esta relación positiva depende del grado en que dichas prácticas se implementen eficazmente dentro de la empresa (Wright y Nishii, 2013). Es decir, no es suficiente con diseñar determinadas prácticas de RR. HH., sino que cobra una gran relevancia el modo por el cual dichas prácticas se ponen en funcionamiento (se implementan) dentro de la organización.

La literatura indica que la implementación eficaz de las prácticas de RR. HH. conduce a un mayor rendimiento en diversos resultados organizativos, tales como la calidad de los productos, cuotas de mercado, rendimiento financiero (Chow, 2012; Guest y Conway, 2011) o la satisfacción de los/las empleados/as (Khilji y Wang, 2006). En contraposición, una implementación ineficaz puede socavar estos efectos (Woodrow y Guest, 2014). Así pues, la habilidad en las organizaciones para implementar las prácticas de RR. HH. de forma correcta se considera una fuente de ventaja competitiva (Becker y Huselid, 2006). El modelo de proceso de la gestión estratégica de RR. HH. (Wright y Nishii, 2013) considera que la implementación de la GRH es un proceso a través del cual las políticas diseñadas por la organización son puestas en marcha diariamente en el plano operativo con el objetivo de influir positivamente en los comportamientos de los/las empleados/as. Esta perspectiva destaca, por tanto, el papel clave de los agentes responsables de implementar las prácticas de RR. HH.

Se ha observado que cada vez más organizaciones trasladan las funciones de gestión de personal propias del departamento de RR. HH. a otros grupos de interés con el objetivo de reducir costes o mejorar la velocidad y flexibilidad en la toma de decisiones (Perry y Kulik, 2008). Este proceso se ha denominado en el contexto anglosajón proceso de «transferencia», ya que las responsabilidades en el ámbito de los RR. HH. recaen en determinadas personas dentro de la empresa más allá del departamento de RR. HH. En un contexto de transferencia de RR. HH., los mandos intermedios (MI) (por ejemplo, jefes/as de enfermería, jefes/as de sección o jefes/as de equipo) son responsables de implementar las prácticas de RR. HH. (Evans, 2016; Pak y Kim, 2018). El grado de cumplimiento de los MI con respecto a las tareas y responsabilidades que se les encomiendan para con un conjunto de prácticas de RR. HH. determinará su rendimiento en la GRH (Alfes *et al.*, 2013). Por tanto, resulta crítico entender cuáles son los factores que, en realidad, influyen en el rendimiento de los MI en las tareas de RR. HH. (Op de Beeck *et al.*, 2018).

La literatura previa ha identificado un número de factores que pueden influir en el rendimiento de los MI en sus tareas de RR.HH. Por una parte, identificamos una corriente de investigación centrada en estudiar aquellos factores que pueden obstaculizar el rendimiento de los MI. Estos factores son las demandas laborales y abarcan variables tales como la ambigüedad de rol, la sobrecarga de rol y el conflicto de rol (Evans, 2016; Gilbert *et al.*, 2011). Por otra parte, también identificamos otro conjunto de autores y autoras que proponen que las propias empresas, a través de diferentes iniciativas, denominadas «recursos laborales» (por ejemplo, formación, herramientas, directrices de GRH e incentivos vinculados a metas de RR.HH.), pueden mejorar el rendimiento de los MI en sus tareas de RR.HH. (Bos-Nehles *et al.*, 2013; Trullen *et al.*, 2016). Sin embargo, observamos que apenas existen estudios que analicen de forma conjunta la contribución de estos dos tipos de factores sobre el rendimiento de los MI en tareas de RR.HH. Dado que estos factores pueden incrementar o reducir el rendimiento de los MI, consideramos que su análisis de forma separada ignora las posibles sinergias entre los mismos.

Con base en la teoría de las demandas y recursos laborales (Demerouti *et al.*, 2001), utilizada frecuentemente para explicar el rendimiento en el puesto de las personas (Bakker y Bal, 2010; Gilboa *et al.*, 2008), desarrollamos nuestro primer objetivo de estudio, en el cual planteamos un modelo con el fin de analizar en qué medida, y de forma conjunta, los factores facilitadores (recursos laborales) como obstaculizadores (demandas laborales) afectan al rendimiento de los MI.

Segundo, con el objetivo de avanzar en la investigación sobre la teoría de demandas y recursos, incluimos las habilidades, la motivación y oportunidad de los MI (en adelante AMO por sus siglas en inglés) como variables que median la relación entre demandas, recursos y el rendimiento de los MI. Con ello respondemos al llamamiento de literatura anterior que insta en superar la visión limitada de los mecanismos mediadores que operan entre demandas, recursos y resultados individuales (Schaufeli y Taris, 2014). El modelo AMO (Appelbaum *et al.*, 2000) ha sido ampliamente estudiado como un antecedente directo del rendimiento individual (Gilbert *et al.*, 2015). Al analizar el papel mediador de AMO en la relación planteada, abordamos la propuesta de Trullen *et al.* (2016) en la cual se indica que algunos recursos laborales pueden tener un efecto sobre el rendimiento de los MI a través de varios factores AMO simultáneamente. De forma similar, explorando este papel mediador de AMO, respondemos a la llamada de Evans (2016) que sugirió que sería interesante ofrecer una visión más profunda del efecto de las demandas laborales sobre el rendimiento de los MI en combinación con AMO.

El estudio está estructurado de la siguiente manera. La segunda sección describe los antecedentes teóricos y las principales hipótesis planteadas. La tercera sección presenta el método utilizado para probar las hipótesis y la cuarta sección explica los resultados de la investigación. Para concluir, se discuten las principales contribuciones y las implicaciones prácticas que se derivan de este estudio.

2. Marco teórico e hipótesis

La investigación de la GRH proporciona evidencia empírica de la existencia de estrategias de transferencia de RR.HH. hacia los MI (McGovern *et al.*, 1997). En su revisión sistemática de la literatura, Townsend y Hutchinson (2017) identificaron una tendencia general en diversos países hacia el incremento de la responsabilidad de los MI en cuanto a las actividades de gestión de personal, como reclutamiento y selección, formación y desarrollo, evaluación del rendimiento y compensación (por ejemplo, Hutchinson y Purcell, 2010; Larsen y Brewster, 2003; Perry y Kulik, 2008). Este incremento de implicación en la GRH hace que los MI sean responsables de la ejecución y comunicación de las políticas y prácticas de RR.HH. a los/las empleados/as a través de sus comportamientos y acciones (Townsend y Hutchinson, 2017). Por tanto, su papel es crítico en la implementación de la GRH.

Los estudios que se centran en analizar este papel de los MI en los procesos de implementación de la GRH identifican algunos factores que afectan en cierta medida a su fracaso o éxito. Por una parte, Hall y Torrington (1998) enfatizan en las dificultades o barreras que deben superar o hacer frente los MI para llevar a cabo la correcta ejecución de sus tareas de RR.HH. De forma concreta, se señala que la transferencia de las responsabilidades de RR.HH. a los MI se realiza frecuentemente con cierta falta de claridad, que esta transferencia propicia conflictos entre las tareas operacionales y las de RR.HH., y, que, a su vez, la carga de trabajo diario de los MI se ve incrementada. Estos factores han sido identificados como obstáculos para el rendimiento de los MI en las tareas de RR.HH. (Evans, 2016; Gilbert *et al.*, 2011). Por otro lado, otra parte de la doctrina se centra en aquellos factores que ayudan al proceso de implementación de la GRH llevado a cabo por los MI. Estos factores provienen de las acciones propuestas por las empresas para favorecer la eficaz implementación de las prácticas de RR.HH. (Bos-Nehles *et al.*, 2013; Gilbert *et al.*, 2015; Trullen *et al.*, 2016), denominados como «factores facilitadores». Sin embargo, la falta de pruebas empíricas sobre la contribución relativa de estos dos conjuntos de factores en el rendimiento de los MI, y la posible relación sinérgica entre ellos, revela la necesidad de seguir avanzando en esta línea de investigación. En este sentido, la teoría de demandas y recursos laborales (JD-R; Demerouti *et al.*, 2001) puede considerarse un marco adecuado para analizar conjuntamente los factores facilitadores y obstaculizadores propuestos en investigaciones anteriores.

2.1. Los efectos de las demandas y los recursos laborales en el rendimiento de los mandos intermedios en las tareas de recursos humanos

De acuerdo con la teoría de demandas y recursos laborales, las características del puesto de trabajo que tienen una influencia en el rendimiento individual pueden ser clasificadas en dos categorías diferentes. Primero, Bakker y Demerouti (2007) definen las «demandas laborales» como aquellos aspectos sociales, psicológicos, físicos u organizativos que requieren

tiempo y esfuerzo por parte de la persona. Este constructo comprende tanto demandas cualitativas como cuantitativas. Las demandas cuantitativas son aquellas que requieren mayores esfuerzos por parte de la persona, como, por ejemplo, mayor carga de trabajo, mientras que las demandas cualitativas son aquellas asociadas con ambigüedades y conflictos respecto a las obligaciones incluidas en el puesto (Janssen, 2001). Altas demandas laborales desencadenan un proceso de deterioro energético que se ve reflejado en estados individuales de ansiedad, insatisfacción o tensión, sugiriendo, por tanto, una relación negativa entre las demandas laborales y el rendimiento laboral individual (Gilboa *et al.*, 2008). Por ejemplo, las demandas laborales pueden desviar la atención de una persona y socavar su capacidad para realizar tareas laborales (Jex, 1998); pueden provocar respuestas psicológicas involuntarias que interfieren con el rendimiento individual, y crear un contexto de sobrecarga de información que acorte la capacidad de atención de una persona y, por lo tanto, su desempeño laboral (Cohen, 1980).

En segundo lugar, Demerouti *et al.* (2001) definen los «recursos laborales» como:

[...] aquellos aspectos físicos, psicológicos, sociales u organizativos del trabajo con capacidad de: a) ser funcionales para alcanzar los objetivos del trabajo; b) reducir las demandas laborales junto con sus costes fisiológicos y psicológicos asociados; y c) estimular el crecimiento y el desarrollo personal» (p. 501).

Los recursos laborales son, por tanto, características organizativas que definen las relaciones interpersonales (apoyo de la empresa), la organización del trabajo (participación en la toma de decisiones) y acuerdos a nivel de tarea (autonomía e identidad) en la empresa. En este caso, se desencadena un proceso de compromiso por parte de la persona a la que se ha dotado de abundantes recursos laborales (Schaufeli y Taris, 2014). De acuerdo con la teoría del esfuerzo-recuperación (Meijman y Mülder, 1998), contextos de trabajo que proporcionan muchos recursos fomentan la disposición de las personas a dedicar esfuerzos y habilidades para cumplir con la tarea del trabajo. Por lo tanto, estos estados mentales positivos relacionados con el trabajo fomentan resultados organizativos positivos, como el compromiso y el rendimiento en la organización (Schaufeli y Taris, 2014). En lo que sigue, analizamos la influencia de las demandas y de los recursos laborales en el rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.

2.1.1. El efecto de las demandas laborales en el rendimiento de los mandos intermedios en las tareas de recursos humanos

Las demandas laborales son aspectos negativos del trabajo que conducen a bajos niveles de rendimiento laboral individual a través de un proceso de deterioro energético (Gilboa *et al.*, 2008; Schaufeli y Taris, 2014). Siguiendo a Evans (2016) y Gilbert *et al.* (2011), las demandas laborales identificadas en el papel de RR. HH. de los MI son la sobrecarga de rol, la ambigüedad de rol y el conflicto de rol.

Primero, la sobrecarga de rol hace referencia a la incapacidad de cumplir eficazmente las tareas asignadas debido a las estrechas limitaciones de tiempo (Newton y Keenan, 1987). Evans (2016) observó que cuando los MI tuvieron que llevar a cabo evaluaciones del rendimiento, planes de desarrollo, programas de trabajo y otras tareas relacionadas con los RR. HH. de cada persona empleada a su cargo, así como sus tareas operacionales, no podían completar su trabajo sin prolongar su jornada laboral. Esas sobrecargas de trabajo producen estados emocionales deficientes en las personas (por ejemplo, agotamiento o agotamiento físico), que afectan negativamente a su rendimiento laboral (Bakker *et al.*, 2004). Por lo tanto, la sobrecarga de trabajo en un MI puede obstaculizar el rendimiento adecuado de sus funciones de RR. HH. (Evans, 2016; Hutchinson y Purcell, 2010; McGovern *et al.*, 1997).

En segundo lugar, la ambigüedad de rol se refiere a la incertidumbre o la falta de claridad sobre el papel de la persona (Kahn *et al.*, 1964). Los miembros de un sistema transmiten, explícita e implícitamente, sus expectativas sobre cómo deben comportarse los demás miembros. Cuando la comunicación está ausente o es deficiente, puede surgir la ambigüedad sobre su rol. La incertidumbre y la ambigüedad son características del trabajo de los MI (Hales, 2005), explicándose en gran medida por su papel de intermediarios: por un lado, son responsables de la gestión de su personal y, a su vez, también son personas empleadas gestionadas por la empresa a la que pertenecen (Townsend y Hutchinson, 2017). En muchos casos, la transferencia de las tareas de RR. HH. se produce sin una comunicación clara y precisa sobre lo que hay que hacer. Esto conduce a situaciones en las que varios MI de la misma empresa llevan a cabo prácticas de RR. HH. de diferentes maneras (Bos-Nehles *et al.*, 2013), lo que da lugar a discrepancias entre la alta dirección y el personal directivo de nivel medio acerca de las expectativas y percepciones de las responsabilidades y la carga de trabajo de los MI (Hutchinson y Purcell, 2010). En otros casos, surgen discrepancias entre los MI y el departamento de RR. HH., porque no se especifica claramente el grado de responsabilidad compartida de cada práctica de RR. HH. (Gollan, 2012). En el trabajo de Evans (2016) se informa de la ambigüedad producida en la aplicación de una política de RR. HH. debido a la falta de una comunicación clara y precisa. Específicamente, se esperaba que esta política de RR. HH. impulsara la flexibilidad laboral a través de la contratación, sin embargo, no se estableció claramente si los MI tenían que dar prioridad a la contratación de trabajadores/as temporales sobre los trabajadores/as permanentes. En resumen, la incertidumbre percibida por los MI acerca de lo que la empresa espera de ellos puede conducir a situaciones de inseguridad emocional (Armstrong, 2001). La presencia de ambigüedad de rol se vincula con estados negativos en las personas tales como bajos niveles de satisfacción laboral o alta tensión laboral (Jackson y Schuler, 1985).

Finalmente, una tercera demanda laboral es el conflicto de rol, el cual se entiende como «el grado por el que una persona experimenta presiones dentro de un rol que son incompatibles con las presiones que surgen dentro de otro rol diferente» (Kopelman *et al.*, 1983, p. 201). El trabajo de los MI conlleva constantes presiones y conflictos que se ven incrementados por la transferencia de los RR. HH. (Child y Partridge, 1982). Dada su posición como intermediarios en la empresa, los MI pueden experimentar expectativas conflictivas en el

rendimiento de su papel. Por ejemplo, la empresa espera que sean la voz de la dirección, mientras que los/las empleados/as esperan que sean firmes defensores de sus intereses (Boxall y Purcell, 2016). Las empresas exigen a los MI que equilibren los presupuestos y mantengan el número de personal y, al mismo tiempo, que preserven la alta moral de los/las empleados/as, lo que da lugar a un evidente conflicto de rol (Hutchinson y Purcell, 2010). Además, en su papel de implementadores/as de prácticas de RR.HH., también se espera que sean expertos/as técnicos, coordinadores/as, líderes y facilitadores/as de la innovación o el cambio. Dada la diversidad de funciones, el cumplimiento de una expectativa puede impedir que los MI cumplan otro requisito derivado de una función diferente, provocando así sentimientos de conflicto de rol (Evans, 2016) Por ejemplo, Evans (2016) ilustra cómo algunos MI consideran que el cumplimiento de su función de RR.HH. interfiere en el logro de sus objetivos individuales y empresariales, concretamente en lo que respecta a la gestión del tiempo, lo que a menudo les lleva a dejar de lado las tareas de RR.HH. Las personas perciben este conflicto de rol como una amenaza potencial para su crecimiento personal y para el logro de sus objetivos, lo que conduce a actitudes y emociones negativas (Boswell *et al.*, 2004). Este tipo de conflicto está vinculado con la presencia de agotamiento en las personas (Lee y Ashforth, 1996), y niveles más bajos de compromiso organizativo (Crawford *et al.*, 2010) y de bienestar (Tubre y Collins, 2000).

Por lo tanto, teniendo en cuenta la argumentación teórica anterior, se propone la siguiente hipótesis:

Hipótesis 1: «La percepción de demandas laborales por los MI (sobrecarga, ambigüedad y conflicto de rol) tendrá un efecto negativo en su rendimiento en las tareas de RR.HH.».

2.1.2. El efecto de los recursos laborales en el rendimiento de los mandos intermedios en las tareas de recursos humanos

Los recursos laborales son aspectos positivos del trabajo, que conducen a altos niveles de rendimiento laboral individual a través de un proceso de compromiso (Schaufeli y Taris, 2014). Siguiendo a Bos-Nehles *et al.* (2013) y Trullen *et al.* (2016), los recursos laborales identificados en la función de RR.HH. de los MI son la formación en materia de RR.HH., los instrumentos de RR.HH. y los incentivos vinculados a los objetivos de RR.HH. En lo que sigue, analizamos el efecto directo de estos factores en el rendimiento de los MI en la GRH.

Primero, una parte de la doctrina señala que la formación es un importante recurso laboral para las personas. La formación no solo prepara a las personas empleadas para hacer frente a tareas exigentes, sino que también fomenta un alto compromiso con su organización (Crawford *et al.*, 2010). Las personas perciben las actividades de capacitación como un indicio de su valor dentro de la empresa. A su vez, sienten una responsabilidad recíproca de devolver esta inversión, lo que da lugar a comportamientos deseados como, por

ejemplo, un mejor rendimiento (Gould-Williams y Davies, 2005). En el contexto de la transferencia de RR.HH., la formación sistemática en tareas de RR.HH. también se considera un recurso clave, ya que ayuda a los MI a desempeñar su función de RR.HH. de manera adecuada (Perry y Kulik, 2008) y a evitar que cometan graves errores a largo plazo (Marchington y Wilkinson, 2002). Además, la formación permite a los MI comprender claramente los objetivos de RR.HH. y les proporciona las herramientas necesarias para gestionar los conflictos entre su personal, lo que a su vez mejora el rendimiento de los MI en prácticas específicas de RR.HH. (Bainbridge, 2015). Por ejemplo, Zhu *et al.* (2008) encontraron que había una relación positiva entre aquellos MI que estaban formados en tareas de RR.HH. con una mayor eficacia organizativa. Además, Townsend (2013) demostró que un programa de formación específico permitió a los MI reducir las quejas de 64 a 3, en 3 años consecutivos. En segundo lugar, la realización de cualquier tarea requiere a menudo que las personas a las que se les confía su ejecución tengan acceso a información y conocimientos específicos, que, una vez interpretados, son significativos para el desempeño eficaz del trabajo (Weick, 1969). Como indican Bacharach y Bamberger (1995), esta información y conocimiento «puede incluir instrucciones y directrices generales sobre cómo se espera que se realice el trabajo o cómo se toman decisiones específicas» (p. 85). En el contexto de transferencia de RR.HH., este tipo de recursos o instrumentos de RR.HH. incluyen manuales, directrices, descripciones detalladas de las prácticas de RR.HH., directrices para llevarlas a cabo adecuadamente y procedimientos fáciles de utilizar adaptados a prácticas específicas (Trullen *et al.*, 2016). La dotación de instrumentos de RR.HH. hace que el proceso de decisión sea más accesible para los MI y también les ayuda a aplicar las prácticas de RR.HH. de forma coherente (Conway y Monks, 2010). De hecho, este recurso se ha relacionado con el aumento del rendimiento de los MI en la GRH (Bos-Nehles *et al.*, 2013).

Por último, las personas que se esfuerzan en el lugar de trabajo esperan recibir a cambio una recompensa por parte de la organización, ya sea en forma de dinero (por ejemplo, salarios), reconocimiento (por ejemplo, respeto y apoyo) u oportunidades de trabajo/seguridad (por ejemplo, promoción) (De Jonge *et al.*, 1999). Cuando perciben recompensas que son justas y cumplen con sus expectativas, a su vez, su satisfacción (Kalleberg, 1977), compromiso (Malhotra *et al.*, 2007) y rendimiento mejoran (Garbers y Konradt, 2014). En el contexto de la transferencia de RR.HH., se hace hincapié en la dotación de incentivos vinculados a los objetivos de los RR.HH. como factor estimulante del rendimiento de los MI en tareas de RR.HH. (Whittaker y Marchington, 2003). Ejemplos de estos incentivos son aquellos basados en el desempeño o en la incorporación de tareas de RR.HH. a su diseño de trabajo (Bos-Nehles *et al.*, 2013; Sikora y Ferris, 2014). Se considera que este recurso no solo es un complemento ideal para el uso de la formación (Pak y Kim, 2018), sino también como un factor importante que fomenta un desempeño adecuado y continuado a lo largo del tiempo. Por ejemplo, Trullen *et al.* (2016) consideran que el reconocimiento del buen rendimiento de los MI en las tareas de GRH frente a su personal los alienta a mantener el mismo nivel de rendimiento.

Por lo tanto, sobre la base de lo anterior, se propone nuestra segunda hipótesis:

Hipótesis 2: «La dotación de recursos laborales por parte de la empresa (formación, instrumentos e incentivos vinculados a metas de RR. HH.) tendrá un efecto positivo en el rendimiento de los MI en sus tareas de RR. HH.».

2.2. El papel mediador de las habilidades, la motivación y las oportunidades de los mandos intermedios

El modelo de demandas y recursos laborales se ha aplicado de forma recurrente para analizar la influencia que tienen estos dos grupos de características del puesto en resultados individuales en una amplia variedad de entornos de trabajo (Schaufeli y Taris, 2014). Sin embargo, sigue habiendo cierto desconocimiento sobre los mecanismos subyacentes que conducen tanto al efecto negativo de las demandas laborales en el rendimiento individual (por ejemplo, estados emocionales deficientes, inseguridad, pérdida de confianza en sí mismo, baja satisfacción, tensiones laborales), como al efecto positivo de los recursos laborales en el desempeño individual (por ejemplo, compromiso, estímulo, voluntad). Como señalan Bakker y Demerouti (2016) y Schaufeli y Taris (2014), se necesitan marcos teóricos adicionales para explicar mejor las asociaciones entre las demandas de trabajo, los recursos y los resultados individuales.

Dado que nuestro estudio tiene como objetivo explicar el rendimiento de los MI en las tareas de RR. HH., ampliamos la investigación actual incluyendo la habilidad, la motivación y la oportunidad de los MI de participar como mecanismos de mediación en la relación entre las demandas laborales y los recursos sobre el desempeño individual. El modelo AMO (Jiang *et al.*, 2013) se ha utilizado ampliamente para explicar el rendimiento individual y, en particular, para analizar el papel de los MI en las tareas de RR. HH. (Bos-Nehles *et al.*, 2013; Gilbert *et al.*, 2015; Kellner *et al.*, 2016; Trullen *et al.*, 2016; Van Waeyenberg y Decramer, 2018). Según esta teoría, el rendimiento laboral está determinado por el grado de habilidades (A), la motivación (M) y la oportunidad de participar (O) que tienen las personas (Appelbaum *et al.*, 2000).

La dimensión de la habilidad (A) se refiere a las capacidades de las personas empleadas para realizar sus tareas laborales (Jiang *et al.*, 2013) asemejándose al constructo de autoeficacia (Knies y Leising, 2014). Desde las premisas de la teoría del capital humano (por ejemplo, Chang y Chen, 2011), las habilidades y competencias de las personas empleadas afectan a la productividad del trabajo. La habilidad se relaciona con el rendimiento, principalmente por un mayor conocimiento del trabajo, de tal manera que las personas trabajadoras con grandes habilidades tienden a rendir mejor porque son más capaces de adquirir y aplicar conocimientos pertinentes para el trabajo que aquellas con niveles de capacidad más bajos (Van Iddekinge *et al.*, 2017). Estudios empíricos anteriores respaldan la relevancia de la habilidad del personal a la hora de aumentar su rendimiento laboral (Liao *et al.*, 2009). También se ha demostrado la relevancia de las habilidades en el rendimiento de los MI (Bos-Nehles *et al.*, 2013; Gilbert *et al.*, 2015; Kellner *et al.*, 2016).

La dimensión de la motivación (M) incluye aquellas actitudes individuales relacionadas con la disposición de las personas empleadas a invertir esfuerzos en el trabajo (Jiang *et al.*, 2013). En términos generales, la motivación puede definirse como «una fuerza inobservable que dirige, dinamiza y sostiene el comportamiento» (Diefendorff y Chandler, 2011, p. 66). De esta forma, mientras que el componente (A) hace hincapié en las habilidades de las personas empleadas para desempeñar el trabajo, el componente (M) se refiere al grado de inclinación de las personas en utilizar esas capacidades (Liao *et al.*, 2009). Estudios como los de Rich *et al.* (2010) sugieren que la productividad de las personas empleadas depende de su disposición a utilizar sus capacidades en el trabajo, y demuestran la relevancia de la motivación de dichas personas empleadas para aumentar su rendimiento laboral. La motivación de los/las empleados/as conlleva a comportamientos laborales deseados y a esfuerzos discrecionales que contribuyen en los resultados operacionales (Jiang, Lepak, Hu *et al.*, 2012). En cuanto al papel de los MI en la GRH, Van Waeyenberg y Decramer (2018) muestran que el factor de motivación fue útil para predecir el rendimiento de los MI en la aplicación de las prácticas de gestión del desempeño.

Por último, la dimensión de las oportunidades (O) «refleja los medios a través de los cuales las habilidades y los esfuerzos de las personas empleadas pueden convertirse en resultados» (Jiang *et al.*, 2013, p. 1.463). En otras palabras, refleja las posibilidades de dichas personas de desplegar sus aptitudes en sus puestos de trabajo y contribuir al éxito de la empresa (Ehrnrooth y Björkman, 2012). Otra parte de la doctrina también ha demostrado que las oportunidades de desempeño influyen en el rendimiento de los/las empleados/as (por ejemplo, Aryee *et al.*, 2012). El razonamiento que subyace a este hecho es que el rendimiento de los/las empleados/as está influenciado por el grado en que los/las trabajadores/as son capaces de aprovechar sus habilidades laborales (Van Waeyenberg y Decramer, 2018). Por lo tanto, las personas empleadas no solo deben ser capaces y estar motivadas en el trabajo, sino que también deben tener la oportunidad de hacerlo para aumentar su contribución (Jiang, Lepak, Han *et al.*, 2012). En este sentido, Trullen *et al.* (2016) revelan formas de dar a los MI la oportunidad de mejorar su desempeño en la GRH, mientras que Van Waeyenberg y Decramer (2018) demuestran la importancia del factor oportunidad en la ejecución de prácticas de gestión del desempeño.

En los siguientes subepígrafes, exploramos el papel intermedio de AMO en los MI en la relación entre las demandas, los recursos laborales y el rendimiento de los MI en tareas de RR.HH.

2.2.1. Las habilidades, la motivación y las oportunidades de los mandos intermedios median el efecto de las demandas laborales en su rendimiento en las tareas de recursos humanos

Más allá del efecto negativo de las demandas laborales en los estados emocionales de las personas empleadas, varios autores y autoras sugieren que las demandas tienen una

influencia negativa en los componentes AMO de las personas (LePine *et al.*, 2004). En primer lugar, en lo que respecta a las habilidades, parece que la sobrecarga de funciones puede disminuir el rendimiento de los MI en las tareas de RR.HH. Por ejemplo, en el estudio de Evans (2016) un MI describe que le resulta imposible encontrar tiempo para realizar su trabajo tal y como le gustaría porque es responsable de demasiados trabajadores/as y tareas. Bos-Nehles *et al.* (2013) muestran que la combinación de las tareas de gestión de personal y sus propias tareas operativas pueden llevar a los MI a sentirse incapaces de llevar a cabo sus tareas de RR.HH.

Del mismo modo, la ambigüedad de sus funciones y el conocimiento insuficiente de la política de RR.HH. y de su papel en ella puede hacer que los MI perciban que no tienen la habilidad necesaria para llevar a cabo las prácticas de RR.HH. (Gilbert *et al.*, 2015). Por ejemplo, Woodrow y Guest (2014) señalan que algunos MI reciben mensajes contradictorios sobre la aplicación de las políticas, evidenciando incoherencias entre las indicaciones de la política formal y las decisiones de la alta dirección. Esta situación puede derivar en que los MI pierdan la confianza en sí mismos en cuanto a la realización de tareas de GRH (Armstrong, 2001).

Además, el conflicto de rol también puede disminuir la capacidad de los MI para llevar a cabo la GRH. Basándose de nuevo en la investigación de Evans (2016), un MI informa de que, aunque es consciente de la importancia del equilibrio entre el trabajo y la vida privada, las evaluaciones, la formación y, en definitiva, la realización de estas prácticas de RR.HH. interfiere directamente en sus objetivos personales, limitando así su capacidad. En vista de lo anterior, y considerando los argumentos que justifican la influencia de AMO en el desempeño de los MI en las tareas de RR.HH., proponemos la siguiente hipótesis:

Hipótesis 3: «La habilidad percibida de los MI mediará el efecto negativo de las demandas laborales (conflicto de roles, sobrecarga de roles y ambigüedad de roles) sobre su desempeño en las tareas de RR.HH., y el efecto indirecto será negativo».

En segundo lugar, según Lepine *et al.* (2005), las demandas laborales deberían estar relacionadas con bajos niveles de motivación individual, ya que las personas que se enfrentan a grandes demandas laborales es probable que concluyan que el esfuerzo que les supone satisfacerlas no es razonable. Por ejemplo, Kellner *et al.* (2016) señalan que la falta de tiempo debido a la sobrecarga de funciones puede repercutir negativamente en la motivación de los MI para realizar tareas de GRH. Evans (2016) también muestra que, cuando los MI perciben conflictos entre sus funciones operativas y de RR.HH., su motivación disminuye y están menos comprometidos con estas funciones de gestión de personal. Por otra parte, cuando las personas perciben ambigüedad de rol en su trabajo optan por reducir sus esfuerzos cuando surgen dificultades (Kahn *et al.*, 1964); por lo tanto, se espera que disminuya su sentido de responsabilidad y compromiso con los resultados. A la luz de lo anterior, dado que los MI suelen experimentar ambigüedad en sus tareas de GRH (Hales, 2005), es razonable esperar que su motivación disminuya si hay una falta de claridad en torno a estas tareas. Sobre esta base, planteamos la siguiente hipótesis:

Hipótesis 4: «La motivación de los MI en materia de RR. HH. media el efecto negativo de las demandas laborales (conflicto, sobrecarga y ambigüedad de rol) en su desempeño en las tareas de RR. HH., y el efecto indirecto será negativo».

Finalmente, en lo que respecta a la oportunidad, la literatura identifica la sobrecarga de funciones como un obstáculo importante que con frecuencia debe hacer frente el MI. Tratar con demasiadas tareas operativas a corto plazo impide a los MI dedicar el tiempo necesario para completar las tareas a largo plazo, como el desarrollo del personal (Hutchinson y Purcell, 2010). Por otro lado, las estrategias de transferencia de RR. HH. están vinculadas al conflicto de rol en los MI, es decir, a las incompatibilidades con otros roles organizativos (Caldwell, 2003). Según Van Waeyenberg y Decramer (2018), el conflicto de rol indica que los MI carecen de la oportunidad necesaria para desempeñar su función de RR. HH. En este caso, incluso cuando los MI tienen el tiempo necesario para completar sus tareas, si su propio trabajo interfiere con su función operativa, tienen menos oportunidades de expresarse en las tareas de RR. HH. Por último, Bos-Nehles *et al.* (2013) afirman que las organizaciones deberían eliminar toda la ambigüedad en el papel de los MI con el fin de crearles oportunidades. Las responsabilidades de RR. HH. no suelen ser lo suficientemente claras (Lowe, 1992), lo que impide a los MI desempeñar su función de RR. HH. de forma adecuada. Si no saben exactamente lo que deben hacer, no pueden expresarse ni ser proactivos en sus trabajos (Beltrán Martín y Bou Llusar, 2018). Teniendo en cuenta los puntos mencionados, se plantea la siguiente hipótesis:

Hipótesis 5: «La oportunidad percibida por los MI media el efecto negativo de las demandas laborales (conflicto, sobrecarga y ambigüedad de rol) en su desempeño en las tareas de RR. HH., y el efecto indirecto será negativo».

2.2.2. Las habilidades, la motivación y las oportunidades de los mandos intermedios median el efecto de los recursos laborales en su desempeño en las tareas de recursos humanos

En el contexto específico del desempeño de la GRH por parte de los MI, el impacto positivo de los recursos laborales está asociado con la mejora de las habilidades de los MI (competencias necesarias para desempeñar adecuadamente las responsabilidades de los RR. HH.), la motivación (la voluntad de llevarlas a cabo) y las oportunidades (un contexto laboral que permite una acción y proporciona todos los medios necesarios para la auto-expresión) (Bos-Nehles *et al.*, 2013; Gilbert *et al.*, 2015; Trullen *et al.*, 2016). Según Trullen *et al.* (2016), «debemos considerar que un recurso laboral puede afectar simultáneamente a más de un componente AMO» (p. 467).

En primer lugar, con respecto a la habilidad, la formación sistemática en tareas de RR. HH. (Bos-Nehles *et al.*, 2013; Gilbert *et al.*, 2011; Perry y Kulik, 2008; Trullen *et al.*, 2016) es una

de las maneras más destacadas de mejorar las habilidades y competencias de los MI. La formación permite a los MI comprender la política de RR.HH. diseñada por la empresa y, por tanto, ayudarle a la hora de llevarla a cabo de manera eficiente. Un claro ejemplo de ello se encuentra en el estudio de Trullen *et al.* (2016) en el que la formación previa impartida a los MI tuvo un impacto positivo en el sistema de retroalimentación de 180° que se introdujo posteriormente, ya que los MI sabían cómo realizar sus tareas y escuchar a los/las empleados/as. Los instrumentos de RR.HH., como las descripciones detalladas de las prácticas de RR.HH. (tanto su finalidad como directrices claras sobre su aplicación), son otra forma de mejorar las habilidades de gestión del personal de los MI (Trullen *et al.*, 2016). Los manuales, las políticas y los procedimientos claros son ejemplos de instrumentos de RR.HH., que informan a los MI sobre lo que exactamente se espera de las prácticas de RR.HH. y de cómo deben implementarse, mejorando así su capacidad para realizar adecuadamente las tareas de gestión de RR.HH. Además, la ausencia de descripciones detalladas de las prácticas de RR.HH. puede dar lugar a un bajo rendimiento de los MI en tareas de RR.HH. Esto queda bien ilustrado por Trullen *et al.* (2016), que muestran que la falta de directrices claras sobre cómo introducir un programa de sugerencias hizo que fracasara, porque los MI no sabían cómo aplicarlo diariamente. Por lo tanto, a la luz de lo anterior, proponemos que:

Hipótesis 6: «La habilidad percibida de los MI media el efecto positivo de los recursos laborales (formación, instrumentos e incentivos vinculados a metas de RR.HH.) en su rendimiento en tareas de RR.HH., y el efecto indirecto será positivo».

En segundo lugar, para mejorar la motivación de los MI y su voluntad de llevar a cabo correctamente las prácticas de RR.HH., las empresas utilizan incentivos vinculados a las actividades de RR.HH. (Bos-Nehles *et al.*, 2013). Ejemplos de incentivos que pueden promover la voluntad de los MI para llevar a cabo tareas de RR.HH. son: los incentivos basados en el desempeño, incluidas las bonificaciones vinculadas al uso de estas prácticas de RR.HH. en la organización (Sikora y Ferris, 2014); la selección y promoción de los MI según el desempeño de las tareas de RR.HH. (Gilbert *et al.*, 2011); la incorporación de tareas de RR.HH. en el diseño de sus puestos (Bos-Nehles *et al.*, 2006); y el reconocimiento de sus esfuerzos frente a su personal y otros agentes de la organización (Trullen *et al.*, 2016). La motivación también puede mejorarse proporcionando incentivos adecuados que animen a las personas a sentir que la empresa las trata de forma justa, lo que conduce a resultados positivos para la organización en términos de mejora del rendimiento del MI (Ur Rehman y Ahmad, 2015). Los recursos laborales como la formación sistemática y los instrumentos de RR.HH. también pueden aumentar la motivación de los MI, además de mejorar sus capacidades para realizar tareas de RR.HH. Estos recursos les dan la oportunidad de desarrollar sus carreras dentro de la empresa y de ampliar la variedad de tareas laborales, lo que a su vez estimula su motivación (White y Bryson, 2013); y también mejora su percepción de las prácticas de RR.HH. como válidas e instrumentales para el logro de la organización (Stanton *et al.*, 2010). Por lo tanto, planteamos la siguiente hipótesis:

Hipótesis 7: «La motivación percibida de los MI media el efecto positivo de los recursos laborales (formación, instrumentos e incentivos vinculados a metas de RR. HH.) en su rendimiento en tareas de RR. HH., y el efecto indirecto será positivo».

Por último, las oportunidades de los MI también mejoran gracias al apoyo de la organización y del departamento de RR. HH., manifestándose en la provisión de formación, instrumentos de RR. HH. e incentivos institucionalizados. Por ejemplo, la formación y los instrumentos de RR. HH. permiten a los MI promover nuevos métodos de trabajo y asumir nuevas responsabilidades con el fin de aumentar la calidad de su trabajo y su contribución en la empresa (Pfeffer, 1998). A su vez, mediante los incentivos adecuados, las empresas generan la creencia entre los MI de que se recompensarán los mayores esfuerzos y la autonomía, con el resultado de que las personas muestran una mayor disposición a ser proactivas en su trabajo (Beltrán Martín y Bou Llusar, 2018). Por lo tanto, teniendo en cuenta la argumentación teórica anterior, se propone la siguiente hipótesis:

Hipótesis 8: «La oportunidad percibida de los MI media el efecto positivo de los recursos laborales (formación, instrumentos e incentivos vinculados a metas de RR. HH.) en su rendimiento en tareas de RR. HH., y el efecto indirecto será positivo».

3. Método

3.1. Muestra y procedimiento de recogida de datos

El trabajo de campo para este estudio se realizó sobre una muestra de empresas españolas seleccionadas al azar de la base de datos SABI (Sistemas de Análisis de Balances Ibéricos) (Bureau van Dijk, 2013). La población objetivo (N = 10.156) fueron empresas de 50 o más empleados/as que operan en los sectores de manufactura y de servicios (seleccionadas utilizando la NACE Rev. 2 a nivel de 2 dígitos).

Estudios anteriores han demostrado que los/as directores/as comerciales desempeñan un papel importante en el proceso de transferencia de RR. HH., ya que a menudo asumen responsabilidades de RR. HH. como la contratación de personal, la capacitación, la motivación, la compensación y la evaluación del desempeño (Futrell, 1988; Honeycutt *et al.*, 1994).

En la selección de los sectores se han incluido entornos de venta variados. Por ejemplo, en el caso de la manufactura, comprendían sectores de alta tecnología (por ejemplo, la industria farmacéutica), de media-alta tecnología (por ejemplo, la fabricación de sustancias químicas y productos químicos), de media-baja tecnología (por ejemplo, la fabricación de productos de

caucho y plástico) y de baja tecnología (fabricación de textiles)¹. En cuanto a los sectores de servicios, incluimos actividades B2B (por ejemplo, comercio al por mayor) y B2C (por ejemplo, comercio al por menor). Seleccionamos una población multisectorial para cubrir los diferentes entornos de venta, ya que la unidad de análisis en este estudio es el departamento de ventas.

Los datos se obtuvieron a través de dos fuentes diferentes de cada empresa: la dirección de RR. HH. y la dirección comercial. La dirección de RR. HH. proporciona información sobre el nivel de dotación de recursos laborales (formación, instrumentos de RR. HH. e incentivos) que la empresa proporciona a su dirección comercial. Se preguntó a la dirección comercial sobre su desempeño en las tareas de RR. HH., y su percepción de ambigüedad, conflicto y sobrecarga de rol. La utilización de la información recogida a través de múltiples informantes en cada empresa evita el riesgo implícito de la varianza común del método que puede aparecer cuando un solo informante califica tanto las variables predictoras como las variables criterio (Podsakoff *et al.*, 2003). Se invitó a participar en el estudio a una muestra aleatoria de 975 empresas, y 103 respondieron a los cuestionarios de la dirección de RR. HH. y 103 a los de la dirección comercial.

3.2. Medidas

Todos los ítems utilizados en este estudio se midieron en una escala de Likert de 7 puntos (1 = totalmente en desacuerdo; 7 = totalmente de acuerdo). Las escalas figuran en el apéndice.

El desempeño de los MI en tareas de RR. HH. Nos basamos en una medida de autoevaluación para medir el desempeño de los MI en las tareas de RR. HH. (Op de Beeck *et al.*, 2018). Nuestra medida de desempeño es el resultado global de analizar su desempeño en las prácticas de RR. HH. comúnmente más devueltas (selección, formación, evaluación del rendimiento, compensación y diseño del trabajo). Utilizamos 4 ítems adaptados al contexto de RR. HH. de la escala original de Vandenberghe (2009). Un ítem utilizado es: «Creo que soy un buen MI en lo que respecta a las tareas de RR. HH.». Los estadísticos que evalúan la bondad del ajuste utilizados en el análisis factorial confirmatorio son buenos (χ^2 -SB = 3,96; df = 2; p = 0,14; CFI = 0,98; TLI = 0,97; RMSEA = 0,10).

Demandas y recursos laborales. Siguiendo a Demerouti *et al.* (2001), para evaluar las condiciones de trabajo consideramos las demandas de empleo y los recursos laborales que estaban comúnmente presentes en la función de RR. HH. de los MI. Las demandas laborales de sobrecarga, conflicto y ambigüedad de rol se evaluaron a través de los MI. La

¹ Seguimos la agregación de industrias manufactureras de acuerdo con la intensidad tecnológica y con base en la NACE Rev. 2 propuesta por Eurostat. Véase https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:High_tech_classification_of_manufacturing_industries.

sobrecarga de rol se midió utilizando la escala de 5 ítems desarrollada por Reilly (1982) y adaptada por Gilbert *et al.* (2011). El conflicto de rol se midió utilizando una escala de 5 ítems desarrollada por Rizzo *et al.* (1970) y adaptada por Bos-Nehles y Van Riemsdijk (2014). Por último, la escala de 4 ítems utilizada para medir la ambigüedad de rol también fue desarrollada por Rizzo *et al.* (1970), pero adaptada por Gilbert *et al.* (2011). Se realiza un análisis factorial confirmatorio de segundo orden, utilizando estas demandas como factores de primer orden. Este análisis mostró un ajuste adecuado (χ^2 -SB = 101,37; df = 75; p = 0,02; CFI = 0,93; TLI = 0,91; RMSEA = 0,06). Sin embargo, rechazamos el análisis conjunto de todas las demandas en un mismo factor de segundo orden, porque la ambigüedad de rol no tiene un peso estadísticamente significativo.

Los recursos laborales de los MI fueron evaluados por la dirección de RR. HH. En nuestro análisis, incluimos la formación de RR. HH., los instrumentos de RR. HH. y los incentivos vinculados a los objetivos de RR. HH. como recursos laborales. La formación de RR. HH. y los instrumentos de RR. HH. se midieron utilizando las escalas desarrolladas por Bos-Nehles y Van Riemsdijk (2014), que comprenden 2 y 3 ítems, respectivamente. Los incentivos vinculados a los objetivos de RR. HH. se midieron utilizando una escala de 5 ítems desarrollada por Gilbert *et al.* (2011). Tras excluir un elemento de los incentivos vinculados a los objetivos de RR. HH. para evitar problemas de independencia local, se realiza un análisis factorial confirmatorio de segundo orden para los recursos laborales que mostró excelentes resultados en los estadísticos de bondad de ajuste (χ^2 -SB = 31,55; df = 24; p = 0,14; CFI = 0,98; TLI = 0,97; RMSEA = 0,04).

Por último, también se estimó un modelo de medida general de demandas y recursos laborales, con dos factores de segundo orden correlacionados que representan las demandas (con la sobrecarga de funciones, el conflicto de funciones y la ambigüedad de funciones como factores de primer orden) y los recursos laborales (con la formación, los instrumentos y los incentivos como factores de primer orden), respectivamente. Los estadísticos en cuanto a su bondad de ajuste mostraron ser buenos (χ^2 = 259,074; df = 223; p = 0,000; CFI = 0,941; TLI = 0,933; RMSEA = 0,040). Las cargas factoriales de los factores de primer orden en los constructos de segundo orden eran significativas, excepto la ambigüedad de rol, tal y como se mencionó anteriormente. Por lo tanto, se utilizaron dos constructos en nuestro análisis para representar las demandas de trabajo. La primera, demandas desafiantes, que incluye la sobrecarga de rol y el conflicto de rol; y la segunda, la ambigüedad de rol. Esta distinción entre estas demandas está en línea con Coverman (1989), quien reconoció que el conflicto de rol y la sobrecarga de rol están estrechamente relacionados. Además, Crawford *et al.* (2010) señalaron que la ambigüedad de rol se reconoce claramente como una demanda de impedimento, pero algunas demandas de trabajo como la sobrecarga de rol también podrían considerarse un desafío para el individuo que las percibe. Por lo tanto, seguimos esta distinción.

Habilidades, motivación y oportunidades percibidas por el MI. Las habilidades de los MI en la GRH se midieron mediante una escala de autoeficacia de 5 ítems desarrollada por Schyns

y Von Collani (2002) y adaptada por Gilbert *et al.* (2015). El análisis factorial confirmatorio mostró un buen ajuste (χ^2 -SB=1,98; df = 5; p=0,85; CFI=1; TLI=1,03; RMSEA=0,00). La motivación se midió con la escala de motivación laboral intrínseca de 6 ítems de Warr *et al.* (1979). Después de eliminar 1 ítem² que produjo una carga no significativa, el AFC mostró un buen ajuste de los datos (χ^2 -SB = 6,98; df = 5; p = 0,22; CFI = 0,87; TLI = 0,74; RMSEA = 0,06). La oportunidad de participar se midió con 6 ítems basados en la escala ideada por Spreitzer (1996). Se eliminó 1 ítem de oportunidad para evitar problemas de dependencia local entre 2 ítems. El modelo final mostró un buen ajuste de los datos (χ^2 -SB = 6,11; df = 5; p = 0,29; CFI = 0,99; TLI = 0,99; RMSEA = 0,05). Por último, estimamos AFC con las habilidades, la motivación y la oportunidad como factores de primer orden correlacionados. Otro ítem de oportunidad que mostraba cargas factoriales cruzadas se excluyó del análisis. El modelo final mostró un ajuste adecuado a los datos (χ^2 -SB = 81,87; df = 74; p = 0,25; CFI = 0,97; TLI = 0,97; RMSEA = 0,03).

3.3. Procedimiento estadístico

Para comprobar las hipótesis de investigación planteadas utilizamos modelos de ecuaciones estructurales. Esta técnica de análisis tiene la capacidad de evaluar las relaciones entre variables latentes que no son directamente observables. Específicamente, se utilizaron los paquetes estadísticos de Stata (Stata Corp, 2017) y Mplus (Muthén y Muthén, 1998-2012). El método de estimación aplicado fue el de máxima probabilidad con errores estándar robustos para tener en cuenta las posibles desviaciones del supuesto de normalidad. Todos los valores de chi cuadrado que se muestran tanto en el modelo de medición como en el estructural corresponden a los estadísticos de bondad de ajuste de Satorra y Bentler (1994).

4. Resultados

Las correlaciones entre todos los constructos se muestran en la tabla 1. De acuerdo con nuestras predicciones, se observaron correlaciones significativas entre ellos. La habilidad, motivación y oportunidad de los MI y el desempeño en tareas de RR.HH. revelaron altas correlaciones. También observamos una correlación negativa entre la ambigüedad de rol y el desempeño de los MI en tareas de RR.HH. Observamos que la ambigüedad de rol y las variables AMO también están correlacionadas negativamente. Por lo demás, las otras demandas muestran poco impacto en las variables AMO y en el desempeño de los MI.

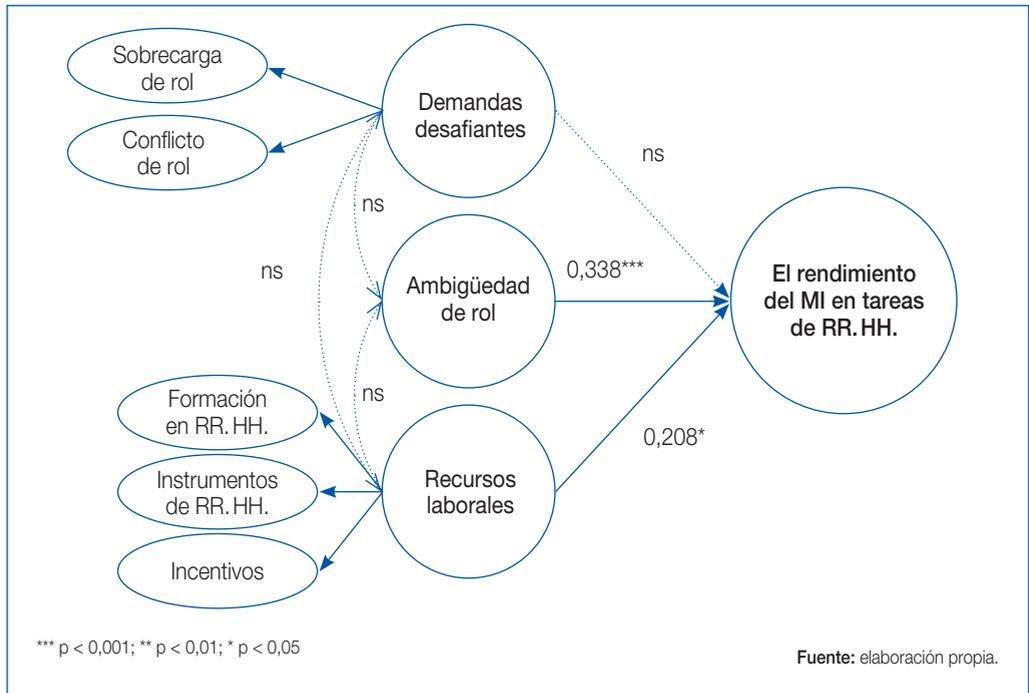
² Los ítems eliminados se identifican con un * en el apéndice.

Tabla 1. Matriz de correlaciones interconstructos

Variables	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
1. Sobrecarga	1,00											
2. Conflicto	0,89	1,00										
3. Ambigüedad	0,15	0,14	1,00									
4. Demandas desafiantes	0,94	0,99	0,16	1,00								
5. Formación	-0,05	-0,12	-0,01	-0,11	1,00							
6. Instrumentos	-0,05	-0,10	0,05	-0,10	0,59	1,00						
7. Incentivos	-0,03	-0,06	0,07	-0,06	0,58	0,60	1,00					
8. Recursos laborales	-0,07	-0,13	0,06	-0,13	0,82	0,89	0,83	1,00				
9. Habilidad	-0,03	-0,07	-0,69	-0,07	0,03	0,05	0,01	0,05	1,00			
10. Motivación	0,03	0,06	-0,26	0,06	0,03	0,12	0,32	0,21	0,41	1,00		
11. Oportunidad	-0,08	-0,11	-0,50	-0,12	0,09	0,02	0,02	0,06	0,44	0,32	1,00	
12. Desempeño	-0,09	-0,14	-0,37	-0,14	0,15	0,22	0,08	0,23	0,60	0,34	0,43	1,00

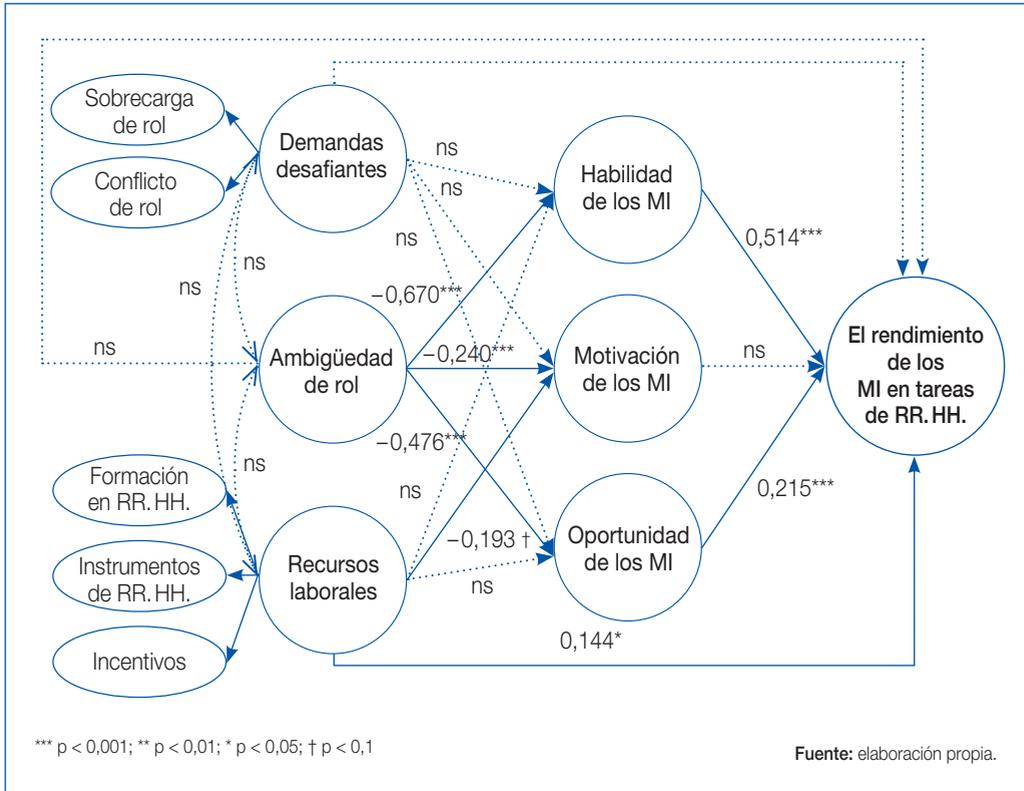
Fuente: elaboración propia.

Para probar los efectos directos simultáneos de las demandas y los recursos laborales en el desempeño de los MI en las tareas de RR. HH. (es decir, nuestras hipótesis 1 y 2), estimamos el modelo de ecuación estructural que se muestra en la figura 1. Los resultados del modelo se muestran en la tabla 2 como modelo 1 y también en la figura 1. El modelo muestra un ajuste adecuado en los datos (χ^2 -SB = 372,597; df = 314; p = 0,0128; CFI = 0,901; TLI = 0,889; RMSEA = 0,044). Los resultados extraídos confirman parcialmente nuestra primera hipótesis, la cual postulaba que las demandas tendrían un impacto negativo en el desempeño de los MI. En este sentido, solo en el caso de la ambigüedad de rol se encuentra un efecto negativo significativo (-0,338; p < 0,001). El factor que comprende las demandas de conflicto y sobrecarga no tiene ese supuesto efecto negativo. Por otra parte, también encontramos que el efecto positivo de los recursos laborales en el desempeño de los MI (nuestra hipótesis 2) se confirma (0,208; p < 0,05). Por último, no observamos relaciones significativas entre las demandas y los recursos laborales, tal y como se observan en las correlaciones no significativas en la tabla 2 y la figura 1.

Figura 1. Resultados con el modelo de efectos directos


Para comprobar el resto de nuestras hipótesis (3 a 8), proponemos el modelo de mediación que se muestra en la figura 2. En el modelo, las habilidades, la motivación y la oportunidad percibidas por los MI se consideran variables mediadoras en la relación entre las demandas, recursos y el rendimiento de los MI. La segunda columna de la tabla 2 muestra que el modelo, a pesar de su complejidad, presenta un ajuste adecuado a los datos (χ^2 -SB = 853,22; df = 754; p = 0,0068; CFI = 0,86; TLI = 0,84; RMSEA = 0,037). La tabla 2 también muestra los efectos directos, indirectos y totales de las demandas y los recursos en el rendimiento de los MI, mediadas por su habilidad, motivación y oportunidad. En primer lugar, observamos un efecto directo positivo y significativo de las habilidades (0,514; p < 0,001) y oportunidades (0,215; p < 0,01) en el rendimiento de los MI en las tareas de RR.HH. Inesperadamente, el efecto de la motivación en el rendimiento de los MI no fue estadísticamente significativo. En segundo lugar, encontramos resultados mixtos para la influencia de las demandas y los recursos laborales en las habilidades, motivación y oportunidad de los MI. La ambigüedad de rol tiene una influencia negativa significativa en la habilidad de los MI (-0,670; p < 0,001), la oportunidad (-0,476; p < 0,001) y la motivación (-0,240; p < 0,01). El efecto de los recursos laborales es significativo en el caso de la motivación de los MI (0,069; p < 0,1), pero no para la habilidad y la oportunidad. El factor que comprende la sobrecarga y el conflicto de rol no se asocia significativamente con la habilidad, la motivación o la oportunidad de los MI.

Figura 2. Resultados con el modelo de mediación AMO



En cuanto a los efectos indirectos, encontramos que solo la ambigüedad de rol tiene una influencia indirecta negativa en el desempeño de los MI (-0,459; $p < 0,001$). Sin embargo, observamos efectos mediadores de la habilidad (-0,459; $p < 0,001$) y la oportunidad (-0,102; $p < 0,01$) en la relación entre la ambigüedad de rol y el desempeño de los MI.

Por lo tanto, nuestros resultados apoyan las hipótesis 3 y 5 solo en el caso de la ambigüedad de rol. En cuanto a las hipótesis 6, 7 y 8, no encontramos resultados que confirmen un efecto positivo de los recursos laborales en el desempeño de los MI en las tareas de RR.HH., como lo demuestra el efecto indirecto reportado.

Por último, en la tabla 2 se muestran los efectos totales de las demandas y de los recursos laborales en el desempeño de los MI. Nuestros resultados muestran efectos totales estadísticamente significativos tanto de la ambigüedad (-0,352; $p < 0,001$) como de los recursos laborales en el desempeño de los MI (0,210; $p < 0,01$). Estos resultados están en línea con los obtenidos en el modelo 1, cuando la habilidad, la motivación y la oportunidad de los MI no se incluyeron en el modelo como variables mediadoras.

Tabla 2. Parámetros estimados y errores estándar (entre paréntesis) del modelo

	Modelo 1 Coeficientes (errores estándar)	Modelo 2 Coeficientes (errores estándar)
Efectos directos		
Demandas desafiantes → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.	-0,057 (0,093)	-0,075 (0,077)
Ambigüedad → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.	-0,338 (0,079)***	0,107 (0,089)
Recursos laborales → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.	0,208 (0,101)*	0,144 (0,069)*
Habilidad → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,514 (0,093)***
Motivación → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,054 (0,085)
Oportunidad → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,215 (0,068)**
Demandas desafiantes → Habilidad		0,046 (0,076)
Demandas desafiantes → Motivación		0,102 (0,093)
Demandas desafiantes → Oportunidad		-0,028 (0,087)
Ambigüedad → Habilidad		0,670 (0,061)***
Ambigüedad → Motivación		-0,240 (0,070)**
Ambigüedad → Oportunidad		-0,476 (0,051)***
Recursos laborales → Habilidad		0,078 (0,074)
Recursos laborales → Motivación		0,193 (0,108)†
Recursos laborales → Oportunidad		0,072 (0,077)
Efectos indirectos		
Demandas desafiantes → AMO → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,023 (0,052)
Demandas desafiantes → A → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,023 (0,039)
Demandas desafiantes → M → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,006 (0,010)
Demandas desafiantes → O → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		-0,006 (0,077)
Ambigüedad → AMO → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		-0,459 (0,067)***
Ambigüedad → A → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		-0,344 (0,068)***
Ambigüedad → M → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		-0,013 (0,021)
Ambigüedad → O → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		-0,102 (0,035)**
Recursos laborales → AMO → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,066 (0,052)
Recursos laborales → A → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,040 (0,038)
Recursos laborales → M → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,011 (0,017)
Recursos laborales → O → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,015 (0,017)

	Modelo 1 Coeficientes (errores estándar)	Modelo 2 Coeficientes (errores estándar)
Efectos totales		
Demandas desafiantes → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		-0,052 (0,092)
Ambigüedad → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		-0,352 (0,087)***
Recursos laborales → Rendimiento de los MI en tareas de RR. HH.		0,210 (0,077)**
Bondad del ajuste		
χ^2 -SB (gl)	372,597 (314)	853,220 (754)
Valor de p	0,0128	0,0068

Nota: coeficientes estandarizados. Errores estándar entre paréntesis. *** $p < 0,001$; ** $p < 0,01$; * $p < 0,05$; † $p < 0,10$.

Fuente: elaboración propia.

5. Discusión

Durante las dos últimas décadas, la investigación en el contexto de la transferencia de RR. HH. ha puesto de relieve que los MI son actores clave en el proceso de implementación de la GRH (Guest y Bos-Nehles, 2013). Este hecho conlleva un incremento en el interés por comprender su papel en la función de RR. HH. y conduce a los/las investigadores/as a considerar los aspectos que podrían determinar su desempeño (Mirfakhar *et al.*, 2018). El objetivo del presente trabajo ha sido investigar la influencia conjunta de los factores que obstaculizan y que estimulan el rendimiento de los MI en tareas de RR. HH. Al considerar de forma conjunta las demandas y recursos laborales, y el papel mediador de las habilidades, motivaciones y oportunidades de participar del MI, proponemos un marco teórico más amplio con el que analizar el impacto real que tienen las condiciones de trabajo en el desempeño de los MI. En concreto, la teoría de las demandas y recursos laborales nos ha permitido clasificar los factores determinantes de su rendimiento y explicar los efectos directos que se producen entre las demandas y los recursos en el desempeño de los MI. Por otra parte, la introducción del modelo AMO amplía el conocimiento actual sobre los mecanismos que median las relaciones entre las características del puesto del MI y su desempeño. A la luz de los resultados obtenidos, podemos extraer algunas implicaciones teóricas y prácticas.

Nuestros resultados sugieren, en primer lugar, que cuando los MI perciben ambigüedad en sus funciones de RR. HH., su desempeño en estas tareas decrece. Por tanto, observamos

una coherencia con investigaciones anteriores en las cuales destacaron el papel obstaculizador de la ambigüedad en el desempeño laboral de las personas (Gilboa *et al.*, 2008; Jackson y Schuler, 1985; Tubre y Collins, 2000). No obstante, nuestra investigación no ha podido confirmar que las demandas laborales como sobrecarga y conflicto tengan un efecto negativo sobre el desempeño de los MI. En relación con este resultado, observamos que a través de la literatura existen ejemplos similares al nuestro en el que la ambigüedad sí tiene efectos disfuncionales, pero las otras dos demandas tienen un efecto residual o no son significativas respecto al desempeño individual (Gilboa *et al.*, 2008; Jackson y Schuler, 1985; Tubre y Collins, 2000). Una posible explicación de este resultado puede ser que no todas las personas perciben que estas demandas merman su eficacia en su puesto, sino que pueden ser oportunidades en su carrera (Lepine *et al.*, 2005). Por ejemplo, los MI pueden considerar que un aumento de tareas y funciones de RR. HH. es una oportunidad para poder asumir un mayor control sobre su personal, y que este aumento de responsabilidad tendrá a la larga una recompensa positiva en su carrera. Esta diferencia de características entre la ambigüedad de rol y las demandas de conflicto y sobrecarga podría explicar la existencia de dos dimensiones distintas relacionadas con las demandas: una formada por la ambigüedad de rol y otra por el conflicto y la sobrecarga de rol.

Un segundo resultado es la constatación de que los recursos laborales (formación, instrumentos de RR. HH. e incentivos) tienen un efecto positivo en el desempeño de los MI. Este resultado es coherente con estudios anteriores que muestran la importancia de estos recursos en el desempeño de los MI (Bos-Nehles *et al.*, 2013; Trullen *et al.*, 2016). Por tanto, empresas que tengan la convicción de implementar adecuadamente las políticas de RR. HH. diseñadas deberán llevar a cabo estas acciones con el fin de apoyar el papel de los MI en la GRH. Un contexto organizativo que promueva la implementación de las prácticas de RR. HH. influye en su resultado final (Mirfakhar *et al.*, 2018).

En lo que respecta a la teoría de demandas y recursos laborales, Demerouti *et al.* (2001) postularon, aunque de forma teórica, la posible existencia de cierta asociación entre los recursos y las demandas, ya que los recursos pueden tener la capacidad de reducir la presencia de las demandas laborales en las personas (Bakker y Demerouti, 2007). Por este motivo, en nuestro estudio consideramos apropiado comprobar la existencia de estas relaciones entre demandas y recursos. Sin embargo, nuestros resultados no indican una relación significativa entre los recursos planteados y las demandas percibidas. Por lo tanto, aunque nuestros hallazgos sugieren que estos recursos son adecuados para mejorar el desempeño de los MI en las tareas de RR. HH., su utilidad es limitada si pretendemos reducir la presencia de demandas en los MI, especialmente la ambigüedad de rol.

Por otra parte, los resultados de nuestra investigación también amplían el conocimiento actual acerca de los mecanismos mediadores que influyen en la relación entre las demandas, recursos y rendimiento de los MI en las tareas de RR. HH. Algunos autores y autoras, como Bakker y Demerouti (2016) o Schaufeli y Taris (2014), recomiendan la integración de marcos teóricos complementarios para comprender con mayor precisión esas relaciones. En nuestro

estudio, y dado que la variable a explicar era el desempeño individual, consideramos que el modelo AMO es apropiado, ya que se ha utilizado ampliamente como antecedente para explicar varias variables del desempeño individual (Beltrán Martín y Bou Llusar, 2018; Gilbert *et al.*, 2015).

Otro de los resultados destacados en nuestra investigación ha sido comprobar que la inclusión del modelo AMO ayuda a comprender mejor el efecto negativo de la ambigüedad de rol sobre el desempeño de los MI. Así, la ambigüedad de rol reduce la habilidad del MI, su motivación y su oportunidad, lo que reduce su desempeño en tareas de RR.HH. Como respuesta de investigación a la sugerencia de Evans (2016), nuestros hallazgos demuestran que el modelo AMO es apropiado cuando tratamos de entender de forma más precisa la relación entre las demandas y el desempeño de los MI.

Finalmente, consideramos que nuestro trabajo también contribuye en la perspectiva de investigación que analiza los efectos independientes de cada variable AMO sobre el rendimiento de la persona. Bajo esta perspectiva, un bajo nivel de oportunidad, por ejemplo, puede contrarrestarse con niveles altos de motivación y habilidad (Marín García y Martínez Tomás, 2016). Nuestros resultados muestran que la habilidad y la oportunidad percibidas tienen un efecto positivo sobre el rendimiento de los MI en tareas de RR.HH. Por tanto, estos resultados difieren de los obtenidos por Bos-Nehles *et al.* (2013), Gilbert *et al.* (2015) y Kellner *et al.* (2016), los cuales concluyen que solo la habilidad tiene un efecto sobre el desempeño de los MI, y están en la línea de los resultados de Van Waeyenberg y Decramer (2018), donde también observaron que la oportunidad era un factor importante a la hora de mejorar el desempeño de los MI en la GRH.

5.1. Implicaciones prácticas

El presente trabajo tiene también implicaciones para la gestión, y, en particular, para el proceso de implementación de la GRH. En primer lugar, dado que los resultados muestran el efecto positivo de los recursos laborales sobre el rendimiento de los MI en las tareas de RR.HH., las organizaciones que buscan implementar con éxito las prácticas de RR.HH. deberían invertir en ellos. En otras palabras, las empresas deberían elaborar guías y manuales de procedimientos prácticos sobre cuestiones relacionadas con la GRH, y también diseñar programas de capacitación destinados a mejorar las capacidades de gestión del personal de los/las directores/as de ventas. Por último, también deberían incorporar los objetivos de RR.HH. en la lista de objetivos e incentivos establecidos para los/las directores/as de ventas.

Nuestros resultados también ponen de relieve que la ambigüedad en las funciones de RR.HH. obstaculiza el desempeño de los MI, a través de la disminución de su habilidad, motivación y oportunidad. Dado que este es uno de los principales problemas que pueden mermar la eficacia en la ejecución de las prácticas de RR.HH., las organizaciones deberían abordar esta cuestión con interés. Una posible solución podría ser involucrar al/a la director/a comercial en el diseño del proceso de GRH y tener en cuenta sus opiniones. Como sugieren

Bowen y Ostroff (2004), la etapa de diseño determina en cierta medida la posterior aplicación de la GRH. Sin embargo, tradicionalmente ha habido poca o ninguna participación de los MI en esta etapa. Según Bos-Nehles *et al.* (2017), la participación de los MI en esta etapa mejoraría su percepción de pertenencia en el proceso de GRH y ayudaría a que se implicaran más en la aplicabilidad de las prácticas de RR. HH. en las operaciones cotidianas. Otra solución sería proporcionarles una mayor autonomía y control sobre las prácticas de RR. HH., es decir, no solo delegar una serie de tareas específicas, sino también permitirles tomar decisiones y gestionar los presupuestos destinados a las prácticas (Cascón Pereira y Valverde, 2014).

Finalmente, nuestros resultados muestran el papel determinante que tiene la habilidad y la oportunidad en el desempeño final de los MI en la GRH. Sin embargo, los recursos estudiados no mostraron ser significativos en la mejora de las habilidades y la oportunidad. Con el fin de buscar otras alternativas, mencionamos el trabajo de Trullen *et al.* (2016), en el que se sugiere introducir «puertas abiertas» para mejorar las habilidades de los MI. El objetivo sería tratar a los MI como clientes internos y también atender continuamente sus necesidades, lo que debería dar lugar a un alto grado de confianza en sí mismos para llevar a cabo sus funciones. En cuanto a la oportunidad, los/las directores/as generales pueden desempeñar un papel fundamental en la mejora de este factor. La dirección debería hacer esfuerzos, tanto a nivel público (por ejemplo, página web o revista empresarial) como en la propia organización (intranet o seminarios), para resaltar la relevancia de las iniciativas de RR. HH. y el papel de los MI. Al hacerlo, aquellos que participan en la GRH serán conscientes de su importancia. Esta situación permite superar las reticencias iniciales con respecto al papel del MI, y, por tanto, le resultará más sencillo ejecutar sus tareas de RR. HH. Por otro lado, la motivación de los MI puede aumentar si se introducen estos recursos laborales (formación en RR. HH., instrumentos de RR. HH. e incentivos vinculados a los objetivos de RR. HH.).

5.2. Limitaciones y futuras direcciones de investigación

Cabe señalar algunas limitaciones en este estudio. En primer lugar, dado que la muestra del estudio comprende directores/as comerciales de empresas españolas, la generalización de estos hallazgos a otros tipos de empresas con culturas diferentes y a otros tipos de departamentos podría considerarse limitada. Por lo tanto, el estudio debería ser replicado y ampliado a empresas de fuera de España. Además, el diseño transversal del estudio no permite inferir la causalidad. Un diseño longitudinal puede ser útil en futuras investigaciones empíricas.

Algunas líneas de investigación pueden derivarse de los resultados obtenidos. En primer lugar, la literatura sobre la implementación de la GRH por parte de los MI debería considerar algunas demandas laborales como la sobrecarga de rol no como un factor obstaculizador (Gilbert *et al.*, 2011), sino como un posible factor estimulante. Sería interesante analizar en qué circunstancias y niveles una demanda percibida puede ser positiva o negativa para el desempeño de los MI en las tareas de RR. HH., ya que esta situación abre un abanico de oportunidades a las empresas para diseñar adecuadamente su puesto. En segundo

lugar, es necesario seguir investigando los recursos laborales que proporciona la empresa con el fin de establecer cuáles son capaces de reducir, al menos, la ambigüedad de rol, ya que los resultados del estudio muestran que esta demanda es un factor que obstaculiza el desempeño de los MI. En este sentido, sería interesante analizar si la incorporación de los MI en el proceso de diseño de la GRH podría ayudar a reducir los niveles de ambigüedad que perciben. Por último, además de analizar la influencia de las demandas y los recursos laborales en el desempeño de los MI, también sería útil analizar el efecto de los recursos personales, como el optimismo o la autoestima (Bakker y Demerouti, 2016). Por ejemplo, por un lado, en un contexto normalizado, los estudios futuros podrían analizar si los MI que tienen altos niveles de estos recursos personales son capaces de lograr mejores resultados en materia de RR. HH.; y, por otro lado, si estos recursos personales pueden reducir la presencia de demandas y promover los efectos positivos de los recursos laborales. Toda esta información sería de gran ayuda para las empresas, ya que les permitiría comprender mejor cuáles son los factores individuales que necesita un/a directivo/a para poner en práctica una gestión eficaz de los RR. HH., y les permitiría utilizar estos conocimientos en sus procesos de selección.

Referencias bibliográficas

- Alfes, Kerstin; Truss, Catherine; Soane, Emma; Rees, Chris y Gatenby, Mark. (2013). The relationship between line manager behavior, perceived HRM practices, and individual performance: Examining the mediating role of engagement. *Human Resource Management*, 52, 839-859. <https://doi.org/10.1002/hrm.21512>.
- Appelbaum, Eileen; Bailey, Thomas; Berg, Peter y Kalleberg, Arne. (2000). *Manufacturing advantage: Why high-performance work systems pay off*. Cornell University Press.
- Armstrong, Michael. (2001). *A Handbook of Human Resource Management*. (8.^a ed.). Kogan Page.
- Aryee, Samuel; Walumbwa, Fred Ochieng; Seidu, Emmanuel Yakubu Mahama y Otake-
- Ebede, Lilian. (2012). Impact of high-performance work systems on individual-and branch-level performance: Test of a multi-level model of intermediate linkages. *Journal of Applied Psychology*, 97(2), 287-300. <https://doi.org/10.1037/a0028116>.
- Bacharach, Samuel y Bamberger, Peter. (1995). Beyond situational constraints: Job resources inadequacy and individual performance at work. *Human Resource Management Review*, 5(2), 79-102. [https://doi.org/10.1016/1053-4822\(95\)90013-6](https://doi.org/10.1016/1053-4822(95)90013-6).
- Bainbridge, Hugh. (2015). Devolving people management to the line: How different rationales for devolution influence people management effectiveness. *Personnel Review*, 44, 847-865. <https://doi.org/10.1108/PR-10-2013-0193>.

- Bakker, Arnold; Demerouti, Evangelia y Verbeke, Willem. (2004). Using the job demands-resources model to predict burnout and performance. *Human Resource Management*, 43, 83-104. <https://doi.org/10.1002/hrm.20004>.
- Bakker, Arnold y Demerouti, Evangelia. (2007). The job demands-resources model: State of the art. *Journal of Managerial Psychology*, 22, 309-328. <https://doi.org/10.1108/02683940710733115>.
- Bakker, Arnold y Bal, Matthijs. (2010). Weekly work engagement and performance: A study among starting teachers. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, 83, 189-206. <https://doi.org/10.1348/096317909X402596>.
- Bakker, Arnold y Demerouti, Evangelia. (2016). Job demands-resources theory: Taking stock and looking forward. *Journal of Occupational Health Psychology*, 22(3), 273-285. <https://doi.org/10.1037/ocp0000056>.
- Becker, Brian y Huselid, Mark. (2006). Strategic human resources management: Where do we go from here? *Journal of Management*, 32, 898-925. <https://doi.org/10.1177/0149206306293668>.
- Beltrán Martín, Inmaculada y Bou Llusar, Juan Carlos. (2018). Examining the intermediate role of employee abilities, motivation and opportunities to participate in the relationship between HR bundles and employee performance. *BRQ Business Research Quarterly*, 21(2), 99-110. <https://doi.org/10.1016/j.brq.2018.02.001>.
- Boswell, Wendy; Olson-Buchanan, Julie y LePine, Marcie. (2004). The relationship between work-related stress and work outcomes: The role of felt-challenge and psychological strain. *Journal of Vocational Behavior*, 64, 165-181. [https://doi.org/10.1016/S0001-8791\(03\)0049-6](https://doi.org/10.1016/S0001-8791(03)0049-6).
- Bos-Nehles, Anna; Van Riemdsdijk, Maarten; Kok, Irene y Looise, Jan Kees. (2006). Implementing human resource management successfully: A front-line management challenge. *Management Review*, 17, 256-273.
- Bos-Nehles, Anna; Van Riemdsdijk, Maarten y Looise, Jan Kees. (2013). Employee perceptions of line management performance: Applying the AMO theory to explain the effectiveness of line managers' HRM implementation. *Human Resource Management*, 52(6), 861-877. <https://doi.org/10.1002/hrm.21578>.
- Bos-Nehles, Anna y Van Riemdsdijk, Maarten. (2014). Innovating HRM implementation: The influence of organisational contingencies on the HRM role of line managers. En Tanya Bondarouk y Miguel Olivas-Luján (Eds.), *Human resource management, social innovation and technology* (pp. 101-133). (Advanced series in management; N.º 14). Emerald Group.
- Bos-Nehles, Anna; Bondarouk, Tanya y Labrenz, Sören. (2017). HRM implementation in multinational companies: The dynamics of multifaceted scenarios. *European Journal of International Management*, 11(5), 515-536. <https://doi.org/10.1504/EJIM.2017.086696>.
- Bowen, David y Ostroff, Cheri. (2004). Understanding HRM-firm performance linkages: The role of the «strength» of the HRM system. *Academy of Management Review*, 29, 203-221. <https://doi.org/10.5465/amr.2004.12736076>.
- Boxall, Peter y Purcell, John. (2016). *Strategy and human resource management*. Palgrave Macmillan.
- Bureau van Dijk. (2013). <https://www.bvdinfo.com/en-gb>.
- Caldwell, Raymond. (2003). The changing roles of personnel managers: Old ambiguities, new uncertainties. *Journal of Management Studies*, 40(4), 983-1.004. <https://doi.org/10.1111/1467-6486.00367>.
- Cascón Pereira, Rosalía y Valverde, Mireia. (2014). HRM devolution to middle managers:

- Dimension identification. *BRQ Business Research Quarterly*, 17, 149-160. <https://doi.org/10.1016/j.brq.2013.05.001>.
- Chang, Po-Chien y Chen, Shyh-Jer. (2011). Crossing the level of employee's performance: HPWS, affective commitment, human capital, and employee job performance in professional service organizations. *The International Journal of Human Resource Management*, 22, 883-901. <https://doi.org/10.1080/09585192.2011.555130>.
- Child, John y Partridge, Bruce. (1982). *The lost managers: Supervisors in industry and society*. Cambridge University Press.
- Chow, Irene. (2012). The roles of implementation and organizational culture in the HR-performance link. *The International Journal of Human Resource Management*, 23(15), 3.114-3.132. <https://doi.org/10.1080/09585192.2011.639553>.
- Cohen, Sheldon. (1980). After effects of stress on human performance and social behavior: A review of research and theory. *Psychological Bulletin*, 88, 82-108. <https://doi.org/10.1037/0033-2909.88.1.82>.
- Combs, James; Liu, Yongmei; Hall, Angela y Ketchen, David. (2006). How much do high-performance work practices matter? A meta-analysis of their effects on organizational performance. *Personnel Psychology*, 59, 501-528. <https://doi.org/10.1111/j.1744-6570.2006.00045.x>.
- Conway, Edel y Monks, Kathy. (2010). The devolution of HRM to middle managers in the Irish health service. *Personnel Review*, 39(3), 361-374. <https://doi.org/10.1108/00483481011030548>.
- Coverman, Shelley. (1989). Role overload, role conflict, and stress: Addressing consequences of multiple role demands. *Social Forces*, 67(4), 965-982. <https://doi.org/10.1093/sf/67.4.965>.
- Crawford, Eean; LePine, Jeffrey y Rich, Bruce. (2010). Linking job demands and resources to employee engagement and burnout: A theoretical extension and meta-analytic test. *Journal of Applied Psychology*, 95, 834-848. <https://doi.org/10.1037/a0019364>.
- De Jonge, Jang; Van Breukelen, Gerald; Landeweerd, Jan y Nijhuis, Frans. (1999). Comparing group and individual level assessments of job characteristics in testing the job demand-Control model: A multilevel approach. *Human Relations*, 1, 95-122. <https://doi.org/10.1177/001872679905200106>.
- Demerouti, Evangelia; Bakker, Arnold; Nachreiner, Friedhelm y Schaufeli, Wilmar. (2001). The job demands-resources model of burnout. *Journal of Applied Psychology*, 86, 499-512. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.86.3.499>.
- Diefendorff, James y Chandler, Megan. (2011). Motivating employees. En Sheldon Zedeck (Dir.), *APA Handbook of Industrial and Organizational Psychology* (Vol. 3: *Maintaining, expanding, and contracting the organization*), pp. 65-135). American Psychological Association.
- Ehrnrooth, Mats y Björkman, Ingmar. (2012). An integrative HRM process theorization: Beyond signalling effects and mutual gains. *Journal Management Studies*, 49, 1.109-1.135. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2012.01055.x>.
- Evans, Samantha. (2016). HRM and front-line managers: The influence of role stress. *The International Journal of Human Resource Management*, 28(22), 1-21. <https://doi.org/10.1080/09585192.2016.1146786>.
- Futrell, Charles. (1988). *Sales management*. Dryden Press.
- Garbers, Yvonne y Konradt, Udo. (2014). The effect of financial incentives on performance: A quantitative review of individual and team-based financial incentives.

- Journal of Occupational and Organizational Psychology*, 87, 102-137. <https://doi.org/10.1111/joop.12039>.
- Gilbert, Caroline; De Winne, Sophie y Sels, Luc. (2011). Antecedents of front-line managers' perceptions of HR role stressors. *Personnel Review*, 40, 549-569. <https://doi.org/10.1108/004834811111154432>.
- Gilbert, Caroline; De Winne, Sophie y Sels, Luc. (2015). Strong HRM processes and line managers' effective HRM implementation: A balanced view. *Human Resource Management Journal*, 25(4), 600-616. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12088>.
- Gilboa, Simona; Shirom, Aarie; Fried, Yitzhak y Cooper, Cary. (2008). A meta-analysis of work demand stressors and job performance: Examining main and moderating effects. *Personnel Psychology*, 61(2), 227-271. <https://doi.org/10.1111/j.1744-6570.2008.00113.x>.
- Gollan, Paul. (2012). HR on the line: The contribution of human resource management to organizational value and workplace performance. *Asia Pacific Journal of Human Resource Management*, 50(3), 263-389. <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2007.07.002>.
- Gould-Williams, Julian y Davies, Fiona. (2005). Using social exchange theory to predict the effects of HRM practice on employee outcomes. An analysis of public sector workers. *Public Management Review*, 7, 1-24. <https://doi.org/10.1080/1471903042000339392>.
- Guest, David y Conway, Neil. (2011). The impact of HR practices, HR effectiveness and a «strong HR system» on organisational outcomes: A stakeholder perspective. *The International Journal of Human Resource Management*, 22(8), 1.686-1.702. <https://doi.org/10.1080/09585192.2011.565657>.
- Guest, David y Bos-Nehles, Anna. (2013). HRM and performance: The role of effective implementation. En Jaap Paauwe, David Guest y Patrick Wright (Dir.), *HRM and performance: Achievements and challenges* (pp. 79-96). Wiley.
- Hales, Colin. (2005). Rooted in supervision, branching into management: Continuity and change in the role of first-line manager. *Journal of Management Studies*, 42(3), 471-506. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2005.00506.x>.
- Hall, Laura y Torrington, Derek. (1998). Letting go or holding on-the devolution of operational personnel activities. *Human Resource Management Journal*, 8, 41-55. <https://doi.org/10.1111/j.1748-8583.1998.tb00158.x>.
- Honeycutt, Earl; Ford, John y Tanner, John. (1994). Who trains salespeople? The role of sales trainers and sales managers. *Industrial Marketing Management*, 23, 65-70. [https://doi.org/10.1016/0019-8501\(94\)90028-0](https://doi.org/10.1016/0019-8501(94)90028-0).
- Hutchinson, Sue y Purcell, John. (2010). Managing Ward managers for roles in HRM in the NHS: Overworked and under-resourced. *Human Resource Management Journal*, 20(4), 357-374. <https://doi.org/10.1111/j.1748-8583.2010.00141.x>.
- Jackson, Susan y Schuler, Randall. (1985). A meta-analysis and conceptual critique of research on role ambiguity and role conflict in work settings. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 36(1), 16-78. [https://doi.org/10.1016/0749-5978\(85\)90020-2](https://doi.org/10.1016/0749-5978(85)90020-2).
- Janssen, Onne. (2001). Fairness perceptions as a moderator in the curvilinear relationships between job demands, and job performance and job satisfaction. *Academy of Management Journal*, 44, 1.039-1.050. <https://doi.org/10.2307/3069447>.
- Jex, Steve. (1998). *Stress and job performance: Theory, research, and implications for management practice*. Sage.

- Jiang, Kaifeng; Lepak, David; Han, Kyongji; Hong, Ying; Kim, Andrea y Winkler, Anne-Laure. (2012). Clarifying the construct of human resource systems: Relating human resource management to employee performance. *Human Resource Management Review*, 22, 73-85. <https://doi.org/10.1016/j.hmr.2011.11.005>.
- Jiang, Kaifeng; Lepak, David; Hu, Jia y Baer, Judith. (2012). How does human resource management influence organizational outcomes? A meta-analytic investigation of mediating mechanisms. *Academy of Management Journal*, 55, 1.264-1.294. <https://doi.org/10.5465/amj.2011.0088>.
- Jiang, Kaifeng; Takeuchi, Riki y Lepak, David. (2013). Where do we go from here? New perspectives con the black box in strategic human resource management research. *Journal of Management Studies*, 50(8), 1.448-1.480. <https://doi.org/10.1111/joms.12057>.
- Kahn, Robert; Wolfe, Donald; Quinn, Robert; Snoek, Diedrick y Rosenthal, Robert. (1964). *Organizational stress: Studies in role conflict and role ambiguity*. Wiley.
- Kalleberg, Arne. (1977). Work values and job rewards: A theory of job satisfaction. *American Sociological Review*, 42, 124-143.
- Kellner, Ashlea; Townsend, Keith; Wilkinson, Adrian; Lawrence, Sandra y Greenfield, David. (2016). Learning to manage: Development experiences of hospital frontline managers. *Human Resource Management Journal*, 26(4), 505-522. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12119>.
- Khilji, Shaista y Wang, Xiaoyun (2006). «Intended» and «implemented» HRM: The missing linchpin in strategic human resource management research. *The International Journal of Human Resource Management*, 17, 1.171-1.189. <https://doi.org/10.1080/09585190600756384>.
- Knies, Eva y Leisink, Peter. (2014). Linking people management and extra-role behaviour: Result of a longitudinal study. *Human Resource Management Journal*, 24, 57-76. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12023>.
- Kopelman, Richard; Greenhaus, Jeffrey y Connolly, Thomas. (1983). A model of work, family, and interrole conflict: A construct validation study. *Organizational Behaviour and Human Performance*, 32, 198-215. [https://doi.org/10.1016/0030-5073\(83\)90147-2](https://doi.org/10.1016/0030-5073(83)90147-2).
- Larsen, Henrik Holt y Brewster, Chris. (2003). Line management responsibility for HRM: What is happening in Europe? *Employee Relations*, 25(3), 228-44. <https://doi.org/10.1108/01425450310475838>.
- Lee, Raymond y Ashforth, Blake. (1996). A meta-analytic examination of the correlates of the three dimensions of burnout. *Journal of Applied Psychology*, 81, 123-133. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.81.2.123>.
- LePine, Jeffrey; LePine, Marcie y Jackson, Christine. (2004). Challenge and hindrance stress: Relationships with exhaustion, motivation to learn, and learning performance. *The Journal of Applied Psychology*, 89(5), 883-891. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.89.5.883>.
- LePine, Jeffrey; Podsakoff, Nathan y LePine, Marcie. (2005). A meta-analytic test of the challenge stressor-hindrance stressor framework: An explanation for inconsistent relationships among stressors and performance. *Academy of Management Journal*, 48, 764-775. <https://doi.org/10.5465/amj.2005.18803921>.
- Liao, Hui; Toya, Keiko; Lepak, David y Hong, Ying. (2009). Do they see eye to eye? Management and employee perspectives of high-performance work systems and influence processes on service quality. *Journal of Applied Psychology*, 94, 371-391. <https://doi.org/10.1037/a0013504>.

- Lowe, James. (1992). Locating the line: The front-line supervisor and human resource management. En Paul Blyton y Peter Turnbull (Eds.), *Reassessing Human Resource Management* (pp. 148-169). Sage.
- Malhotra, Neeru; Budhwar, Pawan y Prowse, Peter. (2007). Linking rewards to commitment: And empirical investigation of four UK call centres. *The International Journal of Human Resource Management*, 18, 2.095-2.127. <https://doi.org/10.1080/09585190701695267>.
- Marchington, Mick y Wilkinson, Adrian. (2002). *People management and development: HRM at work*. CIPD.
- Marín García, Juan y Martínez Tomás, Juan. (2016). Deconstructing AMO framework: A systematic review. *Intangible Capital*, 12, 1.040-1.087. <http://dx.doi.org/10.3926/ic.838>.
- McGovern, Patrick; Gratton, Lynda; Hope-Haley, Veronica; Stiles, Philip y Truss, Catherine. (1997). Human resource management on the line? *Human Resource Management Journal*, 7, 12-29. <https://doi.org/10.1111/j.1748-8583.1997.tb00286.x>.
- Meijman, Theo y Mulder, Gijsbertus. (1998). Psychological aspects of workload. En Pieter Drenth, Henk Thierry y Charles de Wolff (Eds.), *Handbook of work and organizational psychology* (2.ª ed., pp. 5-33). Taylor y Francis.
- Mirfakhar, Atieh; Trullen, Jordi y Valverde, Mireia. (2018). Easier said than done: A review of antecedents influencing effective HR implementation. *The International Journal of Human Resource Management*, 29(22), 3.001-3.025. <https://doi.org/10.1080/09585192.2018.1443960>.
- Muthén, Linda y Muthén, Bengt. (1998-2012). *Mplus user's guide* (7.ª ed.). Muthén y Muthén.
- Newton, Tim y Keenan, Anthony. (1987). Role stress reexamined: An investigation of role stress predictors. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 40(3), 346-368. [https://doi.org/10.1016/0749-5978\(87\)90021-5](https://doi.org/10.1016/0749-5978(87)90021-5).
- Op de Beeck, Sophie; Wynen, Jan y Hondeghe, Annie. (2018). Explaining effective HRM implementation: A middle versus first-line management perspective. *Public Personnel Management*, 47(2), 144-174. <https://doi.org/10.1177/0091026018760931>.
- Pak, Jongwook y Kim, Seongsu. (2018). Team manager's implementation, high performance work systems intensity, and performance: a multilevel investigation. *Journal of Management*, 44(7), 2.690-2.715. <https://doi.org/10.1177/0149206316646829>.
- Perry, Elissa y Kulik, Carol. (2008). The devolution of HR to the line: Implications for perceptions of people management effectiveness. *The International Journal of Human Resource Management*, 19(2), 262-273. <https://doi.org/10.1080/09585190701799838>.
- Pfeffer, Jeffrey. (1998). Seven practices of successful organizations. *California Management Review*, 40, 96-124.
- Podsakoff, Philip; MacKenzie, Scott; Lee, Jeong-Yeon y Podsakoff, Nathan. (2003). Common method biases in behavioral research: A critical review of the literature and recommended remedies. *Journal of Applied Psychology*, 88(5), 879-903. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.88.5.879>.
- Reilly, Michael. (1982). Working wives and convenience consumption. *The Journal of Consumer Research*, 8(4), 407-418. <https://doi.org/10.1086/208881>.
- Rich, Bruce; LePine, Jeffrey y Crawford, Eean. (2010). Job engagement: Antecedents and effects on job performance. *Academy of Management Journal*, 53, 617-635. <https://doi.org/10.5465/amj.2010.51468988>.

- Rizzo, John; House, Robert y Lirtzman, Sidney. (1970). Role conflict and ambiguity in complex organizations. *Administrative Science Quarterly*, 15(2), 150-62.
- Satorra, Albert y Bentler, Pete. (1994). Corrections to test statistics and standard errors in covariance structure analysis. En Alexander von Eye y Clifford Clogg (Dirs.), *Latent variables analysis: Applications for developmental research* (pp. 399-419). Sage.
- Schaufeli, Wilmar y Taris, Toon. (2014). A critical review of the job demands-resources model: Implications for improving work and health. En Georg Bauer y Oliver Hämmig (Dirs.), *Bridging occupational, organizational and public health* (pp. 43-68). Spring.
- Schyns, Birgit y Von Collani, Gernot. (2002). A new occupational self-efficacy scale and its relation to personality constructs and organizational variables. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 11(2), 219-241. <https://doi.org/10.1080/13594320244000148>.
- Sikora, David y Ferris, Gerald. (2014). Strategic human resource practice implementation: The critical role of line management. *Human Resource Management Review*, 24(3), 271-281. <https://doi.org/10.1016/j.hr.2014.03.008>.
- Spreitzer, Gretchen. (1996). Social structural characteristics of psychological empowerment. *Academy of Management Journal*, 39, 483-504. <https://doi.org/10.5465/256789>.
- Stanton, Pauline; Young, Suzanne; Bartram, Timothy y Leggat, Sandra. (2010). Singing the same song: Translating HRM messages across management hierarchies in Australian hospitals. *The International Journal of Human Resource Management*, 21, 567-581. <https://doi.org/10.1080/09585191003612075>.
- Stata Corp. (2017). Stata Statistical Software: Release 15. Stata Corp.LLC, College Station, TX.
- Townsend, Keith. (2013). To what extent do line managers play a role in modern industrial relations? *Asia Pacific Journal of Human Resources*, 51, 421-436. <https://doi.org/10.1111/1744-7941.12015>.
- Townsend, Keith y Hutchinson, Sue. (2017). Line managers in industrial relations: Where are we now and where to next? *Journal of Industrial Relations*, 59(2) 139-152. <https://doi.org/10.1177/0022185616671163>.
- Trullen, Jordi; Stirpe, Luigi; Bonache Jaime y Valverde Mireia. (2016). The HR department's contribution to line managers' effective implementation of HR practices. *Human Resource Management Journal*, 26(4), 449-470. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12116>.
- Tubre, Travis y Collins, Judith. (2000). A meta-analysis of the relationships between role ambiguity, role conflict, and job performance. *Journal of Management*, 26(1), 155-169. <https://doi.org/10.1177/014920630002600104>.
- Ur Rehman, Wali y Ahmad, Mansoor. (2015). AMO framework and psychological empowerment: Conceptual model decoding the black box between harm and innovative work behavior. *Business Review*, 10, 86-101.
- Van Iddekinge, Chad; Aguinis, Herman; Mackey, Jeremy y DeOrtentiis, Philip. (2017). A meta-analysis of the interactive, additive, and relative effects of cognitive ability and motivation on performance. *Journal of Management*, 44, 249-279. <https://doi.org/10.1177/0149206317702220>.
- Van Waeyenberg, Thomas y Decramer, Adeliën. (2018). Line managers' AMO to manage employees' performance: The route to effective and satisfying performance management. *The International Journal of Human Resource Management*, 29(22), 3.093-3.114. <https://doi.org/10.1080/09585192.2018.1445656>.

- Vandenabeele, Wouter. (2009). The mediating effect of job satisfaction and organizational commitment on self-reported performance: More robust evidence of the PSM-performance relationship. *International Review of Administrative Sciences*, 75(1), 11-34. <https://doi.org/10.1111/1468-5973.12340>.
- Warr, Peter; Cook, John y Wall, Toby. (1979). Scales for the measurement of some work attitudes and aspects of psychological well-being. *Journal of Occupational Psychology*, 52, 129-148. <https://doi.org/10.1111/j.2044-8325.1979.tb00448.x>.
- Weick, Karl. (1969). *The social psychology of organizing*. Addison-Wesley.
- White, Michael y Bryson, Alex. (2013). Positive employee attitudes: How much human resource management do you need? *Human Relations*, 66, 385-406. <https://doi.org/10.1177/0018726712465096>.
- Whittaker, Susan y Marchington, Mick. (2003). Devolving HR responsibility to the line: Threat, opportunity or partnership? *Employee Relations* 25(3), 245-261. <https://doi.org/10.1108/01425450310475847>.
- Woodrow, Chris y Guest, David. (2014). When good HR gets bad results: Exploring the challenge of HR implementation in the case of workplace bullying. *Human Resource Management Journal* 24(1), 38-56. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12021>.
- Wright, Patrick y Nishii, Lisa. (2013). Strategic HRM and organizational behaviour: Integrating multiple levels of analysis. En Jaap Paauwe, David Guest y Patrick Wright (Dirs.), *HRM and performance: Achievements and challenges* (pp. 97-110). Wiley.
- Zhu, Cherrie; Thomson, Bruce y De Cieri, Helen. (2008). A retrospective and prospective analysis of HRM research in Chinese firms: Implications and directions for future study. *Human Resource Management*, 47, 133-156. <https://doi.org/10.1002/hrm.20201>.

APÉNDICE

Variables independientes

Demandas laborales (informante: director/a comercial)

Sobrecarga de rol

1. No tengo tiempo para ejecutar mis tareas de RR.HH. completamente.
2. Mis tareas de RR.HH. suponen una carga de trabajo demasiado dura.
3. La cantidad de trabajo de RR.HH. interfiere con la calidad con que me gustaría desempeñar otras tareas.
4. Necesito más horas al día para ejecutar todas las responsabilidades de RR.HH. que se esperan de mí.
5. Mi lista de tareas de RR.HH. nunca termina.

Conflicto de rol

1. Ejecuto políticas y procedimientos de RR.HH. que son incompatibles.
2. Tengo asignadas tareas de RR.HH. sin el poder necesario para poder ejecutarlas.
3. Trabajo saltándome alguna regla/política con el fin de llevar a cabo mis responsabilidades de RR.HH.
4. Trabajo con grupos de empleados/as que requieren ejecutar mis responsabilidades de RR.HH. de forma muy diferente.
5. Ejecuto tareas de RR.HH. que son aceptadas por unas personas pero no por otras.

Ambigüedad de rol

1. Sé exactamente lo que se espera de mí con respecto a la ejecución de las tareas de RR.HH. (R).
2. Tengo certeza sobre cuántas responsabilidades de RR.HH. tengo (R).
3. Sé cuáles son mis responsabilidades de RR.HH. (R).
4. Mis tareas de RR.HH. son claras (R).

Recursos laborales (informante: director/a de RR.HH.)

Formación

1. La empresa ofrece suficientes cursos de formación para que el/la director/a comercial desempeñe correctamente sus responsabilidades de RR.HH.
2. Los cursos de formación que se ofrecen son relevantes para que el/la director/a comercial desempeñe correctamente las responsabilidades de RR.HH.

Instrumentos de RR. HH.

1. La empresa pone a disposición del/de la director/a comercial instrumentos (procedimientos, manuales, guías...) claros y comprensibles para ejecutar sus tareas de RR. HH.
2. La empresa pone a disposición del/de la director/a comercial instrumentos suficientemente concretos para que puedan ser utilizados.
3. Los instrumentos puestos a disposición del área comercial son fáciles de usar.

Incentivos

1. En la evaluación del rendimiento del/de la director/a comercial se tiene en cuenta la forma en que desempeñan las tareas de RR. HH. que le son encomendadas.
2. La promoción interna del/de la director/a comercial depende en parte de cómo ejecuten sus responsabilidades en temas de RR. HH.
3. La alta dirección de esta empresa reconoce explícitamente la buena gestión de los RR. HH. que realiza el/la director/a comercial.
4. La retribución del/de la director/a comercial depende en parte de lo bien que gestione sus RR. HH.
5. Cuando se establecen los objetivos para esta empresa se tienen en cuenta los objetivos en términos de RR. HH. que se exige al/a la director/a comercial*.

Variable dependiente**El rendimiento del/de la DC en tareas de RR. HH. (informante: el/la director/a comercial)**

1. Considero que efectúo de forma eficaz las tareas de RR. HH. que me son encomendadas.
2. Contribuyo al éxito de la política y la práctica.
3. Tengo un buen desempeño cuando ejecuto mis responsabilidades en materia de RR. HH.
4. Soy un/a buen/a directivo/a, en relación con las tareas de RR. HH.

Variables mediadoras**Percepciones del MI acerca de sus habilidades, motivación y oportunidad en la GRH (informante: el/la director/a comercial)***Habilidades*

1. Permanezco tranquilo/a cuando afronto dificultades al ejecutar mis responsabilidades de RR. HH. porque confío en mis habilidades.
2. Cuando me encuentro con un problema al ejecutar mis responsabilidades de RR. HH. habitualmente encuentro varias soluciones.
3. Soy capaz de enfrentarme a cualquier cosa que ocurra cuando ejecuto mis responsabilidades de RR. HH.



4. Mi experiencia en este trabajo me ha preparado bien para ejecutar mis responsabilidades de RR. HH.
5. Alcanzo los objetivos que me planteo al ejecutar mis responsabilidades de RR. HH.

Motivación

1. Siento una satisfacción personal cuando hago bien mi trabajo.
2. Mi opinión sobre mí mismo/a empeora cuando hago mal mi trabajo*.
3. Me enorgullezco por el hecho de hacer mi trabajo lo mejor que puedo.
4. Me siento triste cuando desempeño mi trabajo peor de lo habitual.
5. Me gusta terminar la jornada con la sensación del trabajo bien hecho.
6. A menudo intento imaginar formas de desempeñar más eficientemente mi trabajo.

Oportunidad

1. Tengo bastante autonomía para decidir cómo desempeñar mis funciones de RR. HH.
2. Puedo decidir por mí mismo/a cómo realizar mis funciones de RR. HH.
3. Tengo bastantes oportunidades de independencia y libertad sobre cómo desempeñar mis funciones de RR. HH.
4. Las funciones de RR. HH. que desempeño influyen en gran medida en mi departamento*.
5. Tengo mucho control sobre lo que sucede en mi departamento*.
6. Tengo una elevada influencia sobre lo que sucede en mi departamento.

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS.CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm, vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...).
3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
 - Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
 - Foro de debate: máximo 10 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef (www.normacef.es).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de Redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.

CEF.-

Que nada te impida seguir formándote

+30 Másteres

+200 Cursos

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

[Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es]



TELEPRESENCIAL | ONLINE

Tu currículum no dice que

DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA