EL FUTURO DEL TRABAJO: RETOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

XXX Jornada de Estudio
sobre Negociación Colectiva

Comisión Consultiva Nacional
de Convenios Colectivos

INFORMES
Y ESTUDIOS
RELACIONES
LABORALES

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

ÍNDICE

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

**Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones**

RET. 18-2.368

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

El futuro del trabajo: Retos para la negociación colectiva

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Relaciones Laborales Núm. 114

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

El futuro del trabajo: Retos para la negociación colectiva

XXX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva

Madrid, 26 de octubre de 2017

Edición preparada por la
COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL
DE CONVENIOS COLECTIVOS

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
http://publicacionesoficiales.boe.es

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.

Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Correo electrónico: sgpublic@mitramiss.es
Internet: www.mitramiss.es
NIPO Papel: 270-18-061-X
NIPO Pdf: 270-18-059-1
NIPO Epub: 270-18-060-4
ISBN Papel: 978-84-8417-530-8
Depósito legal: M-32331-2018
En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública
Imprime: Artesa, S. L.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN Y APERTURA DE LA JORNADA
Javier Gómez-Hortigüela Amillo 9

INAUGURACIÓN DE LA JORNADA
Juan Pablo Riesgo Figuerola-Ferreti 15

Mesa Redonda
EL FUTURO DEL TRABAJO. RETOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Gonzalo Pino Bustos 25
Mercedes González Calvo 29
Teresa Díaz de Terán López 37

Primera Ponencia: LEGISLACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA SITUACIÓN ACTUAL Y RETOS DE FUTURO
Gemma Fabregat Monfort 43

Segunda Ponencia: EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. CONTENIDOS A AFRONTAR, APARICIÓN DE NUEVAS ACTIVIDADES Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO
Miguel Rodríguez-Piñero Royo 91

Tercera Ponencia: INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Salvador del Rey Guanter 145

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

PRESENTACIÓN Y APERTURA DE LA JORNADA

JAVIER GÓMEZ-HORTIGÜELA AMILLO
Presidente de la Comisión Consultiva
Nacional de Convenios Colectivos

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Quiero, en nombre propio y en nombre de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC), darles a todos la bienvenida y agradecerles su participación en esta XXX edición de la Jornada de Estudio de la Negociación Colectiva que confío que, a través de sus ponencias, intervenciones, reflexiones y debates, puedan contribuir a un mejor conocimiento de la negociación colectiva.

Conforme a la normativa vigente, la CCNCC asume funciones de Observatorio de la Negociación Colectiva, y para ello debe desarrollar diversos cometidos. Entre ellos, la norma establece, específicamente, la organización de jornadas anuales sobre negociación colectiva. Este año, la Comisión Permanente acordó, el pasado 4 de julio de 2017, el programa de la jornada anual de este año, programa que fue aprobado, como es preceptivo, por el Pleno dela Comisión, en la reunión celebrada el pasado 28 de septiembre de 2017.

Debe recordarse que, según establece el R.D.1362/2012, de 27 de septiembre, que regula la CCNCC, en relación con el funcionamiento de la misma, los acuerdos se adoptarán preferentemente por consenso entre los tres grupos de representación que la integran, y esto ha sido lo ocurrido con el programa de la XXX Jornada de Estudio sobre la Negociación Colectiva, tanto en lo que se refiere a la fecha de celebración, como en la fijación de su contenido en cuanto a estructura y temática.

La jornada está estructurada, siguiendo el mismo esquema de los últimos años, en una Mesa Redonda, que va a tratar sobre el futuro del trabajo y los retos que conlleva para la negociación colectiva. Después de referirse en los últimos años a los sucesivos Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva, vuelve a tratar el tema de la situación de la negociación colectiva y los retos para el futuro, siguiendo el marco de la Iniciativa sobre el futuro del trabajo lanzada por la OIT para los debates que se realizarán hasta su centenario.

El análisis de la situación de la negociación colectiva actual, los cambios tecnológicos, la evolución de la producción y el empleo, los cambios en la naturaleza del trabajo, van a constituir un reto para la negociación

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

colectiva y una necesidad de una respuesta adecuada para dar soluciones consensuadas, que contribuyan y den respuestas a las novedades que se detectan y a los cambios continuos en el ámbito de las relaciones laborales.

En esta Mesa Redonda, a la que seguirá un coloquio con los participantes en la Jornada de Estudio, van a intervenir representantes de las organizaciones sindicales UGT y CCOO y empresariales CEOE y CEPYME.

La segunda parte del programa de la jornada anual está constituida por tres ponencias dictadas por representantes del ámbito universitario, enmarcadas en el tema de la Jornada referido a los retos para la negociación colectiva que constituye el futuro del trabajo. Con esta presencia de la Universidad, la organización de la jornada anual sigue la tradición de muchos años de dar presencia a la doctrina en la negociación colectiva.

La primera ponencia sobre **Legislación y negociación colectiva. Situación actual y retos de futuro,** será impartida por Dña. Gemma Fabregat Monfort, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.

Comienza señalando que la negociación colectiva ha sido objeto de una afectación y alteración muy relevante con y tras las últimas reformas laborales. Resalta que la negociación colectiva ha sufrido una modificación en elementos tan esenciales como la tasa de cobertura o afectación, la estructura, articulación y reglas de concurrencia o la duración y prórroga de su contenido normativo o ultraactividad convencional.

Señala que la relación entre legislación y negociación colectiva es compleja por amplía y dual, dado que desde la ley se establecen dos tipos de normas dirigidas a la negociación colectiva: la ley diseña las reglas del juego, las reglas de negociación y, por otro lado, establece una serie de mandatos sobre su contenido.

Desde la ley se diseña el marco general que va a regir la relación entre ley y negociación colectiva, así como las relaciones entre los propios convenios.

También señala tres tipos de remisiones diferenciadas: en primer lugar, aprecia directrices que expresamente obligan a negociar ciertas cuestiones en convenio colectivo; en segundo lugar, habla de normas constitutivas de mínimos de derecho necesario, susceptibles de ser mejoradas en convenio; en tercer lugar, la ley contiene remisiones a la negociación colectiva, según las que el convenio pueda mejorar o empeorar la regulación de la ley prevé para el caso de que no se regule nada.

Todo ello, sin perjuicio de que haga referencia a supuestos en que el convenio pueda fijar límites a la precariedad laboral; sea garante de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; o sea elemento favorecedor de la cogestión o gestión colaboradora en la empresa entre empresario o representantes de los trabajadores.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN / SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD SOCIAL

Su intervención se va a estructurar en dos grandes apartados claramente diferenciados. En primer lugar, se va a referir a cuestiones de estructura, afectación y duración del convenio.

Después abordará cuestiones de contenido que entiende que deben ser tratadas con relativa urgencia en los convenios. Sin una pretensión de exhaustividad, va a referirse a: contratación, flexibilidad interna (clasificación profesional, tiempo de trabajo y retribución); obligaciones debidas y extinción del contrato de trabajo, y medidas convencionales para el respeto de la igualdad real entre hombres y mujeres y la erradicación de la discriminación por razón de género.

La segunda ponencia relativa al **Papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo,** corresponde a D. Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Destaca la función prelegislativa de la negociación colectiva destacando que, en momentos de cambios importantes en el tejido productivo, adquiere una particular relevancia.

Señala el profesor en su ponencia las distintas funciones de la negociación colectiva en el mercado de trabajo, que van desde las condiciones de la contratación del trabajo a la adaptación de la normativa general a la particularidad del sector o de la empresa, considerando, una de las funciones más relevantes, la de ofrecer respuesta a los problemas del mercado de trabajo, no tratados o tratados no adecuadamente por el legislador.

Destaca también, el impacto en la negociación colectiva de los cambios producidos en la legislación no laboral, que van a tener efectos en las relaciones laborales, refiriéndose a las nuevas reglas sobre *compliance* o sobre protección de datos, que suelen exigir para una adecuada implantación en las empresas que se adapte un marco normativo.

La ponencia va a considerar, además, la aparición en el mercado de trabajo de nuevas formas de trabajo, producto de cambios tecnológicos o nuevas tendencias organizativas, destacando el marcado protagonismo de la negociación colectiva hasta que no se produzcan las oportunas reformas laborales. Va a referirse al trabajo en plataformas, al *smart working* y a los empleos muy atípicos y superprecarios.

Finalmente, va a considerar nuevos fenómenos en el mercado de trabajo, como los working poor o el envejecimiento de la población, que van a requerir también un tratamiento colectivo adecuado.

La tercera ponencia sobre **Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva** será desarrollada por D. Salvador del Rey Guanter, Catedrático de Derecho del Trabajo

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

y de la Seguridad Social de ESADE Law School. Va a referirse al impacto determinante en la organización del trabajo, en los recursos humanos y en el marco regulador de las relaciones laborales que va a tener la conjunción y retroalimentación de tecnologías disruptivas. La negociación colectiva debe redefinir su papel regulador ante el desafío de las tecnologías disruptivas.

Esta redefinición va a operar también en el contenido, en aspectos procedimentales y en la estructura de la negociación colectiva. Desde la perspectiva del contenido, destaca una serie de temas, relativos a condiciones de trabajo muy ligados a cambios organizacionales, que van a tener que referirse en su regulación convencional. Así, tiempo y lugar de trabajo, derecho a la formación y funciones y su reflejo en la clasificación profesional.

Desde la perspectiva procedimental, destaca la necesidad de que los procesos negociales se aceleren y adapten a cambios continuos, que van a requerir respuestas más rápidas y efectivas, de forma que los ciclos largos de negociación para convenios de duración de uno o dos años deberán ser alterados.

Desde la óptica de la estructura de la negociación colectiva, la alteración de la prioridad de las materias más ligadas a cambios organizacionales y tecnológicos, va a implicar una mayor presión para la descentralización de aquellas estructuras, dando un mayor protagonismo, respecto a dichas materias, al nivel empresarial y de centro o lugar de trabajo.

En definitiva, se va a requerir un reenfoque de determinados pilares de la negociación colectiva, si se tiene en cuenta que las innovaciones tecnológicas van a constituir el factor más determinante en la evolución del tejido económico y empresarial de todo el país.

Acabo esta breve presentación de la jornada de estudio, agradeciendo al Ministerio de Empleo y Seguridad Social por su estimado apoyo a las iniciativas de la CCNCC y, en particular, a esta XXX Jornada de Estudio sobre la Negociación Colectiva.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES SEGURIDAD SOCIAL

INAUGURACIÓN DE LA JORNADA

JUAN PABLO RIESGO FIGUEROLA-FERRETI
Secretario de Estado de Empleo

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Muy buenos días a todos y bienvenidos al Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Gracias a todos por estar hoy en esta casa, que es la casa de todos los que buscan un empleo y de todos aquellos que, de una forma u otra, contribuyen a que lo encuentren. Por eso, queridos amigos representantes de organizaciones sindicales y empresariales, bienvenidos a vuestra casa.

Gracias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, y en particular a su Presidente, por invitarme a inaugurar esta trigésima edición de Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva. Pero, sobre todo, enhorabuena a la Comisión por llevar ya treinta años celebrándolas, y por la labor que desempeña, que sin duda merece un reconocimiento.

Porque de una función inicial de carácter meramente consultivo, que consistía en la determinación del ámbito funcional de los convenios, ha pasado a asumir otras muy importantes, como su función como Observatorio de la negociación colectiva —marco en el que se encuadra el encuentro que hoy celebramos—.

Y gracias también por dedicar esta Jornada a estudiar los retos que supone para la negociación colectiva el futuro del trabajo.

Porque si hay algo en lo que debemos de trabajar durante los próximos años es:

— En terminar de consolidar la recuperación, haciendo no solo que haya más trabajo, sino también mejores empleos.

— Y en abordar los cambios que globalización y digitalización traen de la mano, para hacer frente a los desafíos del futuro del trabajo a los que van a dar lugar.

  También aquellos que la negociación colectiva necesita atender y entender para aportar respuestas eficaces.

— Todo ello, acompañando a nuestra fuerza de trabajo —y para eso la negociación colectiva es clave— en los procesos necesarios para afrontar esas transformaciones que definirán los empleos

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

del mañana; la nueva organización del trabajo, y de los procesos productivos, y convertirlas en oportunidades.

- Porque aunque es verdad que la globalización viene de la mano de una mayor competencia; también de un aumento de los mercados (que en los últimos veinte años ha permitido impulsar el crecimiento económico y sacar a millones de personas de la pobreza).
- Porque aunque es cierto que con la digitalización estamos viendo importantes transformaciones en os procesos de producción y gestión empresarial; también es cierto que estamos asistiendo a un desarrollo de nuestras capacidades sin precedentes y con costes cada vez menores.
- Porque aunque la globalización y la digitalización están transformando las relaciones entre clientes, Administraciones Públicas, trabajadores y empresas; estamos asistiendo a procesos con potencial de detonar la innovación, generar ahorros, mejorar servicios públicos y desarrollar nuevas herramientas y políticas para la inclusión y el desarrollo sostenible.

Sin embargo, solo convertiremos los desafíos en oportunidades si:

— Somos conscientes de que la clave del éxito de España pasa por contar con todo el talento. Pasa por atraer y retener a todo el talento (el de jóvenes y mayores, el de hombres y mujeres, el que está y el que circula globalmente).

— Y si seguimos trabajando juntos y sumando esfuerzos como hasta ahora.

Porque hemos andado una buena parte del camino; pero queda mucho por recorrer. Y hasta ahora el diálogo y la búsqueda de consenso han dado lugar a numerosos acuerdos.

La reforma laboral de 2012, como saben, añadió una nueva función a la Comisión Consultiva, de carácter decisorio, con la que se quiso favorecer y potenciar la flexibilidad interna en las empresas.

Una nueva función con la que la Comisión se configuraba como una parte del procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos, como órgano último y decisorio para la solución de discrepancias.

Sin embargo el número de procedimientos de inaplicación y de trabajadores afectados cae, desde máximos en 2013, en paralelo al crecimiento del PIB.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

— Porque la gran mayoría (90%) han sido acordadas durante el periodo de consultas.

— Y porque gracias a las decisiones responsables de representantes de trabajadores y de empresas, hoy podemos hablar de una recuperación económica que está siendo intensiva en términos de empleo.

- Que nos ha llevado a crear empleo incluso por encima del crecimiento económico.
- Que nos ha llevado de destruir 1.500 empleos diarios, a crear más de 2.500 al día.
- Que nos ha llevado de incrementar el paro como ningún otro país de Europa, a liderar la caída del paro de la zona euro y a encabezar el ranking de países que más empleos crean.
- Y que nos ha llevado, por tanto, de liderar el incremento del riesgo de pobreza en la Eurozona (2007—2011), a mejorar los indicadores de bienestar social, que muestran que desde 2014 se reduce la pobreza al doble que la media de la Eurozona (medio punto más que Alemania y 4 veces más que Francia).
- Que nos ha llevado, además, de la caída a un ritmo del 30% de la contratación indefinida, a consolidar el periodo más largo de los registros con 44 meses consecutivos de incrementos.

Porque cuando se apuesta por el diálogo, cuando se apuesta por el acuerdo y, en definitiva, se apuesta por construir: los resultados y las evoluciones son positivas.

Y por eso nuestra apuesta es que sigamos trabajando juntos para que haya:

Más trabajadores.

— Haciendo más seductor nuestro mercado de trabajo. Y trabajando por su adaptación a los tiempos, trabajando por que sea inclusivo, trabajando por un mercado de trabajo que no deje a nadie atrás.

— Trabajando en la modernización y adaptación de herramientas esenciales como la negociación colectiva a las nuevas realidades. Para que esa «flexiseguridad» que ha salvado miles de puestos de trabajo siga siendo garantía de atracción y retención de empleo y talento.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Más motivados.

— Y para ello no solo abogamos por la estabilidad, por la mejora de las condiciones de trabajo y por la seguridad.

— Abogamos por nuevas medidas de conciliación y corresponsabilidad familiar que hagan que la calidad en el empleo sea una realidad,

— y por nuevas propuestas para un mayor bienestar en el ámbito laboral, por la promoción de los hábitos saludables en el trabajo.

Porque empleados satisfechos enferman dos veces menos, son nueve veces más leales, un 31% más productivos e —importante en estos momentos de cambios— un 55% más creativos.

Y más productivos, mejor preparados.

— Y en este sentido seguimos trabajando en materia de formación profesional para el empleo y en la mejora de la formación profesional dual.

— Porque incrementan la empleabilidad y la inserción: favoreciendo el reciclaje y la capacitación de los ocupados, y reduciendo la brecha de especialización entre la academia y la realidad empresarial.

— Porque permiten aprender trabajando. Permiten hacer formándose. Y porque, además, mejoran la calidad de la capacitación.

Para que esta Agenda por el talento sea una realidad, los interlocutores sociales tienen mucho que decir, y por eso hoy aprovecho para agradecer el trabajo que hacen desde las mesas de diálogo social que se han puesto en marcha —para el diseño de un plan de choque por el empleo, para que sea de calidad, para la mejora de la formación profesional y en materia de pensiones.

Y para que esa Agenda sea una realidad, el papel de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos va a seguir siendo muy relevante. No solo porque, en lo que se refiere a las actividades como Observatorio de la Negociación Colectiva, realice estudios e informes de reconocido prestigio.

No solo porque organice la celebración de Jornadas como esta para el estudio de la negociación colectiva, para que siga siendo uno de los instrumentos fundamentales de empleo y para el empleo.

No solo porque publique un Boletín donde se analizan las principales novedades y los problemas que va ofreciendo la negociación de los

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

convenios colectivos, al que se pretende dar mayor impulso, abriéndolo a la participación.

Sino porque hoy es para mí un honor comunicarles un hito de gran importancia, y muchos años de trabajo por parte de la Comisión: la culminación y puesta en marcha del Mapa de la Negociación Colectiva —de ámbito nacional y de acceso a través de su web.

Un Mapa que, como saben, era una antigua aspiración de la Comisión y de todos los interesados en la negociación colectiva interlocutores sociales y verdaderos protagonistas de la negociación; órganos bipartitos o tripartitos que actúan como observatorios de la misma; y todas las autoridades laborales competentes en la materia.

Una aspiración que se planteó en 2004; para la que en 2007 se acordó la necesidad de disponer de un registro electrónico general y previo de convenios colectivos, fuera cual fuese su ámbito territorial. Este registro sería el actual REGCON, en pleno funcionamiento desde 2010.

En 2015 se estimó que los datos recogidos ya eran suficientes para darle un impulso definitivo al Mapa y, tras dos años de duro trabajo: de análisis de los ámbitos funcionales de todos los convenios sectoriales existentes; de contacto permanente con las comisiones paritarias; y de desarrollo de la correspondiente aplicación informática… podemos poner ahora en marcha esta herramienta de gran interés y utilidad para el ciudadano.

Un Mapa que permitirá conocer los convenios existentes y aplicables a una actividad económica determinada; así como el estado de la negociación colectiva a todos los niveles sectoriales y territoriales.

Una vez más, gracias a la suma de voluntades y al trabajo compartido.

Porque queridos amigos, y acabo ya:

Estamos en un momento importante para la negociación colectiva. Un momento en el que todos aquellos instrumentos o contribuciones que faciliten los procesos de negociación de un convenio y su difusión deben ser potenciados. Un momento en el que la Comisión entra en una fase de debate con el que dar lugar a nuevas ideas para impulsar esa función de Observatorio de la negociación colectiva.

Y un debate también como el que tiene lugar a continuación para analizar los retos a los que se enfrenta: los retos del futuro del trabajo, pero también los que provocan las tendencias demográficas mundiales y nacionales, y que deben ser igualmente consideradas por la negociación colectiva del futuro.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Porque en este mundo inmerso en un proceso de cambio constante:

— La legislación actual tiene el desafío de adaptarse para proveer una protección adecuada.

— Y la negociación colectiva debe tener mayor presencia, como verdadera conocedora de la problemática del mercado de trabajo, para garantizar —junto a la normativa legal—, los derechos y niveles de calidad del trabajo del futuro.

Porque los cambios que vienen es cierto que vienen cargados de flexibilidad, pero para empresarios y para trabajadores; presentándose como una importante oportunidad de bienestar.

Y, en este sentido, solo abordando esa Agenda integral por el Talento y el empleo de calidad, basado en la mejora de la productividad y la innovación, seremos capaces de construir un futuro de progreso y libertad.

Muchas gracias.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Mesa Redonda

GONZALO PINO BUSTOS
Secretario de Política Sindical de la Comisión
Ejecutiva Confederal de UGT

MERCEDES GONZÁLEZ CALVO
Secretaria Confederal de Acción Sindical CCOO

TERESA DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ
Directora del Departamento Socio Laboral de CEPYME

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Gonzalo Pino Bustos
Secretario de Política Sindical de la Comisión
Ejecutiva Confederal UGT

Agradezco la oportunidad que se me brinda de reflexionar en esta mesa sobre el futuro del trabajo que queremos, por derecho, que es la premisa desde la que me propongo hacer mi planteamiento. Y me voy a centrar en tres señales o tres espacios explicativos:

Primero, el económico pues, aunque se repiten las ocasiones para exigir salarios dignos para todos los trabajadores y trabajadoras, ocupaciones seguras, igualitarias, más estables y en condiciones de calidad, el escenario económico permanece basado en unas reglas marcadas por el capital, orientadas hacia la permanencia de un reparto asimétrico de la riqueza generada entre todos y a costa de perder derechos y puestos de equilibrio conseguidos tras muchos duros años de conquistas sociales.

Así, un objetivo justo y legítimo de condiciones laborales coherentes con un nivel de desarrollo social como el que todos buscamos, basado en la defensa permanente de una sociedad en armonía, fraterna y solidaria, también en su estructura laboral, basada en la prosperidad de las personas trabajadoras, se aleja y se acentúa la desigualdad y la pobreza.

Las muestras de esta decadencia están por todas partes. Sin ir más lejos, en este mes de octubre, con motivo de la décima edición de la Jornada Mundial por el trabajo decente, los sindicatos denunciamos la precarización en las relaciones laborales, tanto en el plano internacional como en el nacional, también las consecuencias que trae consigo, por ejemplo, en cuanto al aumento de la siniestralidad laboral, la renuncia a derechos básicos como la formación en el puesto de trabajo o la misma conciliación de la vida personal y profesional.

Más recientemente, durante el Día Internacional de lucha contra la pobreza y la exclusión social, desde UGT como otras muchas orga-

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

nizaciones también reclamamos la necesidad de erradicar la pobreza existente en nuestro país.

Ese mismo día habíamos conocido el VII Informe Anual sobre el Riesgo de Pobreza y Exclusión Social 2017 con datos oficiales de 2016. Para medir este impacto de la pobreza se utiliza un indicador conocido como AROPE[1], consensuado para la Unión Europea, que tiene en cuenta los ingresos familiares, las carencias materiales y la baja intensidad del empleo.

Arrojaba que en España un total de 12.989.405 personas están en riesgo de pobreza, es decir, cumplen con al menos uno de los tres requisitos: tener ingresos inferiores a 684 euros, en el caso de una persona o 1.700, en el caso de una familia de cinco miembros, sufrir carencia material severa (retraso pago vivienda, entre otros) y baja intensidad en el empleo (un trabajo de menos de 2 horas).

Y cada vez más habitual ser trabajador y pobre. Casi una tercera parte de la población pobre de 16 años o más está ocupada, es decir, tiene un empleo remunerado.

¿Cómo influir para revertir esta insostenible situación?

Hace unos meses, impulsado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se celebraba en Madrid la Conferencia Tripartita sobre el Futuro del Trabajo que Queremos, (28 de marzo de 2017). En la intervención del Secretario General de la UGT, Pepe Álvarez, apuntaba sobre los efectos de los desarrollos tecnológicos en el mundo del trabajo que se habían de tomar en consideración tres aspectos: 1/ la evolución del empleo y de la cohesión social; 2/ la decisión sobre cuál es el modelo de sociedad que queremos en el futuro y 3/ si concluimos que determinado modelo de sociedad no es el que queremos, situar qué medidas son imprescindibles para evitar sus efectos más perjudiciales.

Segundo, el de la reafirmación de los derechos sociales al estatus que les corresponde, especialmente a escala de la Unión Europea. En esta línea la adopción del Pilar Social el próximo día 16 de noviembre, contribuye a dotar a los aspectos sociales de las políticas de cada estado miembro, de un marco de evaluación a escala comunitaria similar al que ahora tienen las medidas de reforma económicas. Aunque no habrá unos objetivos sociales transversales con el mismo rango de concreción y exigibilidad que, por ejemplo, los objetivos de déficit y de deuda, sí que la entrada en vigor del Pilar Social permitirá establecer comparaciones,

[1] Del inglés «At risk of poverty and exclusión», es decir, *en riesgo de pobreza y exclusión.*

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES / SECRETARÍA GENERAL

orientar reformas, coordinarse y servir como guía en la convergencia de los países miembros en esta materia.

Reivindicamos desde la UGT, y desde la Confederación Europea de Sindicatos, que este Pilar Social tenga una transcripción en la legislación europea de manera a que se garanticen los derechos de los trabajadores de manera igualitaria en toda la Unión, también necesitamos de una mejor política económica en la UE, con recomendaciones sociales y económicas anuales y más y mejor diálogo social a escala comunitaria.

Y tercero, el sindical, en concreto las prioridades de mi sindicato, la UGT. Llevamos algún tiempo incidiendo en la necesidad de mejorar los salarios. Y es que en nuestro país los salarios son insuficientes para llegar a fin de mes. Sea cual sea la estadística que se tome, casi la mitad de asalariados y asalariadas son mileuristas. Por supuesto, estos niveles salariales tan bajos dificultan el desarrollo de una vida personal y familiar con unas mínimas garantías de calidad. Sin embargo, si no actuamos para erradicar la propagación de los subempleos y aumentamos los salarios, especialmente los más bajos, ponemos en riesgo el estado de bienestar y, en especial, las pensiones. La sostenibilidad de nuestro sistema exige una mejora de las retribuciones, no su contracción.

En nuestro país, a pesar de que la economía crece a buen ritmo desde principios de 2014, este desarrollo no se ha traducido en mayor bienestar para los trabajadores y las trabajadoras y sus familias.

También se precisan otras medidas complementarias que contribuyan a equilibrar la balanza para que ni especuladores, ni defraudadores tributarios, ni la desmedida avidez de las grandes corporaciones, por citar solamente algunos, acaben con las opciones de prosperidad de la mayoría de la población más expuesta, trabajadores y trabajadoras.

En este deterioro de la calidad del empleo encontramos también a las empresas multiservicios. Uno de los nichos de precariedad laboral que más se han extendido en los últimos años por los nefastos efectos de la última reforma laboral con su afán por reducir la extensión de los convenios colectivos sectoriales en favor de la prioridad aplicativa de los del ámbito de empresa.

Estas empresas multiservicio ya estaban entre las fórmulas de organización empresarial que aumentan beneficios a costa de empeorar las condiciones de los trabajadores, por ello desde 2014, en unidad de acción con CCOO, consensuamos una serie de medidas como la revisión de la normativa laboral y la regulación convencional de las actividades de externalización de servicios. Después CCOO y UGT firmamos una Declaración Conjunta para actuar y, entre otras cosas, hemos impugnado más de cincuenta convenios de empresa de EMS, con resultados favorables ante los Tribunales; hemos presentado a los Grupos Parlamentarios

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

propuestas conjuntas para la modificación de los artículos relativos a la subcontratación y externalización de actividades del Estatuto de los Trabajadores y también hemos presentado a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social una petición específica para hacer un seguimiento de las condiciones laborales que estas empresas con convenio colectivo anulado aplicaban a sus trabajadores.

Luego, tras este somero repaso, ¿estamos dispuestos a defender este contexto para el futuro, que trascienda este proyecto vital a nuestras hijas e hijos? ¿Es razonable abandonar sus oportunidades de salud, sus capacidades y desarrollo personal al libre albedrío de las grandes corporaciones, a su codicia?

De forma sucinta, la actuación ha de pasar por recuperar derechos y acabar con el debilitamiento de la negociación colectiva. De cara a reducir los niveles de desigualdad y pobreza, es imprescindible incluir en todos los convenios colectivos salarios mínimos garantizados de, al menos, 1000 euros. Para el resto de salarios, deben concretarse aumentos que supongan nítidas ganancias de poder de compra. Primero, porque la situación de la economía así lo exige, con un crecimiento económico sólido y con las empresas que ya han recuperado su nivel de beneficios anterior a la crisis. Y segundo, para recuperar parte del poder de compra perdido desde 2009, que es mucho.

Además, tenemos que seguir enfrentándonos a los graves problemas de nuestro mercado laboral, como la elevada precariedad: Impulsar el empleo estable y mejorarlo; avanzar en la igualdad de trato y oportunidades; diseñar y promover un modelo de formación dual eficaz y todo ello intentando extender al máximo la cobertura de la negociación colectiva.

Para finalizar, traigo una reflexión del economista Antón Costas, tiene muchas y muy oportunas al contenido de esta mesa, pero me inclino por esta: »De la misma forma que los médicos han demostrado que una buena dieta alimentaria y una vida sana son imprescindibles para la salud de las personas, los políticos tienen que aceptar que una dieta de equidad es fundamental para la salud democrática de las sociedades liberales».

Buenos días y muchas gracias.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Mercedes González Calvo
Secretaría de Acción Sindical de CCOO

El 25 de enero de 2012 los interlocutores sociales firmaron el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014 y solo unos días más tarde, el 10 de febrero, el Gobierno de Mariano Rajoy lo dejaba sin efecto, con una reforma del mercado laboral que, aplaudida por la patronal, se ejecuta de forma inmediata a través del Real decreto-Ley, el 3/2012, cuya dudosa urgencia y necesidad iban dirigidas a que las instituciones que sustentan el derecho del trabajo quedaran seriamente dañadas; también la negociación colectiva, como consecuencia de un desmesurado intervencionismo, rompiendo con la neutralidad que en este campo debe acompañar la actuación estatal.

Se inicia así un camino que erosiona la fuerza vinculante del convenio colectivo sectorial, permitiendo su inaplicación en la empresa respecto de materias centrales de la regulación colectiva, como los salarios, el tiempo de trabajo y su distribución, horario laboral u organización del trabajo. Camino que se elige transitar en dirección completamente opuesta a lo que fueron los muy importantes acuerdos de 1997 sobre negociación colectiva, dándole todo el poder a la empresa y erosionando gravemente los derechos laborales.

Pero el cambio del modelo de crecimiento hacia una economía sostenible no se logra mediante la depreciación del valor del trabajo y la degradación de la interlocución colectiva en la determinación del empleo y algunas pruebas tenemos de ello, por ejemplo, las experiencias desarrolladas en Alemania a través de los Consejos de vigilancia, donde la participación de los trabajadores/as ha ayudado a elevar la competitividad y la productividad. Dicho por la propia Sra. Merkel: »La cogestión lleva a que el personal se identifique más con su empresa y los conflictos puedan ser solucionados en el marco del diálogo».

La modernización de un país es la capacidad de la mayoría social para afrontar conjuntamente los diferentes retos y unas relaciones labora-

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL

les modernas serán capaces de impulsar el desarrollo económico, la innovación, la igualdad de oportunidades y el grado de libertad individual, permitiendo que las empresas afronten los nuevos retos tecnológicos, productivos y de internacionalización desde la regulación del conflicto y desde el consenso social.

La negociación colectiva cumple dos funciones esenciales en el sistema de relaciones laborales de nuestro país fija el valor del trabajo correspondiente a cada categoría profesional, según la cualificación del trabajador o las características del puesto de trabajo; y lleva a cabo la ordenación del tiempo de trabajo mediante la distribución de los tiempo de trabajo y descansos, lo que determina tanto el tiempo de actividad productiva, como también el tiempo dedicado a las atenciones personales y familiares de los trabajadores. En estas materias la legislación sólo fija los mínimos de derecho necesario – salario mínimo interprofesional y jornada máxima, vacaciones y descansos- de modo que la negociación colectiva es el necesario intermediario entre el marco legal general y todo el conjunto de los derechos laborales.

Por tanto, la principal novedad es que a la negociación a nivel de empresa se le otorga el poder de fijar unas condiciones de trabajo y unos niveles salariales que excluyen o derogan las fijadas en el convenio de ámbito superior, y ello, incluso eliminando el control judicial sobre las razones que podían justificar dicha decisión.

Pero la reforma de la negociación colectiva no concluye aquí. La flexibilidad interna ordinaria viene acompañada de instrumentos de flexibilidad interna extraordinaria que, aun diseñados aparentemente para circunstancias excepcionales y acotados temporalmente, pone en manos de las empresas la regulación de la práctica totalidad de las condiciones de trabajo. La empresa puede hoy inaplicar el convenio sectorial, pero también el de empresa, bastando la alegación de una causa económica, técnica, organizativa o productiva, legislativamente definida en términos tan laxos que en la práctica supondrá la descausalización del descuelgue. Es más, las razones que fundamentan la inaplicación del convenio sectorial o de empresa, la reforma de 2012 las equipara a las que justifican el despido económico, objetivo o colectivo –este último, recordemos hoy sin autorización administrativa-, de forma tal que la empresa podrá optar, ya por el descuelgue -con regulación a la baja, naturalmente-, ya por la extinción indemnizada de los contratos de trabajo.

Con este proceso de desregulación y precarización de las condiciones laborales, el mundo del trabajo ha pasado a un plano secundario, ha dejado de estar en el centro del debate y deja de considerarse como elemento fundamental y vertebrador de la sociedad.

La conectividad y la digitalización de la economía han provocado una revolución en las relaciones sociales capaces de desmaterializar lo colectivo y por tanto de hacer muy difícil el trabajo sindical.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

La cuarta revolución industrial se puede presentar como una alternativa de crecimiento a la economía actual si se plantea y desarrolla de manera responsable y con el objetivo de la cohesión social, sin embargo, la digitalización, la robotización, el big data, internet también permiten la generación de nuevas formas empresariales que esconden nuevas formas de explotación.

Estas nuevas realidades que se miden sólo en billones de euros, están permitiendo que proyectos empresariales como la economía colaborativa que camuflan proyectos empresariales haciendo de supuestos intermediarios entre clientes y prestadores de servicios, o que plantean la flexibilidad de optar a trabajar parcialmente y en tu tiempo libre, en realidad suponen estrategias de desregulación y explotación de trabajadores/as. Lo mismo ocurre con las externalizaciones de las empresas en red o la proliferación de las empresas multiservicios que se saltan el marco regulador tradicional abaratando las condiciones laborales a extremos de semiesclavitud.

En un modelo social a modo de selva, donde la potenciación del mensaje individualista hace que emerja el »sálvese quien pueda», donde lo colectivo suena a pasado de moda y donde la emprendeduría es lo »cool», cabría preguntarse si ha desaparecido la clase trabajadora. Nos vendían un modelo de sociedad desarrollada donde las luchas de clases habrían desaparecido y donde seríamos ciudadanos de pleno derecho, pero parece que nos hemos conformado con ser consumidores, incluso de segunda clase.

Hemos asumido la inevitabilidad de todo lo que ha pasado desde el comienzo de la crisis, porque habíamos vivido por encima de nuestras posibilidades. La postverdad de que hemos hecho bien las cosas y que, lentamente y con esfuerzo, volvemos al equilibrio. La resignación de que ya hemos salido de la crisis aunque, de momento, no se puede hacer un reparto más justo no es más que la mentira neoliberal.

La dura realidad es que ha habido un cambio de paradigma y una transformación del modelo socio-económico basado en la devaluación interna para ser competitivos a costa de los costes laborales.

Las reformas laborales han permitido un cambio también en el modelo de relaciones laborales hacia la precariedad laboral, la pérdida de derechos, la reducción de la creación de empleo estable y de calidad frente al reparto del trabajo precario que multiplica la temporalidad, el trabajo a tiempo parcial no elegido y niveles salariales que se acercan cada vez más al salario mínimo y, a veces, incluso por debajo de este y que condenan a la exclusión social y a la pobreza.

La globalización extiende la falta de derechos y precarizarización y los avances tecnológicos se convierten en una amenaza ya que afectarán a la cantidad y la calidad del empleo.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Todo ello, se convierte en nuevas formas de explotación y se consolidarán si no ponemos al trabajo en el centro del debate. El trabajo como generador de derechos, de vida digna y de elemento de cohesión social.

Porque la clase trabajadora sigue existiendo aunque los y las trabajadoras no sean en un porcentaje importante, conscientes de ello. Somos trabajadores asalariados generadores de plusvalía que genera beneficios al capital y que deberían poder ser repartidos de forma justa. Por tanto, hay riqueza pero se ha elegido un reparto injusto y excluyente.

¿Cuál es nuestro reto?

Recuperar un ámbito de negociación equilibrado que permita la recuperación de derechos. Pero para ello, debemos ser capaces de organizar esas nuevas realidades desestructuradas del trabajo, organizar a una clase trabajadora distinta al perfil clásico, diversa y cuya identidad de clase ha mutado.

Nuestro reto es sindicalizar a la sociedad, sindicalizar al resto de agentes sociales para buscar marcos colaborativos.

Casi todo está inventado ya y en los orígenes del sindicalismo encontraremos muchas fórmulas que simplemente hay que reactivar, pero también es cierto que la realidad actual es distinta a la de nuestros orígenes. El modelo fordista de las empresas ya no es el que impera y ante un marco empresarial tan flexible, nuestro modelo sindical tiene que adaptarse para ser capaz de atender las necesidades sobre todo de colectivos y sectores tan precarizados, que no ven ni esperan al sindicato.

Lo que la empresa ha desintegrado, intégrelo en sindicato. Porque ahí donde hay sindicato, hay negociación colectiva y las condiciones laborales son mejores.

Las reformas, los medios de comunicación han sido estrategias construidas para invisibilizar nuestra labor y para arrinconarnos y poder consolidar un modelo social devaluado. Nuestros errores también nos debilitaron, porque los sindicatos hemos hecho algunas cosas mal pero en el período de crisis hemos puesto freno a miles y miles de ataques en empresas grandes y pequeñas. En un tejido productivo donde millones de trabajadores/as no tienen derecho a representación sindical, hemos defendido sin tregua un ataque brutal contra los derechos que se fueron construyendo a base de lucha.

En CCOO hemos hecho un proceso de revisión interno y externo para adecuarnos a estas nuevas realidades y hoy estamos en condiciones de posicionarnos a la ofensiva para recuperar ese espacio en el que el trabajo vuelva a ocupar un espacio central como elemento vertebrador y de cohesión social.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Pero no lo podemos hacer solos. El reto está en recuperar y poner de nuevo en valor los ámbitos institucionales de diálogo y negociación bipartitos y tripartitos porque un país desarrollado no se puede sostener si se devalúa el diálogo social, puesto que se devalúa el principio de autonomía que está en la base de la libertad sindical y, por tanto, se devalúa de forma grave la democracia.

Tras la ruptura de las negociaciones para el acuerdo económico de 2017, afrontamos la negociación de un nuevo AENC. Esta ruptura se produjo por un incumplimiento por parte de CEOE y CEPYME de los compromisos alcanzados en el III AENC; los firmantes se comprometieron a tener en cuenta el PIB de 2016 y las previsiones del Gobierno para 2017. Los datos eran positivos pero las organizaciones empresariales no han querido trasladar esa mejoría de la economía española a los salarios de trabajadores y trabajadoras. Con un PIB del 3,3% en 2016, una previsión de crecimiento del 3% para 2017 y un IPC creciente (en septiembre fue del 1,8%), no podíamos asumir un acuerdo que siguiera el camino de las subidas salariales moderadas.

Tras años de crisis, la economía española empieza a recuperarse y este nuevo acuerdo debe de permitir salir a la clase trabajadora de una situación de bajos salarios y precarización del empleo y de las condiciones de trabajo. Han sido años en que las desigualdades se han agudizado y ya es hora de poner las bases para la recuperación.

Hay muchos temas a tratar en esta negociación pero desde CCOO consideramos que hay tres objetivos claves y que sin resultados en estos puntos un acuerdo sería prácticamente imposible.

• Salarios

Es imprescindible una subida salarial significativa que permita recuperar salarios. Tras años de contención salarial las organizaciones empresariales deben de salir de esa posición de comodidad de subidas contenidas e incluso de bajadas salariales. Es cierto que el tejido industrial y productivo de nuestro país ha sufrido un destrozo importante, pero las empresas que se han mantenido, en muchos casos gracias al sacrificio de trabajadores y trabajadoras, están alcanzando niveles anteriores a la crisis e incluso superándolos. Los beneficios generados se deben de repartir. Todo esto en paralelo a nuestra reivindicación de subida del Salario Mínimo Interprofesional y de la recomendación para que ningún convenio colectivo tenga salarios por debajo de los 1000 euros.

• Empleo

Igualmente no podemos seguir con un mercado de trabajo en el que la mayoría de los contratos son precarios, a tiempo parcial, contratos por días o por horas, etc. Toda la clase trabajadora está sufriendo esta

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

situación pero el problema se agudiza en los jóvenes. Tiene que haber un acuerdo sobre contratación juvenil de calidad y que no se quede en papel mojado.

Es necesario un compromiso de contratos estables y a tiempo completos. También deben de controlarse las cadenas de subcontratación y poner límites a las sucesivas subcontratas que acaban con trabajadores explotados y sin protección.

Es cierto que en AENCs anteriores se alcanzaron acuerdos sobre empleo, pero debemos de redoblar esfuerzos para que lo acordado se ponga en práctica y que nuestros negociadores en las mesas de negociación de los Convenios Colectivos lo tengan como una prioridad, y que CEOE y CEPYME asuman la responsabilidad de dar instrucciones a sus negociadores sobre este tema.

• Jornada de trabajo

Hay que controlar la jornada de trabajo, no podemos seguir con jornadas interminables, sin control y sin cobrar. Se deben de cumplir las jornadas máximas que marquen los convenios colectivos, hay que racionalizar los horarios y acabar con el presentismo. Hay que acabar con la práctica de falsos contratos a tiempo parcial.

Otro tema que consideramos importante y que hay que regular es el del derecho a la desconexión. Cada vez es más frecuente la disponibilidad total del tiempo de los trabajadores por parte del empresario. La jornada debe de estar bien regulada y el uso de nuevas tecnologías en el trabajo no debe de suponer jornadas laborales sin control.

La brecha de género es transversal en estos temas. Las mujeres son las que tienen menos salario, peores empleos y jornadas de trabajo más desreguladas. Son necesarios planes y medidas de igualdad efectivos, en los que participemos y en los que se haga un seguimiento que permita poner freno a estas situaciones.

El ponernos estos objetivos no quiere decir que olvidemos otros temas, tales como la Seguridad y la Salud en el trabajo, los derechos sindicales o los derechos a la formación y la cualificación profesional, pero creemos que es necesario incidir en la precariedad laboral que está fomentando la aparición de cada vez mayor número de trabajadores y trabajadoras pobres.

Este proceso negociador debemos de afrontarlo con la mayor transparencia y la máxima participación de todas nuestras organizaciones. Necesitamos su implicación para conseguir un acuerdo que nos permita dar respuesta a las necesidades actuales de la clase trabajadora y frenar la constante precarización del mercado de trabajo.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

La precariedad, la desregulación, la falta de diálogo es la gasolina del conflicto… desgraciadamente, tenemos ejemplos que constatan esa realidad. En CCOO no nos cansaremos de extender la mano con total honestidad para negociar incansablemente, defendiendo nuestras tesis, desde el rigor pero también desde la lealtad y el respeto a la contraparte, porque la negociación colectiva ha demostrado ser mejor método de regulación que las reformas laborales y el que mejores resultados ofrece. Su extensión y fortalecimiento, por tanto, es prioritaria y es responsabilidad de los distintos agentes conseguirlo.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Teresa Díaz de Terán López
Directora del Departamento Socio Laboral de CEPYME

Presidente de la Comisión Consultiva, Director General de Empleo, Señoras y Señores

Muchas gracias, es un honor asistir a esta trigésima Jornada de Estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, «El futuro del trabajo: Retos para la Negociación Colectiva».

Futuro o presente, puesto que asistimos ya a un proceso intenso, a nivel mundial, de cambios con hondas repercusiones en la economía, en el trabajo y en la sociedad.

Estamos, pues, viviendo una de etapa grandes transformaciones que condicionan todos los ámbitos de actividad individuo: el familiar, el social, el laboral, el ocio.

Y no solo de grandes, sino de rápidas transformaciones. Se generan cambios significativos en muy poco tiempo.

Son múltiples los debates y análisis en torno a esta cuestión y sobre los efectos de todo ello en el trabajo tal y como se ha entendido históricamente, como factor de producción, y sobre el empleo como principal medio de vida de la inmensa mayoría de la población.

Estos cambios se derivan, entre otros, pero fundamentalmente la tecnología digital,

- que, trae consigo la aparición de nuevos productos y servicios,
- también nuevas formas de organizar el trabajo y la producción
- y cambios en las existentes.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Y estos cambios, que están teniendo lugar, no se agotan en las cuestiones de cuánto trabajo y de qué trabajos van a ser demandados por la economía en las próximas décadas, por trascendentales que estas sean.

Sino que afectan también a cuestiones relativas a la propia relación laboral:

- La relación laboral que podíamos denominar clásica, está cambiando.
- Las tecnologías de la información y las comunicaciones determinan cambios en la manera de trabajar.

Algunos ejemplos de cambios en el trabajo facilitados por la tecnología:

- En lugar de mirar tanto la presencia en el centro de trabajo, las empresas estudian sistemas de evaluación de resultados para determinar la parte variable de la contraprestación económica.
- Se tiende a delegar en los trabajadores de todos niveles de la organización, la capacidad de gestionar su trabajo, favoreciendo mayor implicación en las tareas y compromisos, con efectos positivos en cuanto al estrés y la motivación.
- El trabajo en equipo ya no requiere de la presencia física en el centro de trabajo o al menos no con la misma intensidad, para que los trabajadores operen de forma coordinada.
- El horario rígido ya no tiene la misma importancia para la actividad laboral, hay una tendencia creciente hacia la flexibilidad.

Pero sin embargo, esa evolución no es homogénea y es necesario que los interlocutores sociales trabajemos conjuntamente en la configuración de un marco propicio para que las relaciones laborales no sean ajenas a estas tendencias y puedan aprovecharse en beneficio de todos.

- Y la negociación colectiva debe atender esos retos, debe atender estas nuevas realidades a las que tiene que dar respuesta. Como uno de los principales instrumentos ordenadores de las relaciones laborales.

Como todo momento de cambios la sensación de incertidumbre de lo que va a ser el futuro, de una materia como el trabajo, que ha ocupado un lugar central en la sociedad de los últimos siglos, es innegable.

- Y es evidente que la globalización de la economía y el desarrollo tecnológico están cambiado radicalmente la concepción del trabajo.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

No obstante, debemos afrontar el análisis del futuro del trabajo con sus nuevas complejidades, que son también oportunidades.

Así, desde el mundo empresarial, quisiera destacar alguna de las ideas que nos parecen más necesarias para poder afrontar con garantías los próximos años.

Señalaré alguna:

— Una de las ideas esenciales es que la flexibilidad continua siendo y lo va a ser más la palabra clave del futuro.

  - La flexibilidad del mercado laboral, tanto en términos de horas de trabajo como de lugar del mismo, es una de las características más destacadas del nuevo mundo del trabajo.

  - El trabajo se va a realizar en lugares de trabajo menos tradicionales y con estructuras de gestión más innovadoras, de manera menos jerárquica con un flujo más horizontal de las ideas y desarrollándose las denominadas »formas no convencionales de empleo».

  - La definición clásica de »lugar de trabajo» va más allá de los locales de trabajo físico para incluir otros sitios en el que el trabajador va a ejercer sus funciones.

  - En relación a la empresa, es evidente que la globalización de la economía y el desarrollo tecnológico han cambiado radicalmente la concepción del trabajo.

  - Están surgiendo nuevas necesidades y oportunidades de trabajo, también nuevos modelos de organizaciones y de negocios, así como nuevas amenazas y riesgos.

  - Hay que tener en cuenta que la empresa va a operar a nivel global, con independencia de su tamaño, ya se trate de grandes, medianas o pequeñas.

  - Que además, la toma de decisiones se acelera, gracias a los nuevos canales de comunicación y los procesos de producción.

  - Respecto a los trabajadores, hay que decir que están cada día más implicados en el sistema de aprendizaje permanente, ya que entienden que la adquisición de capacidades, la presencia en los medios sociales, la capacidad de networking, la adaptación al mercado y la mejora continuada, son clave para garantizar su empleabilidad.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

- Este concepto de empleabilidad puede obligar a desarrollar capacidades en más de una empresa a lo largo de la vida laboral
- Los vínculos entre los trabajadores y la empresa también están cambiando.
- Incluso la radical separación entre vida familiar y laboral se está diluyendo debido a la desaparición de las claras fronteras entre ambos momentos y el ejercicio simultáneo de ambas opciones, apareciendo una determinada mezcla ordenada de ambos conceptos.
- Se pide, por tanto, a los trabajadores que aporten cada día más a la empresa, pero, a su vez, estos también solicitan más de la empresa, lo que conlleva que entre todos tengamos que buscar nuevas formas de conciliación de la vida familiar y laboral.

— En cuanto a la regulación, hay que tener en cuenta que el actual marco legislativo, ya sea en el ámbito nacional o internacional, también tiene que ir adaptándose adecuadamente.

  También deberá adaptarse el Estatuto de los Trabajadores a las nuevas formas y organización del trabajo

— Por tanto tenemos que reflexionar sobre nuevos conceptos del derecho laboral, las notas de ajenidad y dependencia, el tiempo de trabajo y las nuevas formas flexibles para trabajar, entre otras, el teletrabajo y el smartworking.

En definitiva, las dinámicas de las relaciones laborales son más complejas que las que tradicionalmente han acompañado al ordenamiento laboral.

Y la negociación colectiva DE FUTURO debe continuar siendo una herramienta fundamental para afrontar estos retos y exigencias.

La negociación colectiva debe tomar la iniciativa que le corresponde, Y DEBE CONTINUAR favoreciendo el entendimiento entre empresarios y trabajadores, debe también enriquecer sus contenidos en relación con los cambios tecnológicos y sus repercusiones en el empleo y en las relaciones de trabajo.

Y quiero destacar un último aspecto:

EL VALOR DEL ACUERDO COLECTIVO que supone la NEGOCIACIÓN COLECTIVA QUE HA DE SEGUIR TENIENDO UN PAPEL

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

PREPONDERANTE EN LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

El diálogo social ha venido abordando en estos años algunas de las principales dinámicas de cambios en organizaciones productivas y sus efectos sociales y laborales.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Primera Ponencia

LEGISLACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA SITUACIÓN ACTUAL Y RETOS DE FUTURO

GEMMA FABREGAT MONFORT
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. LEGISLACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ESTRUCTURA, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y ULTRAACTIVIDAD CONVENCIONAL
   1.1. La nueva regulación de la inaplicación de las condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo estatutario ex. art. 82.3 ET
   1.2. La preferencia aplicativa del convenio de empresa ex. art. 84.2 ET
   1.3. La ultraactividad convencional

2. POSIBLES MATERIAS A REGULAR: ENTRE LA NECESIDAD ACTUAL Y LA PERSPECTIVA DE FUTURO
   2.1. Contratación
   2.2. Flexibilidad interna y negociación colectiva
   2.3. Algunas cuestiones relacionadas con las obligaciones debidas y la extinción del contrato de trabajo
   2.4. Medidas convencionales para garantizar la igualdad de mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de género

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva, como fuente específica de derecho laboral en los términos fijados en el art. 28.1 y 37.1 CE y en los compromisos internacionales ratificados por España, ha sido objeto de una afectación o alteración muy relevante con y tras las últimas reformas laborales.

En efecto, a resultas primero de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; y después del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, y muy especialmente del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la negociación colectiva sufre una modificación en elementos tan esenciales como la tasa de cobertura o afectación, la estructura, articulación y reglas de concurrencia o la duración y prórroga de su contenido normativo o ultraactividad convencional.

Resulta cuanto menos llamativo que estas modificaciones sustanciales que sufre la negociación colectiva en el contexto de la crisis económica, especialmente la última, que se justifica igual que en el resto de exposiciones de motivos ante ineludible necesidad de incrementar la flexibilidad laboral, abaratar costes, acercar la negociación a la empresa, y favorecer la renegociación temporal de convenios, se realicen en contra de la voluntad de los propios agentes sociales, que días antes habían logrado consensuar el «II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014».

Como digo, el Gobierno, decide prescindir de la voluntad de quienes son los máximos representantes, de los protagonistas de la negociación colectiva, y legisla la modificación de la negociación colectiva contraviniendo su criterio[1].

[1] Cfr. Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014— BOE de 6 de febrero de 2012—. Hoy reemplazado por la Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 —BOE de 20 de junio de 2015.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Y al hacerlo de ese modo, no solo realiza una demostración de fuerza sino que evidencia una clara declaración de intenciones: la de prescindir del papel de la negociación colectiva como instrumento garante de la paz social[2]. El convenio, para el Gobierno, y según la exposición de motivos del RD-l 3/2012, debe ser un «instrumento y no un obstáculo para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de empresa».

En ese contexto y con en ese marco normativo se realizan estas reflexiones a modo de disertación que responde al título de legislación y negociación colectiva: situación actual y retos de futuro.

Vaya por delante, con todo, que la relación entre legislación y negociación colectiva es compleja por amplia y dual, habida cuenta que, en realidad, desde la ley se establecen dos tipos de normas dirigidas la negociación colectiva: de un lado, la ley diseña las reglas de juego, las reglas de negociación; de otro, establece una serie de mandatos referentes al contenido.

Por lo que se refiere a lo primero, esto es, a las reglas de negociación, desde la ley se diseña el marco general que va a regir en la relación entre ley y negociación colectiva, así como las relaciones entre los propios convenios. Es decir, la ley delimita quien puede negociar, cuáles van a ser las reglas de legitimación, el procedimiento de negociación, las reglas de concurrencia negocial, la determinación de la eficacia del convenio, su duración, ultraactividad, etc.

Por lo que se refiere a lo segundo, a las reglas referentes al contenido negocial, tampoco el mandato que desde la ley se remite a la negociación colectiva es uniforme. Al contrario, en función de la mayor o menor capacidad negocial que desde la ley se concede a los agentes sociales, puede hablarse incluso de hasta tres tipos de remisiones claramente diferenciadas:

a) En primer lugar, se aprecian una serie de directrices que expresamente obligan a negociar ciertas cuestiones siempre en convenio colectivo, (por ejemplo, es lo que ocurre en materia de clasificación profesional, en materia de infracciones y sanciones de los trabajadores, etc.).

b) En segundo lugar puede hablarse de normas constitutivas de un mínimo de derecho necesario susceptible de ser mejorado en convenio. Esto es,

---

[2] Cfr. Alfonso Mellado, C.L., «La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012». En Alfonso Mellado, C.L. y Rodríguez Pastor (Dir.) (2012). Reforma Laboral 2012. Últimas reformas laborales y de la seguridad social. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. Del mismo autor, «Un intento de acabar con la negociación colectiva». http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0ahUKEwi9vInfn_rVAhWDExoKHegUAmEQFghDMAU&url=http%3A%2F%2Fwww.1mayo.ccoo.es%2Fnova%2FNBdd_DesDocumento%3Fcod_primaria%3D1185%26cod_documento%3D3998%26descargar%3D0&usg=AFQjCNHNG12IUQS3vURSi9n9bcvoHfbzOQ; Cfr., igualmente, y entre otros, Escudero Rodríguez, R., *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012*. Cinca. Madrid 2015.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

regulaciones legales constitutivas de un tope máximo o mínimo pero siempre susceptibles de ser mejoradas para el trabajador mediante la negociación colectiva (por ejemplo, como la cuantía del salario, el tope máximo de jornada anual), etc.

c) Y en tercer y último lugar, aunque esto ocurre con menor frecuencia, la ley contiene una remisión a la negociación colectiva en virtud de la cual el convenio colectivo puede mejorar o empeorar la regulación que la ley prevé para el caso de que no se regule nada (por ejemplo, es lo que ocurre con las reglas del plazo temporal que en movilidad funcional a funciones superiores da derecho a solicitar el ascenso o que se cubra la vacante ex. art. 39.4 ET; o la regulación del periodo de prueba en empresas de más de 25 trabajadores).

Todo ello, sin perjuicio de la existencia de otras materias que por ser imperativas no son susceptibles de ser negociadas en convenio colectivo; ni tampoco de aquellas cuestiones que sí pueden abordarse desde y en el convenio colectivo, no tanto en su función como fuente de derecho sino como instrumento de política laboral, de gestión de las relaciones laborales en un sentido amplio del término. Piénsese, así, que el convenio puede actuar (a) como fijador de ciertos límites a la precariedad laboral en favor de la estabilidad en el empleo (acordando porcentajes de temporales frente indefinidos); (b) como garante, desde un tratamiento conjunto, completo y transversal, de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo; (c) como instrumento de reparto de empleo; (d) o como elemento favorecedor de la cogestión o gestión colaborativa en la empresa entre empresarios y representantes, etc.

Abordar en estas líneas todo cuanto he mencionado resultaría presuntuoso por imposible. No obstante, quede claro, que me resultaría de indudable interés abordar otras muchas cuestiones que me he visto obligada a dejar al margen. Con todo, sí voy a mantener en esta disertación esa doble condición en la relación entre legislación y convenio. Lo contrario creo que le quitaría parte de verdad a este trabajo, de un lado, porque creo que de poco serviría poner el acento solo en el contenido, en delimitar determinadas cuestiones que me parece que deben tratarse en la negociación colectiva obviando que pueden quedar sin efecto por una inaplicación de convenio ex. art. 82.3 ET[3], o que pueden ser renegociadas a nivel de empresa con prioridad aplicativa ex.

[3] Este estudio se centra en la negociación colectiva de eficacia normativa. El convenio colectivo extraestatutario, de eficacia contractual, es igualmente modificable. En ese caso por el art. 41 ET, similar en procedimiento al art. 82.3 ET, pero que presenta respecto este dos diferencias fundamentales: la primera, el listado de materias modificable por el art. 41 ET es un listado abierto. La segunda, y seguramente más trascendente tiene que ver con el hecho de que la modificación se puede llevar a cabo aun sin acuerdo entre las partes, basta el periodo de consultas. Para un mayor estudio al respecto, Alfonso Mellado, C.L. y Fabregat Monfort, G., (2015) *Negociación en la empresa.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia y la bibliografía que allí se cita.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

art. 84.2 ET. De otro lado, y por el contrario, tampoco me parece real realizar solo una disertación de los elementos que rigen en la estructura, negociación, duración y aplicación de la negociación colectiva obviando resaltar la regulación de ciertas cuestiones en los convenios colectivos. Partiendo de esa premisa, y entendiendo que ni un análisis de la relación actual entre la legislación y la negociación colectiva ni una propuesta de futuro debe o puede ignorar la realidad a la que se va a aplicar, el contexto vigente, cuanto sigue se va a estructurar en dos grandes apartados claramente diferenciados:

1.- De un lado, en primer lugar, y con el fin de no dejar al margen las últimas reformas a las que se ha visto sometida la negociación colectiva me referiré a las cuestiones de estructura, afectación y duración del convenio.

2.- Tras lo anterior, abordaré algunas cuestiones de contenido que entiendo que deben ser tratadas con relativa urgencia en los convenios colectivos. Se trata de poner el acento de manera claramente selectiva en algunas de las cuestiones de actualidad y de futuro que pueden y entiendo que deben ser tratadas por la negociación colectiva. Pero en absoluto responden a una pretensión de exhaustividad: existen otras muchas materias que igualmente sería positivo que se regulasen en los convenios colectivos. Ahora bien, en mi opinión, las de mayor trascendencia actual y en un futuro reciente son las seleccionadas, a saber, contratación; medidas relacionadas con la flexibilidad interna (clasificación profesional, tiempo de trabajo y retribución); algunas cuestiones relacionadas con las obligaciones debidas y la extinción del contrato de trabajo; Y, en cuarto y último lugar, y como una materia a tratar de forma transversal, me referiré a las medidas convencionales necesarias para el respecto de la igualdad real entre mujeres y hombres y la necesidad de erradicar la discriminación por razón de género.

1. REGLAS SOBRE NEGOCIACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS: ESTRUCTURA, ARTICULACIÓN, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y ULTRAACTIVIDAD CONVENCIONAL

Como decía, el marco legal respecto la negociación colectiva se modificó sustancialmente tras las últimas reformas legislativas, especialmente, tras la reforma de RD-L 3/2012, que es la que más ha alterado las bases de la articulación, estructura y campo de aplicación de los convenios colectivos[4].

[4] Por todos, Cfr., Escudero Rodríguez, R. *La negociación colectiva…*, cit.; López Parada, R. (2012). «La Reforma Laboral: Negociación Colectiva». Fundación 1º Mayo, Cuadernos de la Fundación núm. 27 Reflexiones sobre la Reforma Laboral. Marzo 2012; Alfonso Mellado, C.L., «La reforma de la negociación colectiva…», cit.; Cruz Villalón, J. (2013). «Impacto de las reformas laborales sobre la Negociación Colectiva», Temas laborales, núm. 120, págs. 13-32.; Cruz Villalón, J. (2014). «La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la Negociación Colectiva». Comisión

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

De hecho, con esta reforma se afecta no solo a la consideración de la negociación colectiva como garante de la paz social sino también su papel de reconocimiento de derechos y obligaciones de las partes, su consideración como instrumento regulador de las condiciones de trabajo y atemperador de la competencia desleal entre empleadores al homogeneizar las mejoras que permite la ley desde un ámbito sectorial estatal, autonómico o provincial.

Todo ello, como digo, en lo que tiene que ver con los convenios colectivos de eficacia normativa se altera especialmente con la redacción novedosa que se concede a la regulación prevista en los siguientes preceptos legales:

1) art. 82.3 ET, referente al procedimiento de inaplicación de convenios colectivos estatutarios[5].

2) art. 84.2 ET, en el que se establece la preferencia aplicativa del convenio de empresa respecto el convenio sectorial o supraempresarial en determinadas materias.

3) art. 86.3 ET, referente a la ultraactividad convencional.

Veámoslo de manera más detallada.

1.1. La nueva regulación de la inaplicación de las condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo estatutario ex. art. 82.3 ET

Mucho se ha escrito a propósito de esta posibilidad legal de inaplicar las condiciones de trabajo pactadas en convenio que permite el ET en el art. 82.3 ET, en lo que se refiere a un convenio estatutario o de eficacia normativa y personal absoluta o erga omnes.

De hecho, y pese a que el TC[6] consideró que la reforma de este precepto, igual que el art. 84.2 ET., resultaba ajustada al marco constitucional y que la reforma no vulnera ni la libertad sindical ni la fuerza vinculante de los con-

---

Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC). Diciembre 2014; Gabinete Técnico Confederal de UGT (2014). «Dos años de reforma laboral: evolución del empleo, la contratación, los despidos y la Negociación Colectiva», 7 de febrero de 2014; CEOE (2015). «Mercado laboral y Negociación Colectiva». Departamento de Relaciones Laborales. Informe 5/2015; CEOE (2015). «Negociación Colectiva». Departamento de Relaciones Laborales. Agosto 2015; Valdés Dal-ré, F. (2015). «Algunos rasgos caracterizadores de la reforma laboral», Temas para el debate, nº 249-250 (agosto-septiembre).

[5] Cfr. respecto a la imposibilidad de inaplicar lo regulado en un convenio estatutario por el procedimiento previsto en el art. 41 ET, por todas, SsTS 17/12/2014, Rec. 24/2014; 30/06/2016, Rec. 238/15; STS 29/06/2017, Rec. 186/2016; STS 02/02/2016, Rec. 81/2015

[6] Véase, al respecto, las SsTC 119/2014, de 16 de julio; y 8/2015, de 22 de enero

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

venios en los términos fijados respectivamente en el art. 28.1 y 37.1 CE, lo cierto es que el acercamiento a la empresa que supone la reforma de ambos preceptos ha sido objeto de una importante controversia doctrinal[7].

Por lo que se refiere en concreto al procedimiento de inaplicación del art. 82.3 ET, es cierto que el precepto exige que concurra causa justificativa; como también lo es que el listado de medidas modificables que se contiene en ese precepto legal es exhaustivo y cerrado; pero no obstante lo anterior, en todas y cada una de estas materias la concurrencia de la causa que justifica la modificación se presume si se llega a un acuerdo.

Y este acuerdo no necesariamente debe producirse con los representantes que legalmente ostentan el estatus de representación legal unitaria o sindical. Basta con que en defecto de lo anterior, el acuerdo se alcance con una comisión ad hoc constituida a tales fines.

Comisión ad hoc, cuyos miembros, resulta evidente, si bien encuentran amparo en la garantía de indemnidad, en iguales términos que cualquier otro trabajador; no está claro que disfruten del reconocimiento de los derechos, garantías, facilidades y protección específica que ex. arts 64 y ss. ET expresamente se prevé para los representantes unitarios y sindicales[8].

Y si ya de por sí la capacidad de presión en una mesa de negociación de la parte fuerte es inversamente proporcional al ámbito negocial en el que nos encontremos, de forma tal que se va acrecentando a medida que disminuimos el nivel negocial y nos acercamos al nivel empresarial; esa capacidad de presión se incrementa de manera exponencial cuando el que debe negociar con el empleador no obtiene legalmente más garantías o protección que cualquier otro trabajador[9].

La cuestión adquiere verdadera trascendencia en la práctica si se toman en consideración cuatro variables más:

1ª) La primera, la importancia que tiene alcanzar el acuerdo desde la perspectiva de la validación de la concurrencia de causa[10]. Como

---

[7] Por todos, Gorelli Hernández, J. (2013) «El descuelgue del convenio colectivo estatutario», Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 34.

[8] Cfr., por todos, Nieto Rojas, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*. Lex Nova, Valladolid, 2015, pág. 166.

[9] Casas Baamonde, M.E., «Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales». Cuadernos de relaciones laborales, ISSN 1131-8635, Vol. 32, Nº 2, 2014, págs. 275-309. En el mismo sentido, por todos, Alfonso Mellado, C.L., Alfonso Mellado, C.L., «La reforma de la negociación colectiva..», cit., y del mismo autor «Un intento de acabar…», cit.

[10] En efecto, la ley expresamente establece que «Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión».

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

acabo de mencionar, se presume que la causa concurre si el acuerdo se alcanza[11].

2ª) La segunda, el elevadísimo número de empresas que en nuestro país y en atención al número de activos en plantilla no está legalmente obligada a contar con representación legal ni sindical y, por extensión, tiene la posibilidad de inaplicar el convenio aplicable consensuando estos acuerdos con esa comisión *ad hoc*[12].

3ª) La tercera, el arbitraje obligatorio[13]. De hecho, la fijación del arbitraje obligatorio como última decisión en la inaplicación del convenio en caso de desacuerdo entre las partes ha sido claramente criticado por parte de la doctrina laboralista[14]. Primero, por la intervención administrativa que en sí supone, y que parece más propia de épocas pasadas que un Derecho del Trabajo democrático y en el que se apuesta por la autonomía negocial de las partes y la capacidad de resolver de forma autónoma sus discrepancias.

En segundo lugar, porque «reconfigura» el carácter y la función de la comisión consultiva de convenios[15].

---

[11] El acuerdo tiene un contenido complejo: ha de fijar las condiciones inaplicadas, las que les van a sustituir y la duración de la medida. No puede tener efectos retroactivos (STS 23/12/2015, Rec. 28/2015; SAN 20/2/2013, 17/7/2013), ni afectar a las medidas previstas en materia de igualdad por razón de género.

[12] Incluso en ocasiones de manera ilegal, lo inaplican antes de que finalice el procedimiento. Cfr. STS 06/05/2015, Rec. 68/2014.

[13] la ley, que en defecto de acuerdo, las partes pueden acudir a la comisión paritaria del convenio; «cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante (y, sigue diciendo) «Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91».

[14] Por todos, Alfonso Mellado, C. «Un intento de acabar…», cit.; Casas Baamonde, M.E., «Reforma de la negociación colectiva…», cit.

[15] En ese sentido, me interesa citar a Alfonso Mellado, C. «Un intento de acabar…», cit., pág. 7 cuando dice que » (…) no es sólo que se ha potenciado el convenio concurrente de empresa, como ya se dijo, sino que se adiciona a esa posibilidad la de

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

Claro, podría decírseme en sentido contrario que al contrario de lo que diré respecto el art. 84.2 ET, aquí los negociadores sí tienen capacidad de negociación: 1º) porque pueden decidir que la cuestión se someta a la comisión consultiva del convenio; 2º) porque si esto no se consigue acordar por los negociadores del convenio (por la correlación de intereses no sería extraño que esto no se consiguiese pactar) siempre queda la posibilidad de que en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 ET se haya establecido la posibilidad de solventar estas discrepancias recurriendo a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos[16].

Pero, claro, como ha señalado la doctrina, y ratifica la realidad, aunque ha ocurrido en algunas ocasiones, es poco probable que siempre ocurra[17]. Con lo cual, al final, muchas de las veces: arbitraje obligatorio[18].

4ª) Y cuarta y última, por la importancia de las materias objeto de esta posible modificación a la baja por inaplicación de convenio: tiempo de trabajo, remuneración, funciones, sistema de trabajo y rendimiento; mejoras complementarias en seguridad social.

Cierto que los distintos pronunciamientos de los tribunales han recordado que todo cambio causal, como estos que se regulan en el art. 82.3 ET, deben resultar consecuentes con el juicio de legalidad y oportunidad y, por extensión, con la aplicación estricta del principio de proporcionalidad y razonabilidad entre causa y consecuencia; es decir, que entre el motivo alegado y la medida propuesta debe existir una proporcionalidad y razonabilidad estricta[19]. De manera tal que la inaplicación de condiciones a que me refiero no sea una medida arbitraria y a la carta que permita sin más dejar vacío de contenido al convenio colectivo y abortar su función reguladora de derechos y obligaciones[20].

---

inaplicar directamente el convenio sectorial — e incluso el propio de empresa —, permitiendo la modificación de todo el núcleo duro negocial (jornada y distribución del tiempo de trabajo, retribuciones, organización del trabajo, etc.), sujeto a muy genéricas razones y con la eliminación de la posibilidad de bloqueo por parte de los trabajadores, pues ahora, en defecto de cualquier otra solución, se intenta imponer como último mecanismo de decisión al respecto, un arbitraje obligatorio — si lo pide alguna de las partes, lo que lógicamente hará el empresario — de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del organismo equivalente en el ámbito autonómico, alterando, por cierto, las funciones de estos organismos sin consenso de las organizaciones participantes en los mismos (tienen carácter tripartito) — nuevo gesto autoritario —, y reintroduciendo en nuestras relaciones laborales un arbitraje obligatorio en materia de negociación colectiva, propio del régimen dictatorial anterior y, en mi opinión, con claros rasgos de inconstitucionalidad».

[16] Cfr. STS 28/04/2016, Rec. 173/2016; STS 04/11/2015, Rec. 177/2013.

[17] Por todos, Casas Baamonde, M.E., «Reforma de la negociación…», cit.

[18] Se ha generado alguna controversia judicial a este respecto. Por todas, STS 15/07/2015, Rec. 212/2013.

[19] Por todas, SAN 28/01/2013.

[20] Además, como han señalado los tribunales no puede tener efectos retroactivos. STS 07/07/2015, Rec. 206/2014; STS 16/09/205, Rec. 110/2014; STS 15/09/2015, Rec. 218/2014.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Pero recuérdese, que la concurrencia de esa causa no se analizará en cuanto tal si *a priori* se llega a un acuerdo. De hecho, pese a estas medidas correctoras y garantes de índole judicial, son muchas las voces que se han apresurado a señalar que la inaplicación de condiciones en los términos que permite la norma ha supuesto de facto una importante devaluación salarial de los trabajadores que el Gobierno no podía adoptar de otro modo[21].

Ahora bien, la devaluación salarial no ha sido el único efecto. Al contrario, cuanto acabo de exponer genera una serie de perjuicios a la negociación colectiva de carácter sectorial que ni quiero ni creo que deba dejar al margen.

En realidad, al acercar al nivel de empresa la posibilidad de inaplicar un convenio en los términos previstos en el art. 82.3 ET, entiendo que se incurre en lo siguiente:

1º) En primer lugar, y habida cuenta que las características cuantitativas de las empresas en España determinan que en muchas de ellas no exista obligación de contar con representación, con la regulación del art. 82.3 ET en los términos expuestos el legislador permite que con un acuerdo entre el empresario y unos trabajadores que formaran parte de una comisión constituida a ese efecto, se pueda dejar sin eficacia el convenio sectorial aplicable, cuya fuerza vinculante, recuérdese, está reconocida en los arts. 28.1 y 37 CE. Pero hay más, porque si hay acuerdo, se presumirá que concurre la causa alegada, por lo que inaplicación se producirá sin que se puedan cuestionar las causas, solo será impugnable ante la concurrencia de alguna de las realidades que cita el art. 82.3 ET.

2º) La afectación que lo hasta ahora expuesto per se supone a la eficacia aplicativa del convenio, entiendo que debe llevar a plantearse ciertas cuestiones. Es cierto que con la actual legislación poco se puede hacer a nivel sectorial. Aun así, como propuestas de reflexión, creo que lo anterior debería llevar a cuestionarnos muchas cuestiones de las que yo he seleccionado las cuatro que siguen:

a) la efectividad real de la garantía de indemnidad de los trabajadores que forman la comisión *ad hoc*.

b) la competencia desleal entre empresas que puede generarse a partir de la aplicación del art. 82.3. ET.

c) la necesidad y oportunidad o no de regular a nivel sectorial materias de diferente forma para pymes o microempresas.

[21] Cruz Villalón, J. «Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo». XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Madrid, 10 de diciembre de 2014; En el mismo sentido, Casas Baamonde, M.E., «Reforma de la negociación colectiva…», cit. pág. 278.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

d) la importancia de incidir sectorialmente en los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos.

a) La efectividad real de la garantía de indemnidad de los trabajadores que forman la comisión ad hoc.

En efecto, creo que una de las cuestiones que debe ser planteada a nivel sectorial anta la actual regulación de las reglas de negociación es la posibilidad de incrementar los derechos y garantías de los trabajadores que van a constituir la comisión ad hoc con la que se negociará y, en su caso, acordará la inaplicación del convenio.

En atención a las dimensiones reales de la mayoría de las empresas españolas es fácil concluir que muchas de las inaplicaciones que se producen en nuestro país se consensuarán con los propios trabajadores. Y aunque efectivamente gozan de la protección que en general les otorga la garantía de indemnidad, no hay que despreciar la posible coacción explicita o velada a la que se enfrenta un trabajador que en muchas ocasiones debe optar entre inaplicar el convenio o, como mínimo, arriesgarse a ser sancionado o despedido ante su negativa a colaborar. Cierto que lo que impide la garantía de indemnidad es, precisamente eso, que nadie pueda ser sancionado o despedido como represalia por ejercitar sus derechos. Pero también es verdad que en muchas ocasiones es muy difícil probar que la sanción se ha producido por un motivo distinto al alegado. Además del coste que supone acudir a los tribunales, muchas veces superior a la ventaja o beneficio individual a obtener.

Todo ello por no mencionar que dada la temporalidad y precariedad apreciable en nuestro mercado laboral, en muchas ocasiones la represalia será todavía más sencilla para la parte empresarial: bastará con no renovar el contrato temporal; alegar que ha concluido la obra o servicio causa de un contrato de obra de aquel que no ha querido colaborar consensuando el acuerdo de inaplicación, etc.

La garantía de indemnidad ha supuesto un importante avance en el reconocimiento de derechos del trabajador. Pero dado que la ley obliga a convertirse a estos trabajadores de manera puntual en negociadores, debería haberles reconocido por ese acto, las mismas garantías y protección que concede a los verdaderos representantes.

La ley no lo hace, es verdad. Por eso creo que desde el ámbito supraempresarial debería plantearse. Se trata de proteger a aquel que por entender que no concurre causa se niega a acordar la inaplicación de un convenio aun a sabiendas que el ejercicio de su derecho puede generarle problemas. De hecho, en ese sentido se realiza esta propuesta, esto es, con la pretensión de minimizar al máximo esos más que probables problemas que seguramente se le van a generar.

MINISTERIO DE TRABAJO, INMIGRACIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL

De hecho, si la ley no considerase que los representantes pueden ser un colectivo molesto, no les concedería una especial protección. A los representantes se les concede, pero a los trabajadores de la comisión ad hoc se les impone a ejercer como tales sin concederles ningún tipo de protección o garantía en tanto actual como tal. De hecho, ni siquiera se les exige que sean indefinidos o al menos que demuestren cierta antigüedad en la empresa[22].

b) La competencia desleal entre empresas que puede generarse a partir de la aplicación del art. 82.3. ET.

Ahora bien, el único que puede resultar perjudicado de producirse inaplicaciones no causales no es solo el trabajador, sino también el resto de empleadores. Y poco pueden hacer pues como ya he dicho si se llega a acuerdo, las causas se presume que concurren.

Hasta ahora el convenio colectivo permitía equilibrar y democratizar los costes —cuestión distinta es si ello siempre debe ser así en atención a las características muy divergentes entre empresas afectadas— evitando la competencia y concurrencia desleal entre empresas.

Con la actual regulación un empresario consecuente y honesto que no impone una inaplicación a sus trabajadores porque cree que no lo necesita, puede encontrarse con que otro empresario de su competencia directa aun no necesitándolo si lo hace con acuerdo con sus trabajadores, lo que le supone un ahorro en términos de costes de producción que le permite competir con mucha ventaja frente a otros empresarios de su mismo sector.

¿Cuál es el límite? ¿Debe aceptarse que pueden producirse inaplicaciones «en cascada»?

c) La necesidad y oportunidad o no de regular a nivel sectorial materias de diferente forma para pymes o microempresas.

Relacionado con lo anterior hay una cuestión controvertida que entiendo que no puede obviarse en el debate: la oportunidad o no de que el convenio sectorial contenga una regulación especial para empresas de ciertas características cuantitativas y, seguramente, cualitativas también.

---

[22] Aunque parte de la doctrina entiende que les debe resultar igualmente aplicables. Cfr., por todos, Benavente Torres, M.I., *Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta y negociación*. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, Nº 124, 2014, págs. 121-156. Véase igualmente, Roldán Martínez, A. F., «Las comisiones ad hoc en los procesos de reestructuración empresarial». En AAVV (Cruz Villalón, J., Menéndez Calvo, R. y Nogueira Guastavino, M., Coord.) *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales.* Bomarzo, 2017. Págs. 395 y ss.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

En efecto, como decía es buena la función democratizadora del convenio a fin de evitar la competencia desleal entre empresas, pero seguramente habría que plantear si no debería existir cierta posibilidad de regulación modulada al respecto de determinadas materias en función de las características de la empresa.

Resulta un tema controvertido por el perjuicio que a priori puede generarle a algunos trabajadores frente a otros solo por el mero hecho de trabajar en unas empresas de unas características y no de otras. Pero también es verdad que en la práctica vía inaplicación lo están sufriendo igual. Y las empresas ante este tratamiento homogéneo siguen teniendo un argumento para justificar la inaplicación con mayor facilidad.

Claro, que el otro tema es a qué empresas se les aplica una ventaja respecto otros. Con la robótica y nuevas tecnologías el concepto de micro y pequeña empresa solo determinado en función del número de trabajadores no siempre servirá.

Igual este requisito meramente numérico a efectos de plantilla, debería completarse con el de la facturación, balance de resultados, etc.

En cualquier caso, lo cierto es que esto variará también en atención a las características del sector, de donde sigue que seguramente los negociadores sociales serán los que mejor conocen las características de su representados y cuando, junto a los requisitos de número de trabajadores, hay que tomar en consideración otros elementos objetivos para, en su caso, establecer regulaciones diferenciadas en aras de alcanzar una igualdad más real entre todos y que resulte más difícil justificar muchas inaplicaciones.

d) La importancia de incidir sectorialmente en los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos.

En cuarto lugar, habida cuenta que en caso de desacuerdo antes del laudo arbitral obligatorio existe la posibilidad de que las partes acudan a la comisión paritaria o a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que hayan sido consensuados por acuerdo interprofesional, es importante que se negocie la competencia de la comisión paritaria a este respecto y los procedimientos de conciliación, mediación, y en su caso arbitraje alternativos a la inaplicación mediante el laudo arbitral obligatorio[23].

Todo lo anterior sin ignorar que, como tema de tratamiento transversal, creo que la inaplicación de las condiciones de trabajo cuenta desde

[23] Cfr., por todos, Alfonso Mellado, C.L. y Fabregat Monfort, G., «Solución autónoma de conflictos laborales». En AAVV (Cruz Villalón, J., Menéndez Calvo, R. y Nogueira Guastavino, M., Coord.) Representación…, cit., págs. 541 y ss.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

la ley con un límite imperativo que no se ha explorado demasiado: el de la contradicción con las medidas de igualdad aplicables en la empresa. Y aunque me referiré a ello en líneas posteriores, no está de más resaltar lo poco que en la práctica se ha recurrido a esta posibilidad.

1.2. La preferencia aplicativa del convenio de empresa ex. art. 84.2 ET

Por si la afectación descrita a la eficacia erga omnes del convenio fuese poca con lo anterior, que en mi opinión no lo es, desde la norma se arbitra otro procedimiento que afecta igualmente a la negociación colectiva como fuente especifica del derecho laboral, especialmente a la negociación sectorial como reguladora de derechos y obligaciones homogéneas o unitarias en un sector de actividad. Esta función del convenio colectivo como norma de aplicación, normalmente para mejorar las condiciones legales, al tradicionalmente realizarse desde una perspectiva sectorial estatal, autonómica o provincial no solo equiparaba las condiciones de trabajo evitando diferencias sustanciales y colectivas entre los trabajadores; sino que evitaba también la competencia a la baja entre los empleadores al equilibrar las cargas desde la paridad en el trato entre empresas.

Esto, como digo, no solo queda en entredicho con la inaplicación del art. 82.3 ET sino también cambia con la modificación del art. 84.2. ET, en el que se establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa[24] en determinadas materias, por lo demás cualitativamente transcendentes, sin que quepa acuerdo en contra por parte de los agentes sociales en convenio o acuerdo de ámbito superior. El que este precepto se haya calificado de norma de derecho necesario, y que lo hayan ratificado los tribunales[25], garantiza a las empresas con representantes llegar a un acuerdo con posibilidad de negociar a la baja lo fijado en un convenio de ámbito superior, aun sin concurrencia de causa y sin que sectorialmente pueda negociarse lo contrario.

Ahora bien, también es verdad que las materias respecto las que cabe la preferencia del convenio de empresa resultan un tanto más limitadas que en el supuesto anterior referido a la inaplicación, aunque pese a ello, afectan a cuestiones esenciales de la relación laboral tales como:

a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

[24] De empresa, pero no de ámbito inferior a la empresa, que no se considera de aplicación preferente. Cfr. con la STS 22/09/16, Rec. 248/2015, desde una interpretación literal del art. 84.2 ET. En el mismo sentido, STS 09/05/17, Rec.404/2017.

[25] Cfr. Sentencia nº 119/2014 de Tribunal Constitucional, Pleno, 16 de Julio de 2014.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.

e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa.

f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. ET

Pues bien, sin perjuicio de cuanto se dirá después en relación con el contenido, de cuanto acabo de señalar me interesa resaltar dos ideas que me parecen importantes: la primera, que en el listado de cuestiones respecto las que cabe la preferencia del convenio de empresa a las que se refiere el art. 84.2 ET cabe apreciar hasta tres tipos de remisiones: 1º) de un lado, las previstas en el apartado a), b) y c), que permite la renegociación de lo previsto en el convenio de ámbito superior al respecto de la retribución y el tiempo de trabajo en sentido amplio. Entendiendo a ese respecto por retribución, tanto el salario base, como los complementos salariales, la compensación en tiempo o en dinero de horas extra y la retribución del trabajo a turnos; Y entendiendo por tiempo de trabajo lo que esencialmente es distribución de tiempo: el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, y las horas extra si se compensan y no se abonan. Con esto se da cumplimiento a la pretensión de la exposición de motivos ya mencionada en el sentido de que el convenio debe favorecer y no distorsionar la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo a las específicas necesidades de la empresa.

2º) Pero, de otro lado, junto con esa renegociación, lo previsto en las letras d), e) y f) entiendo que tienen una pretensión más articuladora que renegociadora. Y ello porque, de un lado, la ley solo permite «adaptar», que no regular sin más, el sistema de clasificación profesional y «los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa». Y si bien en materia de conciliación no se habla de adaptación sino que se hace referencia sin más a la posibilidad de renegociar estas medidas, teniendo en cuenta que desde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[26],

[26] En adelante, LOI.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

la conciliación, como el resto de medidas de igualdad, por mandato legal, debe acercarse a la empresa, tampoco creo que a este respecto haya una disminución de derechos; más bien una disposición articulada de acuerdo con la LOI.

Como digo, así, posibilidad de disposición, incluso si se quiere modificando a la baja los derechos de los trabajadores, en algunas cuestiones relevantes relacionadas con la retribución y el tiempo de trabajo (aunque sin tocar la jornada). Y articulación, adaptación y estructuración en otras cuestiones, como el sistema de clasificación profesional, algunos aspectos relacionadas con la contratación y regulación de las medidas de conciliación.

Pero esta dualidad de posible negociación con disminución de derechos, en un lado, y al respecto de algunas cuestiones; y articulación, adaptación o estructuración en relación con otras materias, según se deduce desde una interpretación literal de la redacción legal del art. 84.2 ET, cierra con un apartado final, el apartado g), que aboga por la posibilidad de incluir en la negociaón preferente a nivel de empresa «aquellas otras (materias) que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.». Precepto, este, que tal y como ya he anticipado, ha sido interpretado desde la posibilidad de que los negociadores sociales amplíen el listado de materias, pero no que las reduzcan al no ser calificado de norma dispositiva sino de norma de derecho necesario[27].

A modo de recapitulación, así, desde una óptica reduccionista, aunque no carente de verdad, lo anterior se traduce en la posible mayor disponibilidad empresarial a propósito del tiempo de trabajo y la retribución de ese tiempo, incidiendo en esa devaluación salarial señalada. En el resto de materias, seguramente, el art. 84.2 ET, más que otra cosa, estructura, articula y organiza. Pero en tiempo y salario (elementos fundamentales de la prestación laboral) esa posible articulación pasa por una posible disposición a la baja en favor del empleador dada la prevalencia que se le da a lo que se pueda negociar a nivel de empresa, incluso contradiciendo al convenio del sector, tal y como regula el art. 84.2 ET, aun sin concurrencia de causa para esa modificación aunque siempre con acuerdo del empleador con los representantes unitarios o sindicales legalmente legitimados.

Todo ello, sin perjuicio de una más teórica que práctica posibilidad de ampliación de las materias a estos efectos disponibles para los interlocutores sociales de ámbito superior al de la empresa, que según dispone el último epígrafe del art. 84.2 ET, puede incrementar, que no reducir,

[27] Cfr. Sentencia nº 119/2014 de Tribunal Constitucional, Pleno, 16 de Julio de 2014.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL

las materias respecto a las que considerar la prevalencia del convenio de empresa respecto el convenio supraempresarial[28].

En cualquier caso, y aunque el incremento de materias no se produzca hay dos cuestiones que deben tenerse en cuenta al respecto de los convenios supraempresariales tras el actual art. 84.2 ET, que concede la preferencia de los convenios de empresa al respecto de las materias citadas.

La primera de estas cuestiones a la que deseo siquiera brevemente referirme es al de la posibilidad de que se incremente el número de convenios abusivos negociados por representantes de escasa fiabilidad en su condición de tales[29]. Lo que quiero decir es que la redacción legal del art. 84.2 ET incrementa la posibilidad de que en ciertas empresas de dimensiones medias se fuercen elecciones a representantes unitarios con la sola intención de negociar un convenio de empresa que, sin necesidad de que concurra causa, y además de forma no necesariamente temporal, permitirá abrir una nueva unidad de negociación y pactar la regulación de ciertas materias en condiciones menos favorables que las que se preveían en el convenio supraempresarial.

Cierto que estos representantes sí gozarán de las garantías, derechos, y facilidades que reconoce el ET a la representación unitaria; lo que ocurre es que en este caso el peligro de la conducta abusiva se sitúa en otro punto: en el de la legalidad del procedimiento electoral.

Peligro, pues, también en este caso, de que el convenio de empresa genere competencia desleal entre empresarios. Incrementado, aquí además ante la concurrencia de un factor más: las empresas multiservicios, que muchas veces pactan sus propios convenios con el fin de acordar condiciones de trabajo a la baja que generan, como no, competencia desleal para con las otras empresas que prestan el servicio que se trata[30].

Por tanto, y en conclusión: si bien es cierto que en la preferencia del convenio de empresa del art. 84.2. ET se cuenta con los representantes de los trabajadores y eso da mayor seguridad jurídica que la comisión de trabajadores ad hoc, tampoco hay que desconocer los abusos que pueden producirse en la elección de los trabajadores y como estos abusos van a incrementar el carácter también abusivo del convenio en cuestión.

---

[28] Un estudio sobre requisitos de legitimación y capacidad negocial en un ámbito determinado puede verse, entre otros, en Palomo Balda, E., «Legitimación de la representación unitaria para negociar convenios colectivos de empresa y principio de correspondencia». En AAVV (Cruz Villalón, J., Menéndez Calvo, R. y Nogueira Guastavino, M., Coord.) *Representación…,* cit., págs. 477 y ss.

[29] Insistiendo en que la legitimidad para negociar un convenio de empresa recae en los representantes legales o sindicales de los trabajadores y no sobre la comisión *ad hoc,* cfr., STS 28/06/2017, Rec. 203/2016. Reitera STS 06/06/2017, Rec. 485/2017

[30] Cfr. Esteve Segarra, A., (2016) *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas en servicios auxiliares.* Tirant lo Blanch. Valencia.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

1.3. La ultraactividad convencional[31]

Con la teórica pretensión de evitar un estancamiento en las condiciones que mejoran los convenios, se afecta a la duración del contenido normativo en tanto en cuanto este se negocia. En efecto, si bien durante mucho tiempo con el fin de garantizar una negociación tranquila y pausada en tanto en cuanto esta se producía el contenido normativo del convenio se mantenía hasta la firma del nuevo, esta regla de la ultraactividad también se modifica en el 2012 de forma tal que, como se sabe, ex. art. 86.3 ET, se extiende la eficacia del contenido normativo del convenio denunciado durante el máximo de un año a menos que el mismo convenio diga otra cosa. De no hacerlo, transcurrido ese año desde la denuncia se aplicará el de ámbito superior «si lo hubiere».

En cuanto a la concreción de la norma aplicable si este que «lo hubiere» no se diese, mucho se ha escrito[32]. Al final, el TS ha atemperado los posibles efectos que este vacío convencional podría generar al defender la contractualización de muchas de las condiciones laborales del convenio de forma tal que aun y cuando este plazo anual hubiese transcurrido, se defiende que parte del contenido del convenio forman parte del «patrimonio contractual» del trabajador.

En cualquier caso, hay una cosa que debe destacarse de esta regulación y que la diferencia sustancialmente de lo expuesto hasta ahora. En este caso, y de forma contraria a lo que cabe afirmar respecto la regulación de la inaplicación de condiciones ex. art. 82.3 ET o respecto la preferencia aplicativa del convenio de empresa, la norma acepta que los interlocutores sociales establezcan en el convenio una regulación distinta. Cierto que la norma no se caracterizó tampoco por presentar una vacatio legis con plazo para pactar otra cosa. Y que la entrada en vigor de la manera en que se hizo supuso que a algunos convenios ya denunciados se les tuviese que aplicar la nueva regulación sin posibilidad de pactar

[31] Lo mencionado aquí a propósito de la ultraactividad debe completarse, al respecto de este tema, con el tratamiento más especifico que se realiza a este respecto en el apartado 2.2.4. de este trabajo y toda la bibliografía que allí se cita.

[32] Cfr., entre otros, Alfonso Mellado, C., «La reforma de la negociación colectiva…», cit. Del mismo autor (2012), «La reforma de la Negociación Colectiva en la Ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad», Ponencia presentada en las XXV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. La Reforma laboral de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 4 de octubre de 2012; Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) (2013). «Análisis sobre denuncia, ultraactividad y arbitraje obligatorio de los convenios colectivos publicados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012». Octubre 2013; Díaz Aznarte, M.T. «La ultraactividad del convenio colectivo a la luz de las últimas intervenciones legislativas ¿Un sendero hacia la reactivación y el recrudecimiento de las medidas de conflicto colectivo?», Rev. Temas laborales, núm. 1 23/20-14, págs. 13-37.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

nada. Pero también es verdad que, como he dicho, la interpretación de los tribunales al final ha evitado que sus efectos hayan sido los de la mera aplicación del ET.

2. POSIBLES MATERIAS A REGULAR: ENTRE LA NECESIDAD ACTUAL Y LA PERSPECTIVA DE FUTURO

Pues bien, lo anterior no debe ni puede ignorarse como contexto relacional cuando se aborda la segunda relación entre legislación y negociación colectiva, cual es, la de contenido, esto es, la de realizar una propuesta de materias a regular en convenio. Propuesta, la que aquí se va a hacer, que responde únicamente a un criterio subjetivo y selectivo por entender que es lo más relevante como materia a negociar habida cuenta el contexto actual ya referido y el que se presume existirá en un futuro más mediato.

Dejo al margen, a conciencia, y habida cuenta que por cuestiones metodológicas me resulta imposible abordar, algunas otras cuestiones que a mi modo de ver podrían resultar interesantes, es decir, materias cuyo tratamiento por los convenios si bien podrían resultar relevantes, no puedo abordar por cuestiones de tiempo y espacio. En ese sentido, el efecto de la robotización en las relaciones laborales, la afectación o no del convenio a nuevas profesiones como youtubers, coach, influencers; la regulación convencional de las TICS, y otras muchas cuestiones que me resultan de interés no pueden aquí ser tratadas, simplemente porque entiendo que debo centrarme en otras materias más perentorias. Pero para nada pretendo desmerecer con ello la influencia que me parece que todas ellas van a tener en las relaciones laborales del futuro.

Por lo demás, y desde una óptica completamente distinta, resaltaré que también dejo al margen la siempre controvertida cuestión de la reducción de las horas de la jornada a tiempo completo.

La crisis económica y sus consecuencias en las relaciones laborales casi nos ha hecho olvidar que en los años previos a los de la coyuntura económica luego sobrevenida el tema a debatir como contenido a incluir en los convenios colectivos era sin duda el de la reducción de las horas de la jornada a tiempo completo como política de reparto de empleo.

Pero como digo, esta cuestión tampoco la puedo abordar.

En esta disertación me voy a ceñir a lo que se me encargó, a lo más perentorio, urgente y relevante del tema que se me refirió, y que tal y como queda claro en el título de estas líneas, es el de la interrelación entre la legislación y la negociación colectiva: situación actual y retos de futuro.

Pues bien, sentado todo lo anterior, entiendo que lo que debo abordar aquí es sistematizable en cuatro grandes bloques: 1) contratación; 2)

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES SEGURIDAD SOCIAL

flexibilidad interna; 3) comportamientos susceptibles de ser sancionables y despido disciplinario; 4) como materia transversal, medidas que tienen por finalidad respetar la igualdad de trato de entre mujeres y hombres y erradicar la discriminación de género.

Veamos lo más relevante de cada uno de estos bloques de materias.

2.1. Contratación

Referirse a la contratación en la actualidad necesariamente supone abordar el contrato de interinidad y al derecho o no a indemnización en el caso de extinción. Pero siendo rigurosos, hablar de contratación y negociación colectiva exige tratar muchas más cuestiones que la mera referencia a la indemnización en la interinidad, aunque esto también.

En concreto, entiendo relevante reflexionar sobre lo siguiente:

1) el papel del convenio colectivo como límite cuantitativo de la contratación temporal
2) la concreción de la causa de la contratación temporal
3) el marco temporal de la contratación temporal
4) la extinción del contrato temporal y la indemnización
5) la concreción de las materias de contratación renegociables en un convenio de empresa
6) otras cuestiones a considerar: las modalidades contractuales (formación, los fijos discontinuos, periódicos, contrato a tiempo parcial, etc.)

De forma muy sintética:

2.1.1. El papel del convenio colectivo como límite cuantitativo de la contratación temporal

La contratación temporal, como tipología contractual debe existir en el ordenamiento jurídico laboral español. Son diversas las situaciones en las que el empleador puede encontrarse con la necesidad de contratar a un trabajador solo por un tiempo concreto.

Como se sabe la contratación temporal en España es causal. Y las causas o motivos que fija la ley están delimitados de forma tal que permiten hacer frente a distintas y varias situaciones coyunturales que pueden precisar en la vida de una empresa acudir a una contratación no permanente.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Pese a eso, el volumen real de contratos temporales frente a indefinidos es tan trascendente que incluso desde la ley se ansía vetar la contratación temporal únicamente en atención a la duración de la contratación temporal sin siquiera cuestionar, a conciencia, la causa de la temporalidad[33]. Aun con causa, sin cuestionarla, sin discutirla, el transcurso de tiempo convierte a una causa prorrogada en el tiempo como causante de un contrato indefinido que no temporal.

Y eso simple y sencillamente en aplicación de la norma. La regulación convencional puede hacer mucho más. Bastaría, en atención a las peculiaridades y características del sector, fijar un porcentaje máximo de temporales versus indefinidos. Que por negociarse por empresarios y trabajadores conocedores de las necesidades del sector en cuestión resultaría con toda seguridad más preciso que cualquier propuesta porcentual fijada desde la norma de forma homogénea.

El convenio se perfila, también en este caso, como termómetro y regulador de las necesidades de temporalidad frente fijeza que, evidentemente, pueden distar de unos sectores a otros y precisar, en consecuencia, de una regulación que sacrifique la homogeneidad en favor de la necesidad real de temporalidad.

Ahora bien, me estoy refiriendo a una negociación sectorial. Sucede, no obstante, que ese porcentaje, al menos en lo que tiene que ver con los eventuales —a los que la ley se refiere de manera expresa— pero que cabría entender aplicable a los otros contratos temporales, puede fijarse también por convenio de empresa. Entiendo que, en la actualidad, y en atención a cuanto dice el art. 84.2 ET incluso si la regulación de empresa contraviniese a este respecto lo fijado en un convenio sectorial, podría predominar lo negociado en el ámbito de la empresa.

Igualmente, y relacionado tangencialmente con el porcentaje de temporales frente a indefinidos es de mencionar que el art. 15. 7 ET establece, además de forma expresa, una función más al convenio, cual es, la de fijar criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos.

Igualmente, y entiendo que en muchas ocasiones tanto para empresarios como para trabajadores el convenio es su norma de referencia en ese mismo precepto legal se determina que «los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales».

[33] Cfr.https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_avance/pdf/contratos/evolcontratos.pdf

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

2.1.2. La concreción de la causa de la contratación temporal

Con independencia de que estas cuotas de temporalidad se materialicen, así como que se regule los requisitos determinantes para la conversión de temporales a indefinidos, lo que sería recomendable, lo cierto es que todo contrato temporal en nuestro ordenamiento jurídico debe responder igualmente a una causa de carácter temporal.

Sucede, no obstante, que la definición legal de las causas hace que en muchas ocasiones y especialmente en el contrato de obra la prueba de la concurrencia de causa se flexibilice. Al menos tradicionalmente para el sector servicios. Aunque a decir verdad, al aceptar vincular el contrato de obra a una contrata, la facilidad para recurrir a un contrato temporal se extiende también al sector industrial.

Al respecto, y de forma esquemática me importa resaltar dos cuestiones:

1º) La primera, la posibilidad que tiene todo el convenio para concretar tanto esa «obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad» que legalmente puede dar lugar al contrato de obra ex. art. 15.1.a ET; como las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales ex. art. 15.1. b ET.

2º) La segunda, que esa concreción de las causas tanto del contrato de obra como respecto las que justificarían un contrato eventual; así como el porcentaje de temporales frente a indefinidos, legalmente no se encuentra restringido a los convenios del sector. La ley se refiere a los convenios sin más especificación. De donde sigue que aplicando el criterio interpretativo de ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, parece que debe entenderse que esa identificación puede hacerse por cualquier tipo de convenio.

De hecho, a esto es a lo que parece referirse el art. 84.2 ET cuando en el apartado e) reconoce la preeminencia del convenio de empresa en «la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa». Por tanto, y en definitiva, concreción del objeto y porcentaje cuestión en la que puede tener la preeminencia el convenio de empresa frente al sectorial.

2.1.3. El marco temporal de la contratación temporal

El convenio colectivo también puede delimitar temporalmente el contrato temporal dentro de los marcos genéricos que expresamente fija la norma. A saber,

1) Son disponibles los tres años a los que se condiciona a priori el contrato de obra, pero que es prorrogable 12 meses más por convenio

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

sectorial. En realidad, el contrato de obra dura lo que dura la obra, aunque por mandato legal esa obra no podrá extenderse más de tres años salvo que se prorrogue 12 meses más por un convenio sectorial.

2) También es disponible para el convenio sectorial el periodo de una posible prórroga de 6 meses más que se pueden sumar a los 12 meses de referencia en la regulación del contrato eventual. En consecuencia, igualmente será extendible la duración del concreto contrato hasta las ¾ partes del contrato de referencia pero nunca superando los 12 meses en total.

Ambos límites temporales máximos, son referencias marcadas desde la norma. Y siempre modificables por convenio sectorial a partir de la regla legal, en aras de poder extender la temporalidad más allá del plazo fijado por el ET. La ley marca un plazo pero permite que se amplíe por convenio.

Y además, en ambos casos, en la regulación de ambos contratos, se deja claro que la ampliación temporal en los términos expuestos solo se puede realizar por convenio sectorial.

En los plazos, al contrario de lo que he mencionado a propósito de la identificación de las causas de la temporalidad, solo el convenio colectivo del sector puede incrementar la fijación temporal marcada por la ley.

Por eso, y atención a cuanto se ha mencionado, resulta problemático y discutible que desde la legalidad en determinados convenios de sector relacionados con actividades de campaña se regule la conversión de los contratos eventuales en fijos discontinuos a partir de la segunda o tercera campaña.

Y digo que sorprende y que resulta una regulación particular por discutible, porque en esta figura se puede apreciar más una creación convencional necesaria en atención a las realidades del sector; que una interpretación estricta de relación ley-convenio en los términos expuestos.

2.1.4. La indemnización en la extinción del contrato temporal

Es conocida por todos la distorsión que se ha generado en el último año a propósito de la indemnización por extinción del contrato temporal, en especial, del contrato de interinidad.

Pendiente de que Europa resuelva el recurso en Sala General[34] y en tanto en cuanto el TS no se pronuncie, únicamente pondré de relieve una

[34] Recurso que se ha interpuesto frente la Sentencie del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, asunto Ana de Diego Porras.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

reivindicación personal que espero que se me permita: la necesidad de que al menos de momento no exista diferencia en lo que indemnización se refiere entre el contrato de interinidad y el resto de tipos de contratos temporales: de obra; y eventual.

La inexistencia de Directiva que contemple expresamente la prohibición de discriminación entre temporales hace que el marco de comparación para llegar a Europa sea marcar una posible discriminación, una comparación, entre indefinidos y temporales. Pero más allá de lo que personalmente considere al respecto de la posibilidad de que la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada se aplique de forma horizontal; o de la distinción entre extinción o despido, lo que sí me parece un sinsentido es la diferenciación del ET, en cuanto indemnización se refiere, entre el contratado de obra y eventual frente al contrato interino en perjuicio de este último. Entiendo que la razón real de esta distinción (que presumo económica) no es motivo relevante jurídicamente para marcar ese trato de desfavor para con los interinos. Y seguramente si a estos se les hubiese reconocido los 12 días de indemnización que por extinción se reconocen al contrato de obra y eventual ex art. 49.1.c), nada de lo que a estos efectos nos ha causado tanta inseguridad jurídica se hubiese producido[35].

En cualquier caso, permítaseme recordar una cuestión: en España, en el ordenamiento jurídico laboral español, el despido tiene reconocida la misma indemnización para temporales que para indefinidos. Tanto si el despido es disciplinario como si lo es objetivo o colectivo. Cuestión distinta es la extinción del contrato temporal por cumplirse la causa o el plazo por el que se concertó.

Igualmente tampoco es el momento de discutir si tras algunas extinciones cabe apreciar un despido. Pero con independencia de eso, lo cierto es que en la actualidad, en un despido perciben la misma indemnización los temporales que los indefinidos. Cuestión distinta es que esa indemnización por fin de contrato, sea más perjudicial para los interinos que para el resto y eso es lo que creo que debería resolverse con la regulación convencional, al menos mientras todo lo demás queda pendiente de resolución judicial firme.

[35] Hablo de inseguridad jurídica habida cuenta que pese a los distintos pronunciamientos judiciales existentes después de la Sentencia de Diego Porras referida, ni siquiera el Grupo de expertos nombrado por el Gobierno realiza una propuesta definitiva al respecto de la indemnización que deben percibir los interinos (https://www.ecestaticos.com/file/99d5fa32100c4cf68bc7a51259c9f143/1486496193.pdf).

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

2.1.5. La concreción de las materias de contratación reguladas en el convenio disponibles a nivel de empresa

A modo de recapitulación de cuanto se ha expuesto me interesa resaltar a modo de articulación o de estructuración de la negociación colectiva en materia de contratación, lo siguiente:

a) resultaría, en mi opinión, claramente positivo que en el convenio de sector, como mínimo, se concretasen: las causas, las concretas actividades que permiten delimitar e identificar, en su específico ámbito de aplicación, tanto la obra o el servicio determinado que justifica recurrir a un contrato temporal cuya causa es la ejecución de esa obra o servicio en un momento determinado; y lo mismo respecto a la identificación de cuando el incremento de tareas o el exceso de pedidos es lo suficiente como para justificar un contrato eventual.

b) La duración contractual, con independencia de si se incrementa el plazo marcado por la ley hasta el tope que se fija como disponible para los convenios, debería ser igualmente recogido por el convenio. Insisto que me parece positivo por los efectos pedagógicos que tiene todo convenio incluso cuando solo se recojan los plazos legales sin ampliarlos dentro de los lindes permitidos.

c) asimismo entiendo que, al menos en tanto en cuanto toda la situación se clarifique, a los interinos se les reconozca al menos la misma indemnización por extinción que se reconoce al contrato de obra y al eventual, cual es, 12 días de salario por año.

Soy consciente de los efectos que esto va a tener en la indemnización habida cuenta que por definición el contrato de interinidad, en su manifestación de interinidad por vacante, puede tener una duración muy superior que el resto de tipos de contratos temporales. Pero también es verdad que el criterio económico en sí mismo no parece un criterio jurídicamente relevante para diferenciar entre indemnizaciones por extinción entre contratos de duración determinada.

d) el convenio igualmente debería fijar el porcentaje de temporales frente indefinidos en función de las necesidades del sector de que se trate; los criterios objetivos que pueden determinar el paso de contratos temporales a indefinidos, como acceder a la formación, etc.

Además, de entre todas estas cuestiones que, como digo, entiendo que deberían regular todos los convenios colectivos, solo la identificación de la causa y la concreción de los porcentajes es a priori de aplicación preferente para la regulación convencional empresarial contraviniendo la regulación sectorial superior ex. art. 84.2 ET.

Y ninguna de estas cuestiones pueden ser objeto de descuelgue o de inaplicación a nivel de empresa ex. art. 82.3 ET.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Y esto me interesa resaltarlo, porque en algo que me parece fundamental como es la contratación temporal y cuya atemperación en pro de los contratos indefinidos debiera ser uno de los elementos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, los convenios colectivos tienen mucho que decir.

Y además con poca posibilidad de que su contenido quede modificado a la baja en el nivel de empresa, aunque se fuera un poco más flexible a la hora de identificar los motivos que en cada caso pueden causalizar el contrato, los plazos temporales solo disponibles a nivel sectorial dificultan que esa temporalidad pueda ser cualitativamente muy relevante. Sobre todo porque además rige la regla de la conversión en indefinido por mero transcurso de tiempo.

La contratación temporal entiendo que debe existir en el ordenamiento jurídico laboral español. Y solo con que efectivamente se cumpliera la ley, el número de contratos temporales no podría ser el que es en la práctica. Creo que los convenios deben jugar un papel muy relevante en este sentido. Y no es nada complicado, basta con perfilar, dentro del mandato legal y de acuerdo con este, la duración, causa y porcentaje de temporalidad. En esta materia solo con cumplir la ley se lograría algo que desde 1984 parece imposible de conseguir, pese a la letra de la ley, que los contratos temporales efectivamente lo sean porque concurre una causa de duración determinada que los justifica. Y no, sin más, por ser un tipo de contrato más precario que el indefinido.

2.1.6. Otras cuestiones relacionadas con la contratación

Debo dejar al margen por cuestiones de espacio y tiempo algunos aspectos de la contratación que no tienen específicamente que ver con la contratación temporal, pero sí con cuestiones relacionadas con el acceso a la empresa. Me refiero a temas como, por ejemplo, la regulación de la duración del periodo de prueba, dentro de los lindes que fija el art. 14 ET, en especialmente en los contratos temporales, que la ley no específica y que estaría bien que se concretasen convencionalmente.

Temas relacionados con las modalidades contractuales: por ejemplo, que en el contrato a tiempo parcial, entre otras cuestiones, se determinase el tope de las horas complementarias —tanto las voluntarias como las pactadas—[36]; o cómo registrar la jornada y horario en el contrato a tiempo parcial; la regulación de «las medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a

[36] Al respecto, por todos, Martínez Moreno, C. «Tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial». XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC (Madrid, 10 de noviembre de 2016).

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales"; la concreción de los motivos que le pueden permitir al trabajador renunciar al pacto de horas complementarias, etc.

Algo similar respecto los contratos formativos. Entiendo que el convenio debería concretar su regulación, teniendo en cuenta que la especificada en la regulación del contrato en prácticas solo es disponible para convenios del sector ex. art. 11.1.b ET; mientras que la del contrato de formación, lo es para el convenio del sector pero ex. art 11.2.b ET también lo es para convenio de empresa. Igualmente cualquier tipo de convenio podrá fijar compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido, así como fijar criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Pero a las medidas de igualdad me referiré después.

2.2. Flexibilidad interna y negociación colectiva

Son muchas las cuestiones de flexibilidad interna a las que podría hacer referencia como medidas a abordar en un convenio colectivo. Pero como vengo diciendo no dispongo ni de tiempo ni de espacio para tratar todo lo que puede resultar interesante a estos efectos[37]. Es por eso que, siguiendo como lo fijado en los arts. 82.3 y 84.2 ET, me referiré en estas páginas a las siguientes cuestiones: 1.- clasificación profesional y funciones; 2.- tiempo de trabajo; 3.- retribución. Cuestiones que por lo demás, conforman el objeto del contrato de trabajo habida cuenta que el trabajador se compromete a una prestación laboral en un tiempo determinado a cambio de una retribución.

2.2.1. Clasificación profesional y funciones

Con la redacción que al art. 22 ET se le da tras la Ley 3/2012, el sistema de clasificación profesional pasa a estar conformado por grupos profesionales como elemento de referencia. La categoría profesional como elemento clasificatorio desaparece. Y el grupo profesional que convencionalmente se negocie, además, tiene que ser un grupo profesional como el que define la norma, básicamente horizontal en su conformación interna[38].

---

[37] Al respecto puede verse FIDE (2016), «Conclusiones y recomendaciones FIDE 2016. Por un nuevo marco legislativo laboral». http://www.fidefundacion.es/Publicadas-las-Conclusiones-alcanzadas-por-el-Grupo-Fide-Pors-un-nuevo-marco-legislativo-laboral_a423.html

[38] Art. 22.2 ET «Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajado».

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Esa concepción del grupo como elemento conformado de forma unitaria y horizontal, por lo que aquí interesa, y de forma sistemática puede afirmarse que genera las siguientes consecuencias jurídicas:

1ª) En primer lugar, por mandato legal se debe reemplazar la categoría como elemento clasificatorio por el grupo profesional. Pero no por cualquier grupo profesional. Sino por el grupo profesional que define la norma. Y ese grupo profesional no debe ser un grupo profesional como el que en ocasiones contemplan los convenios producto de una inspiración propia de las antiguas ordenanzas franquistas.

No, no es ese grupo profesional vertical en su conformación interna, aquél al que se refiere el art. 22 ET. El precepto legal está pensando en un grupo homogéneo en su conformación interna, horizontal. Primero, porque lo define en base a esas premisas. Y después, porque solo con una conformación de estas características la interpretación integrada del art. 22 ET con el art. 39 ET adquiere realmente sentido.

2ª) Esa concepción homogénea del grupo profesional horizontal ex. art. 22 ET no resulta óbice para que el grupo internamente pueda conformarse en distintos niveles (que es lo determinante a efectos retributivos) o áreas funcionales, que bien podrían definirse en sus líneas determinantes en un ámbito negocial sectorial e ir adaptándose y conformándose en ámbitos negociales inferiores. De hecho, eso es lo que se adivina de una interpretación sistemática del el art. 22 ET en relación con el art. 39 ET y art. 84.2 ET. Desde luego, además, es lo más idóneo habida cuenta que desde esa perspectiva adquieren sentido tres cuestiones:

2.a) De un lado, la regulación del art. 84.2 ET cuando se refiere a la clasificación profesional, que viene a decir que es competencia a nivel de empresa «d) la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores». No la regulación. No la determinación. No. Por el contrario, sí la adaptación (la concreción, diría yo) a nivel de empresa del sistema de clasificación de los trabajadores. Que por serlo, estará regulado en otro convenio, pues no puede estar fijado de otra forma. La regulación de la clasificación profesional siempre es convencional. Por tanto, cuando el art. 84.2 ET habla de adaptar, a lo que parece referirse es a la fijación más detallada en el convenio de empresa del sistema de clasificación aplicable de forma consecuente con las líneas maestras fijadas previamente en otro convenio sectorial[39].

Adaptar. No crear.

[39] Cfr. Fabregat monfort, G., «La clasificación profesional y la movilidad funcional tras la Ley 3/2012». Aranzadi Social: Revista Doctrinal, ISSN 1889-1209, Vol. 6, Nº 3 (Jun), 2013, págs. 69-96 y toda la bibliografía que allí se cita.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

2.b.) Conforme a esta interpretación del grupo profesional a que me refiero, horizontal u homogéneo, además, resulta lógico que el art. 39 ET diferencie entre movilidad funcional ordinaria o ejercida dentro del poder de dirección ordinaria; y la extraordinaria o ejercida en función del ius variandi de acuerdo con el concepto de grupo profesional antes mencionado. Así, cuando el grupo es homogéneo cualquier cambio dentro de sus lindes no debería ser complejo, no debería suponer límite temporal porque debería ser homogéneo y no generar problemas de retribución. En el caso de que no fuese así, si por no ser demasiado homogéneos pudiesen generar problemas, la conformación interna de los grupos en áreas funcionales contribuiría sustancialmente a evitar cualquier problema interpretativo.

Por el contrario, el cambio superior o inferior supone per se la superación del grupo profesional (recordemos que este debería ser homogéneo y unitario en su conformación interna) y por tanto la aplicación del art. 39.2 al 39.4 ET en cuanto a límites temporales y retributivos en el convenio determinados o en su defecto conforme permite la ley.

2.c.) Teniendo en cuenta además que el art. 82.3 ET posibilita que para aquellos cambios que se vayan a realizar superando estos lindes del art. 39 ET, es decir, ejecutando la posibilidad prevista en el art. 39.4 ET, la empresa puede inaplicar la regulación del convenio que a ese concreto cambio de funciones se refiera.

Lo que solo ocurrirá cuando se trate de un cambio de funciones que por exceder del límite temporal y causal del art. 39.2 y art. 39.3 ET sea en realidad una modificación a las que se refiere el art. 39.4 ET. En ese caso, la regulación convencional de ese cambio de funciones más transcendente es lo que podrá ser inaplicado en la empresa ex. art. 82.3 ET. Pero no el cambio de funciones que el convenio se regule siguiendo los mandatos dispositivos y constitutivos del mínimo de derecho necesario que permiten los apartados 1 a 3 del art. 39 ET[40].

Por tanto, en conclusión, convencionalmente debe regularse el sistema de clasificación profesional conforme a la definición de grupos que contiene el art. 22 ET. Cuando este diseño se realice en un convenio sectorial, a nivel de empresa se podrá adaptar el sistema de clasificación pactado en nivel superior.

Por lo que se refiere a la regulación de la movilidad funcional, el art. 39 ET adquiere lógica si se interpreta de acuerdo con el concepto de grupo profesional que he mencionado. Pero además, en el caso de que se regulasen los cambios de funciones y convencionalmente se acordasen cambios de

[40] Ídem.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

funciones superando los mandatos previstos en los apartados 1 a 3 del art. 39 ET, lo regulado podría ser objeto de inaplicación en la empresa de concurrir causa y seguirse el procedimiento en los términos fijados en el art. 82.3 ET.

2.2.2. El tiempo de trabajo

La concreción y regulación del tiempo de trabajo dentro de los límites legales (art. 34 a 38 ET) ha sido siempre, junto con la retribución, uno de los elementos esenciales de todo convenio colectivo[41]. Y ello incluye desde la concreción de la jornada dentro del mínimo de derecho necesario de 40 horas a la semana en cómputo anual y que aquí juega como un tope máximo. Pasando por la concreción del horario ordinario o la distribución del tiempo de trabajo con el límite de las 9 horas; o de las 12 entre el final de una jornada y el principio de la siguiente, que pasa a ser de 7 cuando se trata de un trabajo a turnos y hay un cambio de turno; la regulación del trabajo a turnos o nocturno, en su caso; la fijación de un posible horario flexible; el descanso semanal con el límite legal del día y medio por cada 14 días de trabajo como mínimo; el descanso diario en caso de que el horario sea el conocido como «jornada continua»; las horas extra y su compensación en dinero o en descanso; los festivos, la planificación de las vacaciones, etc.

Lo anterior es lo que debe concretarse convencionalmente dentro de los lindes legales, lo que va a suponer, en realidad, una organización uniforme del tiempo de trabajo en la empresa.

Todo ello teniendo en cuenta que, si no se pacta nada, ex. art. 34.2 ET la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Sin perjuicio, evidentemente, que esta distribución irregular puede de facto incrementarse por el juego de las horas extraordinarias compensables en descanso e insistiendo en que en cualquier caso el límite de los cuatro meses para compensar las horas extra en tiempo es dispositivo para los convenios colectivos y que solo rige como dice la ley en defecto de pacto al respecto.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, me interesa resaltar lo siguiente de la regulación convencional del tiempo de trabajo[42], en cuanto a la posibilidad de adaptabilidad del tiempo de trabajo a las necesidades

---

[41] Para un estudio completísimo y muy acertado al respecto de la regulación convencional y el tiempo de trabajo, véase con Gorelli Hernández, J., (2016) «Tiempo de trabajo y jornada». Regulación y tratamiento en la negociación colectiva. XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC (Madrid, 10 de noviembre de 2016) y toda la bibliografía que allí se cita.

[42] Cfr. Alfonso Mellado, C.L., «Flexibilidad interna: Análisis y Propuestas». Derecho de las relaciones laborales, ISSN 2387-1113, Nº. 3, 2016 (Ejemplar dedicado a: El derecho de trabajo a debate), págs. 260-269.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

de la empresa, vía convenio colectivo de empresa o acuerdo de inaplicación. Al respecto, así, voy a clasificar la materia del tiempo de trabajo diferenciando entre lo que puede ser objeto de renegociación en el convenio de la empresa; lo que puede ser objeto de inaplicación con concurrencia de causa y lo que es posible por ambos procedimientos. De manera tal que quede claro aquello que se puede modificar si se tiene causa aunque no se tenga representantes ex. art. 82.3. ET; y lo que sí se puede regular si se tiene representantes aunque no se tenga causa ex. art. 84.2 ET.

Y así:

1º) Cuestiones susceptibles de ser adaptadas a la empresa tanto por convenio de empresa como por acuerdo de inaplicación.

Las materias de tiempo de trabajo susceptibles de ser inaplicadas en relación con el art. 82.3 ET y también de aplicación preferente en los términos del art. 84.2 ET son el horario, la distribución del tiempo de trabajo sin afectar a la jornada; y el régimen de trabajo a turnos. En realidad, es lógico que se pueden determinar a nivel de empresa y de ambas formas, pues estas tres cuestiones forman parte de la organización del trabajo en la empresa desde la perspectiva más tradicional. Seguramente por eso, la ley permite su adaptabilidad desde la cogestión con los representantes cuando no hay causa ex. art. 84.2 ET; y de concurrir causa justificativa permite la adaptación aunque sea mediante un acuerdo de inaplicación alcanzado con una comisión conformada ad hoc.

2º) Cuestiones cuya regulación en un convenio se pueden inaplicar en la empresa con acuerdo y causa en los términos que fija el art. 82.3.ET.

Además de las mencionadas cuestiones de horario, distribución de tiempo y régimen de jornada a turnos, la inaplicación también podrá afectar a la jornada. En consecuencia, teniendo en cuenta que la jornada máxima anual legal se sitúa en 1.826 horas y 27 minutos de trabajo (resultado del promedio de 40 horas semanales con descuento de las vacaciones, los descansos semanales y anuales y los festivos), pero lo habitual es fijarla convencionalmente en un número inferior al legal, se supone que el margen del que se dispone en la inaplicación del convenio al nivel de empresa es el de incrementar ese margen de jornada ordinaria convencional inferior de 1826 horas y 27 minutos hasta ese número, que es el máximo legal. Por lo tanto, en realidad, de concurrir causa y alcanzarse un acuerdo en los términos del art. 82.3. ET, de lo que se suele disponer en atención a las regulaciones más comunes es de una bolsa de no demasiadas horas de trabajo en favor de la empresa. Pero, como digo, eso solo en el caso de que se llegue a un acuerdo de inaplicación ex. art. 82.3 ET, que exige concurrencia de causa, que no por convenio de empresa ex. art. 84.2 ET.

3º) Aspectos del tiempo de trabajo disponibles para el convenio de empresa: como he mencionado en líneas anteriores también en este ámbi-

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

to es renegociable ex. art. 84.2 ET el horario, la distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos.

La jornada, en los términos que acabo de exponer no es, sin embargo, cuando se fija a nivel sectorial materia de preferencia aplicativa a nivel de empresa. En consecuencia, la jornada, entendida como el cómputo total de horas de trabajo, si se concreta en convenio sectorial no es modificable por negociación preferente en convenio de empresa. Ahora bien sí, que es posible, recuérdese, que de concurrir causa en los términos del art. 82.3. ET, resulte modificable por acuerdo en los términos expuestos y siempre dentro del marco del máximo de jornada anual.

Ahora bien, en jornada no, pero sí tiene preferencia aplicativa en la regulación a nivel de empresa —que no en la inaplicación—, en la planificación anual de las vacaciones[43] y en la regulación de cómo compensar las horas extra. Lo que al final supone que siempre que se tenga unos representantes legales o sindicales se puede consensuar el disfrute de vacaciones de manera distinta a lo fijado en el convenio superior. Predomina la voluntad de consensuar a nivel de empresa con quienes sí son a todos los efectos representantes de los trabajadores que la determinación de si hay motivo o no legalmente relevante.

Y lo mismo es predicable respecto el abono en dinero o la compensación en tiempo de las horas extra. Lo que, como he mencionado anteriormente, en caso de acordarse ser compensable por descanso, supone de facto una distribución irregular de la jornada en el ámbito empresarial más allá del 10% que la ley deja en manos del empleador.

Por tanto, y recapitulando en cuanto al tiempo de trabajo: horario, distribución de tiempo y horario, ambas posibilidades (inaplicación y preferencia de regulación a nivel de empresa); jornada, solo inaplicación; y planificación de vacaciones y compensación de horas extra solo preferencia aplicativa del convenio de empresa pero no inaplicación por comisión ad hoc[44].

2.2.3. La retribución en la regulación convencional

Habida cuenta la crisis económica, de todas las condiciones de trabajo, la retribución ha sido seguramente la más afectada por las modi-

[43] Cfr. STS 27/5/2013, que realizando una interpretación extensiva incluye vacaciones dentro del concepto de distribución del tiempo de trabajo y por tanto considera que es materia respecto la que se puede proceder a realizar una inaplicación ex. art. 83.2 ET.

[44] Para un estudio de otras posibles modificaciones de jornada post reforma 2012, puede verse, entre otros, Fabregat Monfort, G., Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, ISSN 2386-8090, Nº. 17, 2016, págs. 32-44, y toda la bibliografía que allí se cita.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL

ficaciones en la estructura y articulación convencional. Por eso mismo, también a este respecto sea probablemente la materia sobre la que más impugnaciones judiciales se han interpuesto y más aplicaciones del juicio de legalidad en los términos expuestos se han emitido, especialmente en lo que tiene que ver con la inaplicación de condiciones que, como vengo reiterando, debe responden a concurrencia de causa previa.

Por lo demás, a decir verdad, la retribución per se no constituye ningún reto de futuro para la negociación colectiva. De hecho, la retribución siempre se ha regulado en convenio colectivo. Por lo tanto, entiéndaseme, la he incluido en este trabajo por ser una de las condiciones esenciales de la relación laboral, porque siempre se regula en convenio y porque el reto respecto esta condición laboral va a ser determinar la relación entre legislación y negociación colectiva.

Pues bien, de la interpretación sistemática del art. 82.3 ET y art. 84.2 ET puede afirmarse lo siguiente:

1º) Inaplicaciones del art. 82.3 ET

Si concurre causa en los términos del art. 82.3 ET, y de forma proporcional a la causa justificativa concreta, la retribución se podrá ver afectada tanto en partidas salariales como en la mejora complementaria de seguridad social como partida extrasalarial. De hecho, el art. 82.3 ET entiende que por acuerdo con los representantes sindicales, la comisión ad hoc (o evidentemente, siguiendo todo el procedimiento con la intervención de la Comisión Consultiva de Negociación Colectiva u órgano autonómico correspondiente) se puede inaplicar la regulación del convenio en:

a) el sistema de retribución y la cuantía salarial

b) las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social

Es decir, en la base de la retribución. Porque en inaplicación no solo se permite modificar la cuantía, sino incluso todo el sistema retributivo. El efecto de esta inaplicación sí puede ser relevante de ahí que, como dijera al principio, seguramente la mayoría de las reclamaciones judiciales se hayan planteado al respecto de esta cuestión.

2º) Preferencia aplicativa del art. 84.2 ET

Respecto la retribución, en la preferencia aplicativa del convenio empresarial ex. art. 84.2 ET, son también varias las posibilidades para dejar sin efecto lo pactado a nivel sectorial por preferencia de lo negociado a nivel de empresa ex. art. 84.2 ET, aunque en términos modificables el cambio es menos transcendente que en inaplicación. En este caso no se puede afectar a la estructura salarial fijada. Seguramente porque el del art. 84.2 ET, lo que allí se prevé es un cambio que, pudiéndose producir a la baja, no requiere concurrencia de causa, simplemente basta con el consentimiento de los representantes de los trabajadores.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Pues bien, con lo anterior, la preferencia del convenio de empresa se prevé respecto:

a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

En consecuencia, como se puede apreciar, a efectos prácticos, y desde el momento en que se puede modificar la cuantía es verdad que la devaluación salarial igual puede producirse, pero no está de más insistir en que por esta vía las alteraciones de la retribución negociada es menor que en la inaplicación. Así, en preferencia aplicativa a nivel de empresa:

1) No se puede cambiar la estructura de la retribución. Y, en consecuencia, aunque sí se puede modificar su cuantía, no se puede alterar su existencia, es decir, no se pueden eliminar ni cambiar la consideración de consolidable o no supuesto de movilidad funcional, geográfica, cambios locacionales de menor intensidad, etc. Como digo, en salario base y complemento salarial, solo inaplicación en cuantía.

2) No se establece la posibilidad de modificar las percepciones extrasalariales: dietas o suplidos, indemnizaciones, etc.

3) Precisamente por ser una percepción extrasalarial no citada, tampoco se tiene preferencia para renegociar a la baja las mejoras complementarias en seguridad social.

En conclusión, al final, de una forma o de otra, se puede cambiar: la estructura salarial y la cuantía de todo lo que es salario (salario base y complementos salariales) por la vía de la inaplicación del art. 82.3 ET. De las percepciones extrasalariales solo se pueden inaplicar las mejoras complementarias en seguridad social, y también ex. art. 82.3 ET.

Por la vía del art. 84.2. ET se puede volver a negociar con preferencia aplicativa la cuantía del salario y los complementos; el trabajo a turnos y decidir si las horas extra se abonan en dinero o se compensan en descanso.

Pero, ni en un caso ni en el otro, se puede dejar sin efecto lo negociado al respecto de percepciones salariales como como dietas, suplidos, o las indemnizaciones por despido; ni tampoco se puede inaplicar ni tiene preferencia aplicativa para el convenio de empresa la regulación de la retribución de festivos o del trabajo nocturno.

2.2.4. Unas breves consideraciones a este respecto desde la ultraactividad convencional

Como ya he mencionado en líneas precedentes, hay otras muchas cuestiones que evidentemente entiendo transcendente que se aborden en

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

la negociación colectiva y que no tengo tiempo de desarrollar. Me refiero, entre otras, a cuestiones tales como la cesión de trabajadores, las contratas de obras y servicios; y sobre todo la transmisión de empresa y sus efectos en una posible reconversión a la gestión pública de ciertos aspectos gestionados privadamente.

Pero, como también he dicho, he tenido que aplicar un criterio selectivo y este, pese a ser subjetivo, creo que responde a un claro elemento objetivo: analizar la realidad actual y el futuro más mediato de la negociación colectiva según la modificación estructural que esta ha sufrido especialmente con la reforma del año 2012.

Siguiendo esa estela, no quiero cerrar este bloque referido a la flexibilidad interna, sin resaltar que tanto clasificación, como tiempo de trabajo y como retribución forman parte de ese elenco de cuestiones que la doctrina[45] primero y el TS[46], después, entendieron como parte del patrimonio contractual del trabajador y por tanto no extinguibles en la regulación concedida por convenio aun y cuando si habiendo transcurrido un año desde la denuncia del convenio no se hubiese previsto nada en contra[47] y no existiese convenio superior aplicable.

Se ha entendido que, en este caso, no se pasa a aplicar la regulación legal sin más, sino que lo previsto a este respecto en el convenio que ha perdido la vigencia se ha contractualizado en el haber del trabajador y, desde esa perspectiva y con esa eficacia jurídica, se mantiene a su favor.

---

[45] Cfr. Alfonso Mellado, C.L. (2015) *La ultraactividad de los convenios colectivos.* Ed. Bomarzo. Albacete; Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F., «El agotamiento de la ultraactividad del convenio». Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 9, 2013, págs. 1-13.

[46] Sobre ultraactitivad del convenio denunciado sin que le sustituya por otro en el plazo del año al que se refiere el art. 86.3 ET y sin que exista tampoco convenio superior aplicable, el Tribunal Supremo ha entendido que deben respetarse las condiciones del convenio que perdió su vigencia, entendiéndolas incorporadas al contrato del trabajador y, en consecuencia, modificables en su caso conforme al art. 41 ET. Al respecto STS 22/12/2014 *(Tol 4648075)*: *«Dicho lo cual, es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque —como se ha dicho algunas veces— las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente».*

[47] En cualquier caso se ha entendido que son válidas las cláusulas anteriores a la reforma legal de 2012 que prorrogan, incluso indefinidamente, el contenido de los convenios denunciados. Esas cláusulas eran legales antes de esa reforma y lo siguen siendo después [entre otras STS 01/12/2015, Rec. 263/2014; STS 17/03/2015 *(Tol 4851996)* y SAN 19/11/2013 *(Tol 4024020)*.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Con todo la contractualización no está exenta de problemas[48]. Piénsese, por ejemplo, que contractualizadas las condiciones laborales, de concurrir causa el empleador puede unilateralmente modificarlas sin necesidad de llegar a un acuerdo por el procedimiento del art. 41 ET, más sencillo porque no precisa el acuerdo o el arbitraje que sí exige el del art. 82.3 ET[49].

En segundo lugar, porque de no modificarse y mantenerse contractualizadas lo cierto es que la regulación de la ultraactividad no generaría a priori problemas a los concretos trabajadores afectados, pero no vincularía a futuros trabajadores. Claro, el efecto es pernicioso. Si mantener ciertas condiciones contractualizadas genera un trato perjudicial de nuevos frente antiguos o una doble escala de condiciones de trabajo de trabajo en la empresa, previsiblemente las condiciones contractualizadas se perpetúen en el tiempo, para evitar tratos de desfavor en la empresa y una doble contabilidad en tiempo de trabajo, retribución, funciones, etc.

Sin duda resultaría muy recomendable que en todos los convenios se pacte expresamente el mantenimiento de su contenido normativo una vez denunciado el convenio en tanto en cuanto el nuevo se negocie. Que se materialice ese «salvo pacto en contrario» al que se refiere el art. 86.3 in fine.

2.3. Algunas cuestiones relacionadas con las obligaciones debidas y la extinción del contrato de trabajo

Siguiendo con esa ultractividad a la que acabo de referirme, lo cierto es que uno de los efectos a priori no se contemplaron y con los que se encontró el empresario al perder la vigencia de los convenios, y no existir regulación aplicable era la imposibilidad de sancionar comportamientos constitutivos de infracción leve o grave.

En efecto, si la conducta del trabajador no es muy grave y en consecuencia, no puede ser causa de despido disciplinario, con la pérdida de vigencia del convenio, cualquier incumplimiento leve o grave podría quedar impune habida cuenta que el empresario se encuentra sin un cuadro de infracciones y sanciones aplicables a esos comportamientos constitutivos de infracción no muy grave, por lo que no puede aplicarles una sanción.

---

[48] Cfr. por todos, Alfonso Mellado, C.L. *La ultraactividad.... cit.*, y toda la bibliografía que allí se cita.

[49] Al respecto de la relación entre ultraactividad de convenio estatutario y la negociación de convenio extraestatutario, véase, STS 14/12/2016, Rec. 17/2016; Igualmente a propósito del mantenimiento o no de la vigencia del convenio y un posible acuerdo para modificar condiciones contractualizadas, Cfr. STS 06/07/2016, Rec. 155/2015.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Pero además, a lo que se acaba de mencionar se une que también en el despido existe una gran inseguridad jurídica, sobre todo, en el despido disciplinario, en el que la casuística concurrente dificulta precisar a priori y en abstracto si determinados comportamientos van a ser o no considerados causa de despido procedente. Por todo ello, resulta evidente la oportunidad y necesidad de que se regulen muchas conductas y comportamientos laborales en el convenio colectivo.

Cierto es que todo no se puede regular. Que la realidad es tan compleja que es imposible que todos y cada uno de los comportamientos que pueden producirse en la vida se puedan regular. Pero no me refiero a regularlo todo de manera exhaustiva. Más bien lo que quiero resaltar es la necesidad de que a grandes rasgos en el convenio colectivo se regulen ciertas conductas a fin de aportar cierta seguridad jurídica a las relaciones de trabajo.

Hay que tener en cuenta que en muchos de estos comportamientos se produce una colisión de derechos: por ejemplo, transgresión de la buena fe contractual solo demostrable afectando la intimidad del trabajador, por ejemplo, con un detective. ¿Es siempre una afectación una vulneración de la intimidad? ¿Cuándo se puede poner una cámara de video? ¿Y acceder al correo del ordenador del trabajador que el empleador ha puesto a su disposición? ¿Puede hacerlo el empleador?

¿Cuándo beberse una lata de refresco del supermercado para el que se trabaja es constitutivo de despido disciplinario procedente por transgresión de la buena fe?

¿Y difundir cierta información? ¿Se encuentra siempre amparado por el derecho constitucional a la libertad de expresión, por el derecho a la libertad de información o por el contrario constituye una ofensa como causa de despido ex. art. 54 ET?.

Son muchas las cuestiones, y en mi caso, este no es el momento de centrarme en ellas, así que simplemente señalaré la importancia de regularlas en convenio[50].

Al respecto de todas ellas se puede producir la ultraactividad en su regulación y perder la vigencia de lo pactado sin que el empleador pueda

[50] Fabregat Monfort, G. (2016) *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empresario*. Bomarzo. Albacete.; Fabregat Monfort, G., «El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave» Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, ISSN 2386-8090, Nº. 5, 2015, págs. 76-83 y todos los autores que en ambos se citan; Cfr., igualmente Fabregat Monfort, G., «La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius ressitentiae o solve et repete?». Revista de treball, economia i societat, ISSN 1137-0874, Nº. 27, 2003, págs. 23-36.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

en muchos casos sancionar por infracciones leves o graves; y sin que nadie le pueda garantizar desde la seguridad jurídica que la sanción que se está imponiendo, aun a modo de despido, va a ser calificada de procedente.

Resulta imprescindible, por eso, que en el convenio se regule el uso de los medios informáticos por el trabajador; el uso de las cámaras de video por el empleador como medida de control ordinario; la posibilidad o no usar el móvil en tiempo de trabajo; si se realizan o no controles de salud y en qué condiciones; y cuestiones similares.

Sin duda, de hacerse así, unos y otros saldrán beneficiados o al menos gozarán de mayor seguridad jurídica al respecto de qué sí y qué no es posible realizar en la empresa desde la perspectiva del control del empleador.

Todo ello sin olvidar, además, otras dos cuestiones a tener en cuenta:

1º) Que el sistema de trabajo y rendimiento fijado en la empresa en convenio colectivo es otra de las materias susceptibles de ser objeto de inaplicación en la empresa en los términos del art. 82.3 ET

2º) La trascendencia que tiene que se regule en la empresa, y por convenio o acuerdo de empresa, un protocolo frente al acoso moral, con independencia de que sirva o no además para el acoso por razón de género.

A las medidas necesarias para respetar la igualdad de género me voy a referir en el siguiente apartado. Pero aquí, por la relación que además tiene con el despido disciplinario o la sanción al acosador, me parece importante resaltar lo importante y beneficioso que puede ser para empresarios y trabajadores que se regule un protocolo frente al acoso[51]. Y ello fundamentalmente por lo siguiente:

a) porque hay situaciones de acoso que no tienen que ver con el género. Y no por eso deben quedar impunes. Cualquier empresario tiene la obligación de garantizar la seguridad y salud en el trabajo en los términos del art. 14 LPRL. Y además frente al acoso sexual o por razón de género esta obligación se fija igualmente en el art. 49 LOI. Cuando hay un plan de igualdad se regulará en el plan de igualdad, al menos este último. De todas formas aunque no exista obligación de negociar un plan de igualdad, la obligación respecto la fijación de un protocolo frente al acoso persiste. No se condiciona a la existencia de no plan, solo que cuando este

[51] Fabregat Monfort, G., (2011), *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*. Ed. Bomarzo. Albacete.; Fabregat Monfort, G., «El acoso laboral desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales». Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, ISSN 1575-7048, Nº 23, 2010 (Ejemplar dedicado a: La Seguridad y Salud Laboral de las mujeres trabajadoras), págs. 137-153.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

existe el protocolo puede formar parte del plan de igualdad. Lo importante del protocolo en mi opinión es:

1) Que debe fijar una fase preventiva, proactiva y reactiva

2) Que ello permite que el afectado pueda actuar y posibilitar que se solvente la situación d agravio en la que se encuentra antes de que por reiteración y persistencia se genere una situación imposible de resolver

3) Que además en el caso de que el empleador por aplicación del protocolo y siguiendo al instructor despida disciplinariamente al acosador, seguramente verá refrendada su decisión por los tribunales en caso de que el acosador recurra judicialmente su despido.

En cualquier caso, de regularse, debe hacerse bien. Porque un protocolo frente al acoso mal elaborado puede generar un efecto totalmente contrario a lo que se pretendía cuando la ley lo diseño, incluso puede llegar a generar precisamente lo que trata de evitar: la discriminación por razón de género.

2.4. Medidas convencionales para garantizar la igualdad de mujeres y hombres y eliminar las discriminaciones por razón de género

Para concluir esta disertación a propósito de lo que en mi opinión debe tenerse en cuenta en la regulación convencional desde la situación actual de la ley y teniendo en cuenta cuales puede presumirse que serán sus necesidades en un futuro más cercano, no puedo ni quiero dejar al margen un tema que resulta transversal a todas las materias mencionadas y de todas las que me he visto obligada a dejar al margen por cuestión de oportunidad espacial y temporal. Y eso a lo que me refiero, de carácter transversal, son las medidas para respetar una igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Tampoco en relación con este tema puedo extenderme tanto como quisiera, pero aunque sea de forma sistemática sí que me gustaría poner de relieve una serie de cuestiones que me parecen de total interés:

1º) Para empezar la obligación de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones laborales, igual que en otros ámbitos de la vida, es un mandato constitucional desde 1978[52]. No obstante ello, y pese

[52] Y eso pese a la existencia de la dote por matrimonio hasta principios de los años 80. De hecho, la Ley 16/76, de 8 de abril de relaciones de trabajo —que precedió el actual Estatuto de los Trabajadores en su primera versión—, en su art. 21.3. elimina la dote económica en caso de extinción del contrato de trabajo por matrimonio salvo que las ordenanzas laborales o el convenio colectivo dijesen lo contrario. Y siempre a las solteras que en el momento de entrada en vigor de la ley estuviesen ya trabajando. Es decir, que en esta ley, que data de 1976, si bien se empieza a eliminar la dote por matrimonio todavía se mantiene con matices.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

al transcurso de tiempo, como la igualdad de trato y de oportunidades no se conseguía, primero se modificaron preceptos del ET (igualdad en clasificación, en ascensos, en retribución); después se ratificaron Directivas Europeas[53] y se realizó la transposición de su contenido con la aprobación de la Ley de Conciliación[54]; con la fijación de una nulidad objetiva en determinados casos de despido[55]. Y ya en el año 2007, con la adopción de la LOI.

2º) De la LOI, por lo que aquí interesa, destacaré los siguientes aspectos:

a) Decide acercar la regulación de la igualdad a la empresa, en mi opinión con muy buen criterio.

b) En ese acercamiento de niveles, la empresas que por ser de dimensiones importantes (más de 250 trabajadores); porque así les obliga el convenio aplicable; o por discriminar y permutar la sanción por la negociación de el plan, les impone materializar toda la obligación de garantizar la igualdad negociando un plan de igualdad.

c) Ahora bien, a las que no se les impone la obligación de negociar un plan de igualdad, igualmente se les impone una obligación al respecto de respetar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que debiera materializarse en convenio negociando cuanto sea necesario en este sentido.

3º) A sabiendas que la garantía de igualdad debe ser una cuestión transversal y algo más profundo que los permisos de maternidad «y de mujeres»; que las medidas frente a la violencia de género; y los protocolos de acoso, la LOI lo hace bien. Y pone como ejemplo las materias que deben o pueden tratarse en el plan de igualdad.

En efecto, el art. 46 LOI señala a modo de ejemplo algunas de las materias (clasificación, retribución, formación, conciliación, etc.) que deberían negociarse en un plan de igualdad para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en la empresa, pero no obliga a que se

---

[53] La transposición de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, según exposición de motivos se produjo por la Ley 39/1999. De hecho, la primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

[54] Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

[55] De forma previa a la LOI, STC 78/2008, de 23 de junio; y STC 92/2008, de 21 de julio.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

negocien todas y en todo caso, dependerá de lo que se determine en el diagnóstico de situación que por necesidad debe preceder la negociación de medidas que conformarán el plan de igualdad. En realidad, al respecto de casi todas estas cuestiones el ET igualmente contempla la necesidad de que no se discrimine por razón de género, lo que ocurre es que en la práctica poco caso se ha hecho al mandato legal.En ese sentido resulta cuanto menos criticable que, de un lado, al principio sobre todo, muchos planes solo contemplaran medidas en relación a cuestiones tales como conciliación, acoso y violencia de género. Prescindiendo de cuestiones tan relevantes como la igualdad en el acceso, en la contratación, en la formación, en la clasificación, en el ascenso, en la retribución etc.

Y de otro lado, igualmente es denunciable que, en términos generales, el convenio colectivo, cuando no existe en el plan de igualdad, siga sin cumplir con el mandato legal y poco regule al respecto, por no decir nada.

Lo que en mi opinión, además, se ha manifestado como un claro error. Primero, porque en sí mismo lo es, y además supone incumplir la LOI. Pero a mayor abundamiento, prescindir de lo que debiera ser una prioridad para todos y no regular medidas para erradicar la brecha salarial, la segregación vertical y horizontal del mercado de trabajo, etc. ha acabado por generar un perjuicio a todos los trabajadores en inaplicación de convenios.

En efecto, existe un límite muy evidente en la norma que no se está utilizando, y que la propia ley prevé para la inaplicación en el mismo art. 82.3 ET. Me refiero a la referencia que se hace en precepto legal cuando expresamente establece que «(…) el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa».

El precepto es claro. No obstante, no parece que haya habido ninguna inaplicación que se haya paralizado por esta cuestión. Y como digo resulta sorprendente. En un país al que Europa le obliga a cambiar la forma de cotizar a tiempo parcial por ser constitutiva de una discriminación indirecta de género[56]; en el que la segregación horizontal y vertical en el mercado de trabajo se da tanto en el sector privado como público[57]; y en el que existe una brecha salarial que según quien la analice varia del 25 al 30%, sorprende, como poco, que todas las inaplicaciones de convenio que

[56] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012.

[57] Entre otros muchos, Cáceres Ruiz, J.I., «La segregación ocupacional y sectorial en el mercado de trabajo español».

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

se han realizado sea consecuentes con las medidas previstas en el plan de igualdad o no contrarias a las medidas reguladas en convenio «relativas a la eliminación de las discriminaciones de género». Como digo, no deja de resultar llamativo.

Por otra parte, el art. 84.2 ET establece la preferencia aplicativa del convenio de empresa en «f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal». Y es lógico que sea así. Ya he dicho que la propia LOI considera que son cuestiones que se deben negociar en el marco de la empresa.

Con todo, dos advertencias: la primera, que conciliación de la vida laboral, familiar y personal, debiera ser algo más que medidas de cuidado a otros. Y segundo, que incluso la regulación de las medidas de cuidado, si se negocian o renegocian con eficacia aplicativa en el ámbito de la empresa, se deben fijar desde la corresponsabilidad. No hay que olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico las medidas de conciliación se suelen enmarcan en las medidas antidiscriminatorias, de hecho se empiezan a reconocer por eso, por la transposición de la Directivas de carácter antidiscriminatorio[58], de donde sigue que esta preferencia aplicativa de las medidas de conciliación que puede hacerse en la empresa no puede descontextualizar la necesidad de garantizar las medidas de conciliación sin dejar al margen la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Y si se prevén medidas de conciliación aisladamente y sin tener en cuenta la corresponsabilidad en su disfrute, las medidas pactadas podrían ser constitutivas de una discriminación indirecta por razón de sexo en caso de generar sin justificación efectos perversos y discriminatorios en la carrera profesional de las mujeres y no en la de los hombres.

Así que, conciliación sí, pero desde la corresponsabilidad. Se negocien en un convenio sectorial, en un plan de igualdad o en un convenio de empresa con preferencia aplicativa en los términos del art. 84.2 ET.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, a modo de recapitulación, me interesa concluir con la síntesis de las siguientes ideas:

---

[58] Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, según exposición de motivos se produjo por la Ley 39/1999. De hecho, la primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

MINISTERIO DE TRABAJO Y INMIGRACIÓN / MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN / MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1ª. Todo este estudio parte de la doble relación entre legislación y negociación colectiva: la que tiene que ver con las modificaciones que a la estructura, articulación y duración de la negociación colectiva se produjo con la entrada en vigor de la Ley 3/2012; y la de contenido o materias a tratar que, obviamente, se enmarcan en ese contexto complejo a partir del cual se fijan los criterios objetivos que llevan a abordar el tratamiento de unos temas y no de otros.

2ª. Así, en primer lugar, y por lo que tiene que ver con las reglas de negociación, se han determinado los aspectos más relevantes de aquello que supone la inaplicación en los términos del art. 82.3 ET; la preferencia del convenio de empresa en los términos del art. 84.2 ET y la ultraactividad convencional. Una vez subrayada que la transcendencia de esta última medida ha sido atemperada por la interpretación de los tribunales, me interesa resaltar que la inaplicación ex art. 82.3 ET es causal pero se puede pactar con una comisión ad hoc que legalmente no ostenta la consideración de representación legal o sindical de los trabajadores.

Por el contrario, la preferencia aplicativa del convenio de empresa en los términos del art. 84.2 ET si bien siempre supone la intervención y el acuerdo de aquellos que legalmente sí son representantes, no precisa concurrencia de causa.

3ª. Lo anterior, especialmente, el acercamiento a la empresa que se deduce de la interpretación sistemática de los procedimientos regulados en los arts. 82.3 ET y 84.2 ET entiendo que debe llevar a la negociación sectorial a plantearse cual es su papel en este momento y cual se prevé que puede ser en un futuro próximo. Así la falta de protección especial de los trabajadores que conforman la comisión ad hoc; la concurrencia desleal que entre empresarios se puede producir por el art. 82.3 ET y 84.2. ET; la conveniencia o no de distinguir en el tratamiento de ciertas cuestiones en función de las características de las empresas afectadas por el convenio; posibles elecciones abusivas con la única pretensión de tener unos representantes de los trabajadores a fin de negociar ex. art. 84.2 ET, o la competencia desleal de algunas empresas multiservicios son también cuestiones que se han considerado, siquiera brevemente, entre las consecuencias sobre las que reflexionar tras la modificación de la estructura de la negociación colectiva producida especialmente por la Ley 3/2012.

4ª. Determinado lo anterior y en función de, de un lado, lo que fijan los preceptos legales; y, de otro, lo que constituye base esencial del derecho laboral, entiendo que todo convenio colectivo, como reto actual y de futuro inmediato debe abordar el tratamiento de las siguientes medidas: a) contratación; b) flexibilidad interna; c) causas de incumplimiento contractual y despido; d) medidas en favor de la igualdad entre mujeres y hombres y frente a la erradicación de la discriminación por razón de género.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

a) Al respecto de la contratación, entiendo de vital importancia determinar con claridad y precisión las causas de los contratos temporales en cada sector y/o empresa en cuestión; el posible incremento de duración en los términos fijados por la norma; y también, como no, valorar la posibilidad de regular la indemnización por extinción del contrato de interinidad en aras a la seguridad jurídica. Todo ello siendo consciente que en relación con el objeto contractual, la determinación de la causa que en cada caso puede dar derecho a concertar un contrato de obra o eventual puede tener prioridad aplicativa lo que se regule en el convenio de empresa ex. art. 84.2 ET.

b) En relación con las medidas de flexibilidad interna en aras de respetar los límites de espacio y tiempo he tenido que dejar al margen de este trabajo cuestiones de indudable interés como la cesión ilegal, las contratas, la transmisión y sus efectos en la reversión a la gestión pública de ciertas concesiones, etc.

Por el contrario, me he centrado en tres materias contractuales básicas: las funciones, el tiempo de trabajo y la retribución.

Al respecto de todas y cada una de estas cuestiones me he detenido en analizar qué se debería regular en el convenio colectivo según mandato legal y cuanto de lo regulado puede ser objeto de inaplicación ex art. 82.3 ET o modificable por ser de preferente aplicación lo negociado a nivel de empresa ex. art. 84.2. ET

Es relevante, en ese sentido, que es materia de preferente aplicación ex. art. 84.2 ET la adaptación del sistema de clasificación profesional en la empresa, lo que no parece dar posibilidades de innovar a nivel de empresa lo pactado en ámbitos superiores, sino solo adaptarlo.

Igualmente es importante señalar que en materia de tiempo de trabajo la jornada no resulte de relevante aplicación en caso de que se negocie en convenio de empresa frente al convenio del sector. No obstante, pese a que la jornada como digo no es de aplicación preferente ex. art. 84.2 ET sí que puede ser objeto de inaplicación en la empresa. Pero al menos para eso se requiere concurrencia de causa en los términos del art. 83.2 ET.

El horario, la distribución del tiempo de trabajo y el sistema de trabajo a turnos puede ser objeto de inaplicación ex. art. 82.3 ET y de aplicación preferente cuando se regule en convenio de empresa en aplicación del art. 84.2 ET.

La decisión de si las horas extras se abonan o se compensan, también es materia de preferencia aplicativa, y lo mismo cabe decir de la planificación de las vacaciones. Ambas materias están señaladas en el art. 84.2 ET entre las que resultan de aplicación prevalente cuando se negocian en el convenio de empresa.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES

Respecto de la retribución puede afirmarse algo similar: la estructura se puede inaplicar ex. art. 82.3 ET pero no existe preferencia aplicativa a este respecto ex. art. 84.2 ET. La cuantía, tanto del salario base como de los complementos puede ser objeto tanto del procedimiento del art. 82.3 ET como del art. 84.2 ET

Las mejoras en materia complementaria de la seguridad social, son la única percepción extrasalarial modificable. Y lo es por el art. 82.3 ET y no 84.2 ET.

Al respecto de funciones, tiempo y salario, además, se ha entendido que por contractualización forman parte del estatus jurídico del trabajador y que no se verán afectadas aunque transcurrido el año desde la denuncia del convenio sin que este regule otra cosa, pierda vigencia el convenio sin existir convenio superior aplicable.

c) Por otra parte, y en otro orden de cosas, he querido reivindicar la necesidad de que se regule en aras a mayor claridad y seguridad jurídica ciertas conductas en la empresa, a fin de que se pueda clarificar que conductas son o no constitutivas de infracción y que incumplimiento, efectivamente por serlo de forma muy grave, puede derivar en un despido disciplinario.

Sin olvidar, a este respecto, lo provechoso que para ambas partes de la relación laboral resultaría negociar un protocolo de acoso, no solo sexual o por razón de sexo, sino del acoso laboral en general. Cumpliendo así el empleador con el art. 49 LOI y el art. 14 LPRL. Y garantizando al acosador que sus actos no quedan impunes; y a la víctima que la tutela efectiva a la que tiene derecho se materializa en algo más que la extinción indemnizada de su contrato.

d) Y ya para concluir, y a modo de cuestión transversal a tener siempre en cuenta en la negociación colectiva me he referido a la necesidad de tener presente la obligación de negociar cuanto sea posible en aras de «respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral» ex. art. 45.1 LOI. Teniendo en cuenta, además, que todo lo que se negocie en ese sentido, constituye un límite imperativo a la posibilidad de inaplicar el convenio.

Todo ello sin olvidar, asimismo, que si bien continua teniendo preferencia aplicativa en materia de conciliación lo que se negocie en la empresa ex. art. 84.2 ET, la conciliación para no ser discriminatoria debe abordarse desde la corresponsabilidad y no como un conjunto de medidas diseñadas para la mujer trabajadora habida cuenta los efectos perversos y discriminatorios que ello puede generarle como trabajadora.

5ª. Lo anterior, en fin, se ha realizado desde la pretensión de reflexionar en voz alta a propósito de algunas de las muchas cuestiones que

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

resulta de interés que se aborden en la negociación colectiva. El criterio de la oportunidad temporal y legal me ha llevado a realizar un tratamiento selectivo que aunque he intentado objetivar tiene una clara connotación subjetiva.

Evidentemente, otros muchos temas me resultan de interés. Pero creo que al menos los que aquí abordo, por el bien fundamentalmente de la seguridad jurídica en la relación ley-convenio, deben tenerse en cuenta en cualquier negociación colectiva. Presumiendo como tal, la de eficacia jurídica normativa y eficacia personal absoluta o erga omnes[59].

Muchas gracias.

[59] He dejado al margen el art. 41 ET, que prevé modificaciones en la negociación extraestatutaria de eficacia jurídica contractual y personal limitada. Al respecto de este último, como se ha dicho, puede verse Alfonso Mellado, C.L. y Fabregat Monfort, G., (2015) Negociación en la empresa, cit., y toda a bibliografía que allí se cita.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Segunda Ponencia
EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. CONTENIDOS A AFRONTAR, APARICIÓN DE NUEVAS ACTIVIDADES Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO*

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla**

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

---

* Este trabajo tiene su origen en la intervención de su autor en la XXX Jornada de estudio sobre negociación colectiva de la CCNCC, celebrada en Madrid el 26 de octubre de 2017. Mantiene el tono general de la intervención, completado con un mínimo paquete de notas.

** Grupo de Investigación PAI SEJ-322; Este capítulo de libro es un resultado científico del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R, «Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico».

«De cara al futuro, una mayor diversidad de las modalidades de organización del trabajo, los cambios en las estrategias de gestión empresarial y el surgimiento de redes de producción de ámbito mundial representan desafíos para las relaciones laborales organizadas y la negociación colectiva».

OIT, «El futuro del trabajo Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo», 2017

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN

2. ¿PARA QUÉ SIRVE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

3. NUEVOS CONTENIDOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
   3.1. La regulación de nuevas funciones en las empresas
   3.2. Responsabilidad social y sostenibilidad

4. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y NUEVAS ACTIVIDADES
   4.1. El teletrabajo
   4.2. El Smart Working
   4.3. El trabajo en plataformas

5. ¿QUÉ PODEMOS ESPERAR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

1. PRESENTACIÓN

En una fecha tan señalada como ésta en la que se celebran las trigésimas jornadas de estudio sobre negociación colectiva he sido invitado a participar aportando una ponencia sobre un tema sumamente interesante, pero también difícil. Se me ha pedido que intervenga reflexionando sobre el papel de la negociación colectiva frente a nuevas actividades y nuevas formas de trabajo, así como los nuevos contenidos que ésta está llamada a tener ante las transformaciones que está experimentando el mercado de trabajo. Todas estas cuestiones comparten un aspecto, su relación con las últimas tendencias y con el futuro de la economía, la sociedad y las relaciones laborales. Tienen que ver con las tendencias en el trabajo; tienen que ver con el futuro.

La elección del tema es oportuna. A estas alturas del siglo XXI el debate central en el mundo de las relaciones laborales se está produciendo precisamente en relación con el futuro del trabajo. Así ha llamado la Organización Internacional del Trabajo a la iniciativa que ha adoptado con motivo de su primer centenario como organización, diseñado como un «espacio para reflexionar acerca de los grandes retos que nos esperan y sobre cómo pueden la OIT y sus Estados Miembros responder a dichos retos de la mejor manera y desarrollar el futuro que queremos»[1]. Aparecen nuevas formas de trabajar, se transforman las que ya existían y hay un alto nivel de consenso en que afrontamos un nivel de cambios que pueden considerarse disruptivos principal, aunque no exclusivamente, por los desarrollos en la tecnología. Habrá en estas jornadas una sesión monográfica sobre la incidencia de las nuevas tecnologías en la Negociación colectiva», por lo que no entraré mucho en este aspecto.

Estudiar el futuro del trabajo es estudiar el futuro de la negociación colectiva, porque ni es posible pensar en un escenario en el que ésta no tenga un papel; ni es tampoco aceptable entender que las innovaciones en

[1] G. Ryder, «Prólogo», OIT, «El futuro del trabajo Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo», 2017.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

el trabajo puedan no afectar a la forma en que éste es ordenado por sus propios protagonistas. Debemos partir de la presencia y del protagonismo de este producto de las relaciones laborales en el futuro, aunque adaptado a lo que la forma de trabajar pueda haber cambiado en éste. Adaptación que se producirá como consecuencia de una pluralidad de factores: la propia dinámica negocial, fruto de las estrategias de sus protagonistas; reactividad ante cambios en el sistema productivo y en la población trabajadora; influencias externas, principalmente a través de cambios en la legislación que la regula. De esto precisamente es de lo que tratará mi ponencia, de estudiar qué papel puede representar en un escenario que se adivina profundamente diferente.

El tema es, como he dicho, difícil. Siempre lo es cuando se trata de adoptar una perspectiva de futuro. Es, a la vez, un tema muy abierto, que me permite ser también creativo en mi análisis, tanto en la selección de las materias a estudiar, como en el tratamiento que le dé a estas. Intentaré serlo dentro de un orden, pero ya anuncio que hay mucho personal, de mi experiencia en el estudio de esta institución y en mis opiniones al respecto. Tendré en cuenta también, finalmente, las otras dos ponencias de esta jornada, definiendo mis temas por exclusión de éstas para evitar solapamientos.

Para el desarrollo de este trabajo comenzaré trabajando con dos ideas generales, antes de bajar a aspectos más concretos: ¿Para qué sirve la negociación colectiva? Y ¿Cuál es la relación entre la negociación colectiva y el cambio en las relaciones laborales?.

2. ¿PARA QUÉ SIRVE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Responder a la cuestión de cuál debe ser el papel de la negociación colectiva supone antes que nada identificar para qué sirve, cuál es su función en el sistema de relaciones laborales y en el ordenamiento jurídico del trabajo. Esta tarea resulta especialmente complicada por una pluralidad de razones, muchas de las cuales tienen que ver con la propia complejidad de la institución. Se trata, en efecto de una realidad que presenta un alto grado de diversidad. Aunque en el contexto de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos parece adecuado identificar ésta con los procesos de elaboración de un instrumento normativo típico, el convenio colectivo llamado estatutario, lo cierto es que esta denominación puede denotar a una gran cantidad de procesos y de productos, resultados todos ellos de la interacción de representantes de trabajadores y empresarios para la defensa de sus intereses respectivos. Al margen de los convenios propiamente dichos, podemos ubicar diversos tipos de pactos de empresa, de acuerdos que resultan de procesos de consulta tipificados en el Estatuto de los Trabajadores, de pactos de fin de huelga. Todos ellos comparten la naturaleza de los convenios, la de ser

el resultado de la autonomía colectiva con la vocación de ordenar las relaciones entre los sujetos que los firman.

Incluso si nos ceñimos a los convenios stricto sensu, estatutarios y extraestatutarios, podemos encontrar que algunos desempeñan unas funciones que están ausentes en otros. Quizás el mayor factor de diversificación desde este punto de vista lo marque el ámbito de la norma convencional: si es de empresa se afrontan necesidades específicas de ésta cuyo tratamiento suele estar ausentes en los sectoriales, conteniendo una regulación de la organización del personal; en el sectorial, por el contrario, se produce una ordenación del mercado de trabajo en el sector de actividad que no encontramos en los de ámbito inferior.

Finalmente, puede señalarse que las normas colectivas varían también a lo largo del tiempo, desempeñando funciones que no coinciden en cada momento. Es indudable que en el largo plazo se ha producido un claro incremento de sus contenidos, y con ello también del papel que desempeñan en la ordenación de las relaciones laborales. Un ejemplo reciente es la novedad, operada por la Ley Orgánica 7/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que ha supuesto atribuir a los convenios el protagonismo en la fijación de medidas para asegurar este derecho fundamental en las empresas, sustituyendo incluso a los planes de igualdad. Desde un punto de vista distinto, las reformas de la crisis financiera mundial han impuesto unas reformas generalizadas del Derecho colectivo en toda Europea destinadas, entre otras cosas, a facilitar la reducción de costes salariales en las empresas mediante la primacía de este nivel de negociación[2].

A pesar de estos factores de diversidad y de cambio se puede intentar identificar algunas funciones tradicionalmente desempeñadas por estas normas paccionadas, que siguen estando presentes en nuestra realidad laboral

— Fijar precio del salario, su función original y que todavía resulta central en estos momentos

— Regular la competencia en el mercado de trabajo, fijando no sólo el precio sino también las condiciones en que se puede ofrecer y contratar la mano de obra en cada sector de actividad

— Ordenar las relaciones laborales, estableciendo el mapa de las unidades de negociación y, como consecuencia de esto, identificando a los sujetos negociadores de cada una

[2] Nos hemos ocupado de esta cuestión en nuestro trabajo Calvo Gallego & Rodríguez-Piñero Royo, «Las recientes reformas laborales como instrumento de política económica y su impacto sobre algunas condiciones ligadas a la pobreza del trabajo», en AA.VV., «Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo», Laborum, Murcia, 2017, pg.221.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

— Mapear la plantilla, estableciendo la clasificación profesional que distribuirá a los trabajadores de acuerdo con su competencia profesional y funciones

— Diseñar las carreras profesionales de estas personas

— Fijar las condiciones en que prestarán sus servicios

— Procedimentalizar y protocolizar la gestión de recursos humanos

— Adecuar la normativa general, legal y convencional, a las particularidades de cada empresa

Junto a todas éstas existe una función, pocas veces explicitada, que surge ante la necesidad de dar respuesta a problemas novedosos en las relaciones laborales y en la gestión de trabajadores. Aunque como se ha dicho rara vez se menciona expresamente, es recurrente cada vez que se identifica una obsolescencia normativa, un tema complejo sin una solución adecuada. Cuando aparece un nuevo problema laboral, se tiende a mirar a la negociación para que lo resuelva. Se trata de una función que puede calificarse como prelegislativa, y que hay que entenderla en el contexto de los procesos de transformación de las relaciones laborales y del mercado de trabajo, que requieren soluciones a medida que se van produciendo sin que la legislación laboral esté en condiciones de producir respuestas al ritmo requerido.

En el mundo del Derecho operan diversos mecanismos para solucionar las situaciones de lagunas del Derecho y de obsolescencia normativa, en los que los jueces tienen un marcado protagonismo, con la colaboración de la doctrina científica. En el ámbito específico del Derecho del Trabajo se dispone de uno propio y exclusivo, que es la existencia de un conjunto de normas producto de la autonomía colectiva, que se produce de manera difusa y continuada. La existencia de normas de vigencia temporal limitada, con ámbitos de aplicación sectorializados, permite un grado de reacción y de adaptación a los que la norma legal no puede llegar. Reactividad y adaptabilidad se predican como virtudes de unas normas tan peculiares como éstas. Y son éstas características que salen a la luz cuando se identifican carencias en el ordenamiento laboral vigente.

Existe de esta manera una tendencia a atribuir a los convenios la función de dar respuesta a estas situaciones, incluyendo entre sus papeles tradicionales éste de anteceder a la legislación. Los ejemplos son numerosos. Al hacer esto se están aceptando implícitamente algunas asunciones: que las fuentes de regulación son, de alguna manera, sustituibles, y que por tanto el convenio puede hacer lo que la ley debiera; y que ante estos fenómenos va a haber una autorregulación colectiva antes de la actuación del legislador laboral.

Es indudable que muchas veces la legislación laboral no responde como se requiere cuando se transforma el trabajo, lo que no deja de ser paradójico en un sector del ordenamiento sujeto a procesos continuos

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

de reforma. Teniendo un ritmo de producción como pocos sectores del ordenamiento jurídico, esto no se traduce en una verdadera evolución de sus contenidos y soluciones, de tal modo que en muchas ocasiones no refleja las nuevas realidades, con obsolescencias crónicas. Pero quizás resulte aventurado concluir que las fuentes colectivas, por su naturaleza y dinámica, están a salvo de este problema. Al menos en España no parecen estarlo, habida cuenta de la crítica crónica que reciben en los debates laborales.

Debemos plantearnos el vínculo entre la negociación colectiva y los cambios en la forma de trabajar, en lo que sería una manifestación más de una cuestión clásica en el mundo del Derecho: si éste es el motor o el reflejo de los cambios sociales. Con nuestra institución se plantea también, aunque el papel de motor de cambios parece debilitado en los últimos años, en los que nos conformamos con que esté actualizada. Más que valorar su capacidad para generar cambios, nos centramos en comprobar si es capaz de reaccionar frente a los que se producen en su entorno. Consideramos la adaptabilidad como requisito de validez para un convenio colectivo, y la atribución de mayores espacios de regulación a éste se justifica precisamente por la voluntad de incrementar la capacidad de las empresas de acomodarse a su entorno. El convenio se pretende «taylored to fit», como un traje a la medida ajustable en cada momento. Lo dicen las partes firmantes del III AENC: «la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las Organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas…».

El verdadero problema que tenemos es el nivel de transformación que están experimentando los mercados de trabajo contemporáneos, en los que están cambiando muchas cosas a ritmos sin precedentes. Fenómenos como la globalización, la cuarta revolución industrial o la llegada a edad laboral de nuevas generaciones están afectando al mercado de trabajo, al tipo de organización en que se trabaja, y a la forma misma en que trabajamos. Como indica la Comisión Europea, «la vida laboral se está transformando radicalmente por el efecto combinado del progreso tecnológico, de la globalización y de la expansión del sector de los servicios. De hecho, sectores enteros de la economía están siendo reconfigurados mediante la economía colaborativa y las plataformas en línea. La mano de obra debe hacer frente a un ritmo de cambio acelerado para adquirir nuevas competencias, ajustarse a nuevos modelos de negocios o adaptarse a las cambiantes preferencias de los consumidores»[3].

[3] Comisión Europea, «Documento de reflexión sobre la Dimensión Social de Europa», Bruselas, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2017, pg.17; accesible en file:///C:/Users/usuario/Desktop/reflection-paper-social-dimension-europe_es%20(1).pdf

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Ante esto debemos hacernos varias preguntas: ¿Qué negociación colectiva necesitamos para esta nueva realidad? ¿Tiene un papel en ésta? ¿Puede sustituir a una ley laboral que parece haber perdido el paso ante este cúmulo de transformaciones?

Resulta curioso constatar cómo, a pesar de la función prelegislativa que se atribuye a la negociación colectiva, ésta no está teniendo mucha presencia, al menos en esta fase de los debates sobre el impacto laboral de las transformaciones económicas y tecnológicas. En la cuarta revolución industrial no aparece como factor de cambio, y sí como objeto de éste, necesitado de adaptación ante lo que ésta está suponiendo para el trabajo.

Mi punto de partida, que actuará como hipótesis de trabajo, es que la institución que analizo tiene, a pesar de todo, una capacidad de adaptación a los cambios en la realidad que regula, una reactividad que puede considerarse, por la forma y el ritmo en que se genera, una de sus principales señas de identidad y una ventaja a la vez frente a otros mecanismos de producción normativa presentes en el Derecho del Trabajo. Que esta capacidad de reacción resulte suficiente es otra cosa.

3. NUEVOS CONTENIDOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Partiendo de la existencia de un cierto grado de reactividad en la negociación colectica, como uno de sus elementos distintivos en cuanto fuente del Derecho, cabría plantearse qué podemos esperar de esta característica en tiempos de cambios profundos en el mundo del trabajo. Es lógico pensar que se traduzca en una capacidad de dar respuesta a diversos factores, como las necesidades empresariales, las demandas de los trabajadores, los cambios legislativos, los nuevos problemas en el mercado de trabajo… De esta manera, para identificar los nuevos contenidos negociales debemos manejar dos parámetros: por un lado, la existencia de situaciones de obsolescencia o vacío normativo, de problemas en las relaciones laborales carentes de un tratamiento adecuado en el mix regulatorio laboral; por otro, la presencia de demandas de las partes negociadoras de los convenios, que pretendan ver satisfechas mediante su inclusión en éstos. De todos los temas posibles me centraré en analizar algunos que considero especialmente sugerentes, y que deben ser considerados únicamente como estudios de caso.

3.1. La regulación de nuevas funciones en las empresas

Una de las funciones que están adquiriendo una mayor importancia en la empresa del siglo XXI es la de asegurar el cumplimiento normativo por parte de éstas, en un marco regulatorio complejo y en el que los escándalos empresariales se han multiplicado.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

El compliance se constituye como una función independiente dentro de la empresa, que requiere de una estructura organizativa propia y de unos profesionales especializados, preparados para desarrollar unas tareas complejas y delicadas. La World Compliance Association la define como «un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos».

El origen del actual interés por éste se inicia, al menos en el sector privado, con la extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Para evitarla el apartado 2º del artículo 31bis señala la forma en que se podrá eludir esta responsabilidad de la persona jurídica, indicando que «si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen una serie de condiciones». Una de ellas es que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado eficazmente «modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión»; antes de la comisión del delito, obviamente. Otra, que este modelo de prevención sea supervisado en su funcionamiento y cumplimiento por un «órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica»[4]. De esta manera, la verificación del respeto a las obligaciones legales de la organización debe realizarse de una manera sistemática, cumpliendo unos estándares muy exigentes de eficacia involucrando a toda la entidad.

En la práctica de las empresas esta previsión se pone en práctica mediante el nombramiento de responsables de cumplimiento o «compliance officers», quienes concentran las responsabilidades fundamentales y desempeñan las principales tareas, para lo que necesitan de un estatus jurídico adecuado tanto en cuanto a competencias como en lo que se refiere a las garantías necesarias para poder actuar con independencia.

El artículo 31 bis desarrolla en su apartado 5º los requisitos que deben cumplir estos modelos de prevención para que puedan producir este efecto de impedir la existencia de la responsabilidad jurídica de la organización:

[4] Otros requisitos fijados por el legislador penal son que «los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención» y que «no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª».

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL · SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

La vinculación entre el cumplimiento normativo y las relaciones laborales se produce a varios niveles, cada uno de los cuales debe tener su reflejo en el marco convencional de la empresa[5]. Tenemos, por un lado, el cumplimiento de las normas laborales, tanto estatales como convencionales[6]. Desde este punto de vista se trata de una parte de la actividad genérica del cumplimiento normativo, caracterizada por el tipo de normativa que se aplica. Se habla así de un «compliance laboral», que sería la prevención y gestión del riesgo normativo en el ámbito laboral; o, en sentido más estricto, la vinculación entre la prevención de delitos y las relaciones laborales[7].

No es una práctica nueva, sino que ha estado presente tradicionalmente en nuestra práctica laboral como parte muy relevante del análisis de la

[5] En general sobre esta cuestión J. L. Goñi Sein, «Programas de cumplimiento empresarial («compliance programs»): aspectos laborales», en AA.VV., «Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal», Madrid: Edisofer, 2014, pg.367. Muy reciente es el trabajo de C. de la Torre García, «Las 10 tendencias de Compliance laboral en 2018», accesible en su Blog personal dentro del portal de la Fundación FIDE, https://www.fidefundacion.es/Las-10-tendencias-de-Compliance-laboral-en-2018-I-II-por-Carlos-de-la-Torre-Garcia_a674.html.

[6] Desde esta perspectiva V. Gómez Martín, «Compliance» y derechos de los trabajadores», en AA.VV., «Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal», Madrid: Edisofer, 2014, pg.421.

[7] Así lo entiende I. Estaban Ros, «Prevención de delitos (o compliance) y relaciones laborales», Blog Laboral Garrigues; publicado el 16 de febrero de 2017. Accesible en http://bloglaboral.garrigues.com/prevención-de-delitos-o-compliance-y-relaciones-laborales. Visitado el 10 de octubre de 2017.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

situación de una empresa que supone la *due dilligence*; y, con su propia autonomía, dentro de lo que se conoce como autoría laboral. La idea es la misma, la de comprobar que se cumplen todas las obligaciones impuestas por la normativa laboral y detectar cualquier conducta en el ámbito de los recursos humanos que pudiera hacer surgir responsabilidades. En esta primera vertiente el convenio colectivo es, antes que nada, criterio de validez de las prácticas de la empresa, y se buscan posibles incumplimientos de éste. Pero también es posible adoptar un enfoque más amplio, y que el mismo convenio establezca canales de control de cumplimiento, tanto de sus mismas disposiciones como de cualquier otra que resulte aplicable. Teniendo en cuenta la naturaleza de la norma pactada, se trataría sobre todo de involucrar a los representantes de los trabajadores y a éstos mismos en esta tarea. Un función de compliance bien diseñada debe utilizar la totalidad de los recursos a disposición de la empresa, e involucrar a todos sus empleados es la manera más eficiente de detectar y evitar incumplimientos.

Para los representantes de los trabajadores esta incorporación debe hacerse extendiendo sus competencias y fortaleciendo sus garantías, pero también involucrándolos en los canales de control diseñados desde la dirección, convirtiéndoles incluso en interlocutores primarios para la presentación de reclamaciones por la plantilla. El espacio propio para diseñar estas funciones es el convenio, que en España suele tener un capítulo propio sobre la representación del personal, detallando sus prerrogativas y funciones, en el que queda mucho espacio de desarrollo.

El papel de los trabajadores en el control del cumplimiento normativo puede ser muy relevante, y así se comprueba del análisis de los programas de compliance aplicados en las empresas[8]. Es común en éstos la previsión de mecanismos de denuncia de incumplimientos por parte de los mismos trabajadores, acompañados de mecanismos de protección frente a posibles represalias e incluso de incentivos para premiar la colaboración[9]. Más aun, es posible imponer verdaderas obligaciones de hacerlo,

[8] De la misma opinión son R. Rojas, E. Moraleja & R. Gutiérrez Arranz, «La participación del trabajador, herramienta clave en Compliance»; Blog El Derecho.com; accesible en http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/participacion-trabajador-herramienta-clave-Compliance_11_1111180001.html; colgado el 17 de julio de 2017; visitado el 2 de enero de 2018.

[9] Entre otros, R. Ragués I Vallès, «El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: «whistleblowing» interno vs. «whistleblowing» externo», en AA.VV, «Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal», Madrid: Edisofer, 2014, pg.459; y R. Rojas Rosco, «Los canales de denuncia interna (whistleblowing) en el ámbito laboral», Blog El Derecho.com, accesible en http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Canales-denuncia-interna-whistleblowing-compliance-laboral_11_1055680001.html; disponible el 14 de febrero de 2016, visitado el 15 de diciembre de 2017.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

cuando se tenga conocimiento de irregularidades en el funcionamiento de la empresa o en la actuación de sus empleados o directivos. El mismo artículo 31bis.5 CP señala que los modelos de organización y gestión establecidos para prevenir delitos «impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención». Obligación que corresponde, es claro, a los empleados de la empresa. De nuevo es el convenio el lugar oportuno para regular aquéllos canales y estas garantías, diseñando una especie de estatus especial para el empleado denunciante que además de protegerlo incentive su participación en esta relevante función empresarial.

En una segunda perspectiva, el cumplimiento normativo exige de unos profesionales especializados encargados de la puesta en práctica de los programas exigidos por la legislación penal. Como se ha visto, el Código Penal exige para que el modelo de prevención cumpla su función que éste sea supervisado por un órgano de la persona jurídica que debe cumplir alternativamente uno de dos requisitos: tener atribuidos poderes autónomos de iniciativa y de control; o tener legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. La norma UNE-ISO 19600 contiene algunas directrices para el llamado Compliance Officer. Desde una perspectiva laboral los responsables de esta función en la empresa serán empleados de ésta, a los que se debe investir no sólo de importantes poderes, sino que también deben ser dotados de un adecuado estándar jurídico que les permita desarrollar su función[10].

Disponemos de claros antecedentes que pueden guiar esta tarea, puesto que los convenios colectivos vienen estableciendo desde hace tiempo estatutos jurídicos especialmente protectores para algunos trabajadores a los que se asignan funciones especiales. Éste es el caso de los representantes legales de los trabajadores, unitarios y sindicales, y también el de los que desempeñan funciones legalmente previstas en materia preventiva. Respecto de todos éstos se prevén garantías y prerrogativas muy eficientes, en algunos casos inspiradas en las establecidas por el legislador laboral, en otros de propia creación. Su utilización respecto de los responsables de cumplimiento normativo parece una opción natural.

Una tercera perspectiva importante en relación con el cumplimiento normativo es la existencia de un régimen disciplinario que fortalezca los mecanismos de control y denuncia establecidos por la empresa. De

[10] En extenso R. Rojas Rosco, «Labour Compliance: Hacia el nuevo Estatuto Laboral del Compliance Officer», blog El Derecho.com, accesible en http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Labour-Compliance-Estatuto-Laboral-Compliance-Officer_11_1024180002.html; colgado el 26 de noviembre de 2016; visitado el 15 de diciembre de 2017.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

acuerdo con el artículo 31bis.5 del Código Penal, para que éstos cumplan su función de evitar la responsabilidad empresarial deberán establecer «un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo». Esto es, tipificar infracciones específicas que se aplicarán cuando los empleados incumplan sus deberes en esta materia. Éstos serán principalmente de vigilancia y denuncia, pero cabe pensar en otros como la represalia de los denunciantes por sus superiores. En general todo el aparato sancionador de la empresa debe disuadir del incumplimiento de las obligaciones legales de la empresa mediante la sanción de éste cuando se produzca.

En este caso el papel del convenio no es sólo relevante sino que resulta indispensable, ya que de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores el régimen disciplinario en la empresa debe estar recogido necesariamente en una norma acordada. No puede haber sanciones en la empresa sin un convenio que las prevea, excluyendo la tipificación del poder disciplinario en la empresa de su ámbito de decisión unilateral.

Como se ha podido ver, la negociación colectiva debe tener un papel importante en el desarrollo de la función de cumplimiento normativo en las empresas, en distintos niveles. No parece, sin embargo, que hasta el momento ésta se haya desempeñado efectivamente. Esto puede explicarse por lo reciente de su desarrollo en España, al menos en su versión actual. También, seguramente, por el modelo de programa de cumplimiento que se está utilizando en España, en el que no se ha desarrollado el papel de los representantes de los trabajadores, tanto en cuanto garantes de la legalidad como en su papel de sujetos negociadores.

Una reflexión parecida puede hacerse en relación con otra obligación legal impuesta a las empresas por un cambio legislativo reciente. En este caso la norma que puede imponer nuevos contenidos a la negociación es el Reglamento (UE) 2016/679, conocido como Reglamento general de protección de datos[11]. Aparte de otras muchas consecuencias sobre las relaciones laborales, se puede indicar la importancia que tiene el establecimiento de la obligación de las empresas de designar, junto al responsable y al encargado del tratamiento, un delegado de protección de datos en determinados casos (artículo 37)[12].

---

[11] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

[12] Según el apartado 1º de este artículo 37 RGPD el responsable y el encargado del tratamiento designarán un delegado de protección de datos en tres casos: cuando el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; cuando las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Este delegado de protección de datos será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos y a su capacidad para desempeñar las funciones previstas en el RGPD. Y se prevé que podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios. Es posible, por tanto, que el delegado de protección sea un trabajador dependiente de la empresa en la que presta sus servicios, previéndose además, que en este caso pueda desempeñar otras funciones y cometidos[13].

Pues bien, el artículo 38 RGPD recoge una serie de indicaciones respecto de la «posición del delegado de protección de datos», dirigida a garantizar que pueda cumplir su función de manera adecuada, libre de injerencias de la dirección: participación «de forma adecuada y en tiempo oportuno» en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales; respaldo del responsable y el encargado del tratamiento; disposición los recursos necesarios para el desempeño de sus funciones; acceso a los datos personales y a las operaciones de tratamiento; mantenimiento de sus conocimientos especializados; accesibilidad por los interesados…

En particular, el apartado 3º del artículo 38 dispone que el responsable y el encargado del tratamiento «garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones». También se prevé que este empleador «no será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones».

Existe en España la tendencia a considerar a las personas que ejercitan responsabilidades relevantes como personal fuera de convenio, por considerarlos más cercanos a la empresa que al estatus ordinario de empleado de ésta[14]. Esta especial vinculación haría innecesaria la tutela colectiva de sus condiciones laborales; además de generar un conflicto de intereses cuando los de la empresa y los de su plantilla no coincidieran.

---

interesados a gran escala, o cuando las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales.

[13] En tal caso el artículo 38.6 RGPD obliga al responsable o encargado del tratamiento a garantizar que dichas funciones y cometidos no den lugar a conflicto de intereses.

[14] Es algo parecido a lo que ocurre en materia de elecciones sindicales, dónde el artículo 16 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, excluye del derecho al sufragio activo y pasivo, y por tanto del censo electoral, al personal con contrato de alta dirección. En la práctica se está dando una interpretación extensiva a esta disposición, de manera bastante discutible, considerando excluido del sufragio a cualquier persona que ostente poderes de la empresa, con independencia del tipo de relación laboral (ordinaria o especial) que mantenga con la empresa.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

La realidad es que el convenio puede ser el lugar idóneo para diseñar un estatuto jurídico propio para algunas posiciones críticas dentro de la empresa, impuestas por la legislación estatal o unioneuropea, creando el marco que permita a estas personas actuar con seguridad y autonomía; elementos éstos indispensables para que puedan desempeñar sus responsabilidades adecuadamente. Es en éste nivel de regulación dónde deben articularse los derechos, inmunidades y garantías que requieren; y donde debe diseñarse el aparato sancionador que asegure la aplicación de las reglas de compliance normativo, protección de datos y demás que la empresa se haya dado en cumplimiento de sus obligaciones legales. El antecedente del personal encargado de la prevención puede servir de orientación en esta tarea; gracias a éste disponemos de un catálogo de medidas de garantía y de derechos instrumentales efectivo y contrastado.

Otra dificultad para involucrar a la negociación es que existe todavía entre nosotros una tendencia a desarrollar de manera unilateral estas políticas críticas para la empresa, generalmente mediante modelos bien diseñados y comprobados por asesores externos que ofrecen el más alto nivel de garantía. En estos modelos el papel de los representantes de los trabajadores suele ser reducido; también se utilizan instrumentos regulatorios diferentes, como los códigos de buenas prácticas o los compromisos contractuales prediseñados. Pero también comienzan a detectarse, de una manera todavía incipiente, prácticas más avanzadas que, en un proceso de normalización de la función de cumplimiento, adecúan ésta a lo que es normal en la gestión de los recursos humanos en el siglo XXI, la regulación acordada de los aspectos que afectan a la forma en que se trabaja y se vive en la empresa.

3.2. Responsabilidad social y sostenibilidad

Otra materia que tiene mucho que desarrollarse todavía en nuestros convenios es la responsabilidad social corporativa, una política empresarial que vivió un gran momento en España en la primera década del siglo XXI para luego ser barrida por la crisis financiera mundial producida al final de ésta. A pesar de que existe una manera socialmente responsable de gestionar la crisis; y a pesar también de que las empresas han continuado desarrollado sus políticas en este campo sin que aparentemente el momento ganado por esta filosofía de gestión se haya perdido, es difícilmente rebatible la afirmación de que ha perdido su protagonismo en los debates económicos y laborales de esta segunda década. Es también cierto, aun así, que el decidido empuje del gobierno socialista en los primeros años del siglo tuvo sus frutos, convirtiéndola en un elemento estructural de la gestión de nuestras empresas, al menos de las medianas y grandes.

La relación entre RSC y negociación colectiva siempre ha sido complicada, incluso en los mejores momentos de aquélla, en razón de la con-

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

sideración de ésta, desde ciertas perspectivas, como una iniciativa unilateral de las empresas, adoptada sin responder a presiones o negociaciones con sujeto alguno. El carácter unilateral de las prácticas responsables, entendida originalmente como expresión de la falta de una obligatoriedad jurídica, se extendió hasta llegar a impedir la misma negociación de estas políticas de la empresa, consideradas como una expresión de su libre voluntad, de acuerdo con sus propios valores y prioridades.

La RSC, siendo un fenómeno global, ha presentado siempre algunas particularidades en España, siendo la más señalada que ha estado siempre muy centrada en cuestiones laborales, a diferencia de cuanto ha ocurrido en otros países. En ella ha habido un marcado protagonismo de los interlocutores sociales y de la administración laboral, que llegaron a crear un Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE), órgano asesor y consultivo que de manera coherente con esta planteamiento fue adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales como ministerio competente en materia de políticas públicas de impulso y fomento de la responsabilidad social de las empresas del Gobierno de España.

Esta visión de la RSC tiene consecuencias en cuanto a las materias en las que se pretende un comportamiento responsable de las empresas, muchas de las cuales tienen que ver con el empleo y las condiciones de trabajo. Basta con señalar las iniciativas que la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas señala como indispensables para una «gestión responsable de los recursos humanos y fomento del empleo»[15]:

- creación de empleo de mayor calidad para contribuir a un desarrollo sostenible de la sociedad.
- mejora las condiciones de igualdad, conciliación, no discriminación y la inserción laboral de colectivos con mayores dificultades para acceder o mantenerse en el mercado laboral y aquellos en riesgo de exclusión social, así como de mujeres víctimas de violencia de género.
- creación y mantenimiento de empleo basado en la estabilidad, así como la formación y el desarrollo profesional de los trabajadores.

[15] Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. El texto de la estrategia está disponible en el portal del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, concretamente en la dirección http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/EERSE_WEB.pdf.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

- puesta en marcha de prácticas que impulsen la diversidad en las plantillas
- impulso de la inclusión en los planes de prevención de medidas de promoción de la salud en los centros de trabajo

Si se analiza desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, nos encontramos frente a materias que son objeto de los procesos de negociación en las distintas unidades, como un contenido típico de los convenios.

Este modelo tiene efectos también en los procesos para su implantación. El Informe del Foro de Expertos en Responsabilidad Social de las Empresas presenta a ésta como un proceso de diálogo y acuerdo social, afirmando que «el escenario en el que se debe desarrollar la RSE es el del diálogo y acuerdo con todas las partes interesadas. Como resultado debería tenderse a la consecución de prácticas de responsabilidad social adoptadas por las empresas que sean fruto de un proceso de diálogo y acuerdo con todas las partes interesadas»[16]. Entre éstos se incluyen las organizaciones sindicales, principales promotores de este modelo de gestión empresarial. Más concretamente el Documento «La Responsabilidad Social de las Empresas. Diálogo Social», acordado por los interlocutores sociales más representativos a nivel nacional afirma que uno de los principios generales de la RSE es la implicación y participación de los trabajadores[17].

Este carácter participativo y paccionado de la RSC enlaza con la tradición de nuestra negociación colectiva de tratar las materias propias de su dimensión interna, como son los temas laborales antes indicados y otros generalmente conocidos como acción social. El resultado es una práctica de RSC en la que ésta no es tan unilateral como se suele predicar de ella, y que presenta por el contrario importantes espacios de negociación. De esta manera, en el modelo defendido en España por las organizaciones sindicales, y apoyado por el Gobierno de la Nación, los trabajadores y sus organizaciones debían considerarse stakeholders primarios, que debían ser no sólo destinatarios de algunas de las medidas implantadas por las empresas, sino también participes en la adopción de las decisiones fundamentales en la materia.

---

[16] Fechado en 2007, es accesible en http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/RespoSocEmpresas/foro_expertos/contenidos/INFORME_FOROEXPERTOS_RSE.pdf; visitado el 15 de diciembre de 2017.

[17] Lo que se explica así: «Implicación y participación de los trabajadores: Se considera que la participación e implicación de los trabajadores en las estrategias y políticas de RSE es un buen instrumento para el desarrollo y el fomento de las mejores prácticas de responsabilidad social, en aspectos tales como el aprendizaje y la formación, la organización del trabajo, la igualdad de oportunidades, la inclusión social, el cambio industrial y las reestructuraciones». Aprobado por la Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social el 19 de diciembre de 2007 con el título «La Responsabilidad Social de las Empresas. Diálogo Social».

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Recientemente, el Acuerdo Interprofesional de Cataluña 2015-2017 señala como uno de los temas a desarrollar en ésta en la Comunidad Autónoma el de la RSC, señalando que «la negociación colectiva es un instrumento donde puede desarrollarse la Responsabilidad Social (en adelante RS), promoviendo un marco económico más sostenible y responsable. Es fundamental el reconocimiento de las organizaciones sindicales, en los sectores y empresas, como uno de los grupos de interés en materia de RS, como representantes de las personas trabajadoras, y su participación en este ámbito». En consecuencia, «se recomienda que los convenios colectivos sectoriales y de empresa contemplen estos aspectos». Sindicatos como stakeholders, y el convenio como el ámbito en el que las empresas deben acordar con éstos su política de responsabilidad social; éste es el modelo que desde muchos sectores se defiende en nuestro país.

También en este campo las posibilidades son múltiples, y la práctica negocial española comienza a ponerlo de manifiesto. Están por un lado las iniciativas socialmente responsables de las empresas, cuya presencia en el convenio indica que ésta ha optado por negociarlas con sus empleados. Al hacer así se aleja del modelo más convencional o tradicional de la RSC, que considera que ésta debe ser estrictamente unilateral, expresando el compromiso de la empresa adoptado por sí misma y de acuerdo con sus propios valores. Un ejemplo muy conocido es la Disposición Adicional Tercera del Convenio Colectivo de la Industria del Calzado[18], que señala que «las empresas que suscriban códigos de conducta de responsabilidad social, lo negociarán previamente con los representantes legales de los trabajadores». Otra forma de aproximarse a esta cuestión la encontramos en el artículo 76 del XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química[19] que dispone que «sin perjuicio de los derechos y facultades concedidos por las Leyes, se reconoce a los Comités de Empresa y Delegados Sindicales del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) las siguientes funciones:. 2. Anualmente, conocer y tener a su disposición: (…) El balance de aplicación y seguimiento de los compromisos asumidos por parte de las empresas que hubieran suscrito alguna fórmula de responsabilidad social —o corporativa— de empresa». Debemos indicar, sin embargo, que se trata todavía de supuestos muy raros, prácticamente testimoniales[20].

---

[18] Suscrito con fecha 25 de julio de 2005 y publicado en el BOE 7 octubre 2005, núm. 240.

[19] BOE 6 agosto 2004, núm. 189.

[20] Un análisis de estos convenios en F F.J. Calvo Gallego & M. Rodríguez-Piñero Royo, «Responsabilidad social corporativa: ¿un nuevo instrumento para las políticas laborales?», en M.F. Fernández López (dir.), «Política social europea y Comunidades Autónomas», Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2007. También debe manejarse el completo estudio de J. García Viña, «Los mecanismos negociados de implantación de la responsabilidad social empresarial en España», Actualidad Laboral, nº 13, 2011, pág. 1550. Y puede verse también el trabajo de D. moreno Mendoza, «Los acuerdos

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Esta presencia de los representantes de los trabajadores se justifica particularmente con aquellas iniciativas que intentan involucrar a los propios empleados en algunas de sus actuaciones, según un modelo de «voluntariado corporativo». En éste se elige un determinado sector de actividad social, para el que se diseña un programa de cooperación en el que la empresa aporta soporte económico y organizativo, y sus empleados su trabajo[21]. Las posibilidades son múltiples, y esta modalidad de voluntariado empieza a ser algo bastante común en nuestras empresas, sobre todo en las de cierta dimensión.

Al margen de las iniciativas empresariales los convenios pueden apoyar las que adopten los propios trabajadores. Por ejemplo, facilitando su participación en programas de cooperación o voluntariado ajenos a la empresa mediante permisos retribuidos, excedencias, sabáticos, adaptaciones de jornada… En estos casos, en los que generalmente se adapta la jornada o el tiempo de trabajo para permitir al empleado desarrollar esta actividad, el convenio debe prever éstos como verdaderos derechos de los trabajadores, que pueden ser utilizados bien libremente, bien trámite la autorización de una comisión creada *ad hoc* por en la propia norma.

Directamente vinculada con la RSC, siendo considerada en muchos casos como una parte de ella, se encuentran las políticas medioambientales de las empresas, cada vez más un componente estructural en el diseño de su actividad[22]. De la misma manera, en un primer momento estas cuestiones se trataron de una manera estrictamente unilateral, para ir progresivamente hacia un modelo pactado o, al menos, consultado con la plantilla[23]. Hoy podemos hablar de un verdadero contenido típico de la

---

colectivos sobre responsabilidad social empresarial como nuevas experiencias de negociación colectiva laboral en España», accesible en http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2010/03/acuerdos-de-empresa-y-rs-david-moreno-mendoza-art.pdf

[21] En la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas se prevé una medida dirigida precisamente a «facilitar y proporcionar oportunidades de voluntariado corporativo». En concreto, «se promoverá que las empresas y administraciones públicas faciliten y proporcionen oportunidades de voluntariado corporativo para sus empleados, en coordinación con los representantes de los trabajadores» (medida nº 28).

[22] En el citado documento «La Responsabilidad Social de las Empresas. Diálogo Social» se señala como uno de los principios generales de la RSE su «dimensión y naturaleza medioambiental», afirmándose que «está vinculada estrechamente al concepto de desarrollo sostenible, entendiendo ésta como la vía de asegurar que el crecimiento económico y social satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. Teniendo en cuenta la situación actual, las estrategias de los poderes públicos en materia medioambiental deberían propiciar la implicación de las empresas, los sindicatos y las organizaciones de ciudadanos, ya que la desatención o los ataques al medio ambiente pueden provocar violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que trabajan y viven en ese ambiente afectado».

[23] Existe un informe elaborado en el ámbito de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de trabajo que analiza la actitud de los interlocutores

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

negociación colectiva, aunque con una presencia todavía no generalizada y desde luego mucho menor que la que tienen otras materias[24]. Como era previsible, el tratamiento de estas materias no es sólo escaso sino también irregular, concentrándose en ciertos sectores cuya actividad genera un gran impacto en el medio natural (construcción, química, cemento), y en algunas empresas con políticas especialmente desarrolladas en este campo (empresas de aguas, de energía). Cabe indicar, finalmente, que junto a las cláusulas convencionales es posible encontrar en algunos sectores acuerdos monográficos sobre política medioambiental[25].

En este caso la tendencia al tratamiento colectivo se explica por varias razones, como el contenido de las medidas a implementar, que exigen la colaboración de los trabajadores; o la alta sensibilidad de las organizaciones sindicales españolas hacia estas cuestiones, que hace que en muchas ocasiones sea éstas el verdadero motor del compromiso de las empresas y administraciones[26]. Los contenidos que encontramos en los convenios son también diversos[27]: compromisos de reducción de la huella de carbono; de gestión de residuos; de eficiencia energética; de utilización del teletrabajo; de «apagón» de instalaciones; nombramiento de delegados de medioambiente[28]; diseño de políticas de transporte sosteni-

---

sociales ante estos problemas. Véase B. Broughton, «Greening the European economy: Responses and initiatives by Member States and social partners», EUROFOUND, Dublín, 2009; accessible en https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2009/labour-market-industrial-relations/greening-the-european-economy-responses-and-initiatives-by-member-states-and-social-partners.

[24] Una buena recopilación de experiencias la realiza M. Gutiérrez Pérez en su trabajo «La protección del medio ambiente como factor condicionante de las relaciones laborales», Revista Doctrinal Aranzadi Social Nº 3/2010.

[25] Pueden analizarse los distintos supuestos de convenios y acuerdos en N. Mendoza Navas & A.M. Moreno Marquez, «Salud laboral y el medio ambiente en la negociación colectiva»; Albacete: Bomarzo, 2009.

[26] Me remito a las completas reflexiones sobre esta implicación de M.L. Martín Hernández & R. Sastre Ibarreche, «Un nuevo espacio para la acción sindical: la defensa del medio ambiente», Revista de Derecho Social, nº 6, 2000, pg. 60. Véase al respect el informe español al estudio antes mencionado: A. Altieri & M. Caprile, «Spain — Greening the European economy: responses and initiatives by Member States and social partners»; septiembre de 2009, accessible en https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/spain/spain-greening-the-european-economy-responses-and-initiatives-by-member-states-and-social-partners.

[27] En general M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, «Medio ambiente y relaciones de trabajo». Temas Laborales, nº 50, 1999. Un estudio pionero fue el de M.P. Rivas Vallejo, «La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales», Tribuna Social, 103, 1999, pg. 9.

Disponemos de un estudio completo de esta cuestión en N. Mendoza Navas & A.M. Moreno Márquez, op.cit supra, passim.

[28] En el sector de la Industria Química se le atribuyen al delegado de medio ambiente las siguientes funciones: colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción medioambiental; promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en el

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES

ble… El tratamiento de estas cuestiones depende del nivel de compromiso y, sobre todo, de visibilidad que se le quiera dar; lo recomendable sería incluir un capítulo monográfico en el texto del acuerdo, que reúna una diversidad de medidas, derechos y compromisos en diferentes ámbitos de las relaciones laborales, unificados por su objetivo común de protección del medioambiente.

Uno de los ámbitos de las políticas medioambientales en los que el papel de la negociación puede resultar más importante es el del transporte sostenible, un caso particular que se está introduciendo en nuestras empresas comenzando, como suele ocurrir en estas situaciones, por el sector público y las grandes empresas, las unidades de negociación generalmente más sensibles a estas preocupaciones. El concepto básico sobre el que se construyen estas medidas es el de «movilidad sostenible», que es definida en la Ley 2/2011, de Economía sostenible como «el derecho de los ciudadanos al acceso a los bienes y servicios en unas condiciones de movilidad adecuadas, accesibles y seguras, y con el mínimo impacto ambiental y social posible». El instrumento por excelencia para poner en marcha estas políticas es el plan de movilidad, que incluye diversas medidas para reducir el impacto de los traslados provocados por la actividad de la empresa, particularmente en los de los trabajadores cuando acuden al centro de trabajo de ésta.

El desarrollo de estas políticas implica convertir a la movilidad en una responsabilidad compartida también por la empresa, que es en última instancia quien la genera. Se espera de ésta que se involucre en mejorar el transporte de sus trabajadores, más allá de las tradicionales rutas de autobuses cada vez menos frecuentes. Se crean en éstas órganos paritorios con responsabilidades en esta materia, se nombra un gestor de movilidad, se tienen en cuenta en general las consecuencias en términos de movilidad de las distintas decisiones de la empresa. Y ello tanto en interés de los empleados (tiempos de desplazamiento, gastos de transporte, riesgos relacionados con el tráfico), como de la sociedad en su conjunto.

Una cuestión central es el papel de los representantes de los trabajadores en el desarrollo de estas políticas. En muchas ocasiones son éstos los que ostentan la iniciativa para tratar estos problemas, que afectan directamente a sus representados; y que resultan coherentes con las líneas de actuación de las organizaciones sindicales. La necesidad de asegurar la eficacia de las medidas mediante la colaboración de los empleados; y el tipo de medidas que se están manejando apuntan a un alto grado de parti-

---

cumplimiento de la normativa medioambiental; ejercer una labor de seguimiento sobre el cumplimiento de la normativa medioambiental, así como de las políticas y objetivos que la empresa establezca en ese sentido; colaborar en el diseño y desarrollo de las acciones formativas en materias relacionadas con las obligaciones medioambientales de la empresa.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

cipación sindical, bien en la elaboración y gestión del plan de movilidad que se está generalizando; bien en la negociación del correspondiente convenio.

Las medidas que encontramos en los planes de movilidad y en los convenios colectivos son de diverso tipo, y afectan generalmente a las materias acordadas en éstos: oferta de transporte colectivo; financiación de abonos de transporte público; incentivos a la utilización de transportes sostenibles, económicos o en tiempo de descanso; oferta de bicicletas a la plantilla; establecimiento de puntos de carga de baterías para vehículos eléctricos; reconocimiento del derecho a recargar las baterías en la red eléctrica de la empresa; mejor tratamiento a efectos de aparcamiento de los automóviles particulares de alta ocupación; ayudas a la adquisición de vehículos menos contaminantes.. En algunos casos se fomenta la movilidad geográfica para acercar trabajo y domicilio, reconociendo un derecho absoluto o prioridad de los trabajadores para ocupar puestos de trabajo más próximos a su lugar de residencia. En otros se fomenta la autoorganización de los trabajadores, como en los programas de vehículos compartidos. Cabe señalar, finalmente, las medidas relacionadas con el uso intensivo e inteligente de la tecnología TIC, que permite desarrollar el trabajo sin necesidad de presencia física y, por lo tanto, sin que resulte necesario el desplazamiento del trabajador. Se promueve, así, el uso de la videoconferencia como forma ordinaria de celebrar las reuniones de trabajo; el recurso a la formación on-line, en lugar de los cursos presenciales; la limitación de los momentos hábiles para celebrar reuniones presenciales; y, sobre todo, la promoción del teletrabajo como modalidad de prestación de servicios[29].

Resulta interesante en este sentido la Proposición de Ley de Movilidad Sostenible presentada en 2008 por Greenpeace y Ecologistas en Acción, Comisiones Obreras, Los Verdes e Izquierda Unida. En ésta se pretendía introducir la obligación de algunas empresas y administraciones públicas (las que contaran con centros de trabajo de más de 200 trabajadores) de elaborar y desarrollar un plan de transporte de empresa con el objetivo de reducir la utilización del automóvil en el transporte de sus trabajadores y fomenten otros modos menos contaminantes. En el artículo 13.2 se preveía que «en la elaboración y desarrollo de los planes

[29] Desde esta perspectiva el teletrabajo se estaría utilizando más en la línea de sus primeros promotores, vinculado con una finalidad medioambiental. Así ocurrió en la California de los años 70 del siglo XX, donde ante un serio problema de contaminación por el uso masivo del automóvil el trabajo remoto se presentó como una medida que podía reducir el número de desplazamientos por motivos profesionales. En España, sin embargo, el teletrabajo fue percibido desde un primer momento más bien como un instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar, que permitía a los trabajadores con obligaciones familiares poder compaginar el cuidado de familiares con el trabajo, realizando éste desde el propio domicilio.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

de transporte de empresa participarán los representantes de los trabajadores». Los planes así elaborados serían presentados por las empresas al ayuntamiento correspondiente. Aquí la lógica es la de responsabilizar a la organización empresarial del impacto de los desplazamientos profesionales de sus empleados, debiendo adoptarse medidas en este mismo ámbito con participación de la representación de éstos. Esta participación podría articularse mediante la celebración de acuerdos de empresa o la introducción de estos compromisos en el convenio de este nivel que pudiera haber.

Una de las particularidades del desarrollo de planes de movilidad es que generan un nuevo espacio de negociación, conformado por los trabajadores que comparten unas mismas necesidades de movilidad por ubicarse en un espacio territorial de trabajo común. Así, al margen de las medidas que puedan adoptarse dentro de cada empresa hay otras que deben diseñarse en el espacio conformado por el polígono industrial, el parque empresarial, el campus tecnológico y similar. Espacios en los que se puede concentrar un gran volumen de personas y de medios de transporte, donde coinciden empresas sin vinculación entre sí pero que generan, por su propia vecindad, problemas comunes. Los planes de evacuación conjunta en el marco de las políticas de prevención de riesgos laborales son una primera muestra de que estos nuevos ámbitos tienen su reflejo en las relaciones laborales

De la movilidad se han ocupado hasta ahora las administraciones y los gestores de estos espacios, que han gestionado aspectos tales como el tráfico privado y comercial, el acceso al transporte público o los aparcamientos. Hay otras cuestiones que escapan de su competencia, porque son decisiones empresariales: horarios escalonados de entrada y salida en los diferentes centros de trabajo; disponibilidad de plazas de aparcamiento dentro de las instalaciones propias; horario de carga y descarga de proveedores, o de salida de productos… Es necesario por ello contar también con los sujetos empresariales en nuevos ámbitos de cooperación; en éstos es lógico prever la presencia de los representantes de los trabajadores, que actuarían en representación del conjunto de personas que desarrollan su actividad en estos espacios. En la Ley 6/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunidad Valenciana encontramos un artículo 14 dedicado a «Planes de movilidad de instalaciones productivas», en el que se prevé que «las instalaciones productivas o de servicios podrán formular planes de movilidad en relación con los desplazamientos cotidianos de su personal, bien de forma individualizada bien conjuntamente en el seno de asociaciones extendidas a ámbitos o sectores homogéneos». Esta norma autonómica no resulta especialmente sensible hacia el papel de los representantes del personal, limitándose a señalar que «dichos planes se formularán de manera concertada con las asociaciones de usuarios, y una vez aprobados se remitirán a la autoridad de transporte correspondiente a los meros efectos de su conocimiento».

Además del papel de estos órganos en la elaboración de los convenios y planes de movilidad hay que resaltar que existen otras formas de participación que les permiten también actuar en la movilidad sostenible, como son la elaboración de planes territoriales, la creación de órganos especializados, etc. Así, el artículo 20 de la misma Ley 6/2011 de Movilidad de la Comunidad Valenciana crea el Foro de la Movilidad de la Comunitat Valenciana, que se presenta como «órgano de participación ciudadana en materia de movilidad». Pues bien, este Foro, según se prevé en el apartado 2º de este artículo, integrará, junto a Administraciones, organizaciones empresariales y otras entidades, a las organizaciones sindicales[30].

4. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y NUEVAS ACTIVIDADES

En este apartado me referiré a algunas de las nuevas actividades que encontramos en el mercado de trabajo del siglo XXI, consecuencia de los múltiples cambios experimentados por éstos. De nuevo el enfoque que seguiré será uno eminentemente casuístico, eligiendo algunos que me parecen especialmente interesante desde la perspectiva de este estudio, pero dejando claro en todo momento que son sólo algunos supuestos dentro de una realidad mucho más compleja.

4.1. El teletrabajo

El teletrabajo puede ser considerado como un supuesto típico de modalidad de trabajo desarrollado como consecuencia de cambios tecnológicos, en concreto con las innovaciones en materia de las TIC (tecnologías de la infocomunicación) en las últimas décadas del siglo XX; durante este período recibió mucha atención, aunque no llegó a adquirir el desarrollo inicialmente previsto, que no se ha producido hasta la centuria actual. También resulta muy interesante como manifestación de los problemas de la negociación colectiva para cumplir su función reguladora ante formas de trabajo que suponen cambios importantes respecto de las tradicionales[31].

---

[30] Se prevé expresamente la participación de personas expertas en la materia y asociaciones de consumidores y usuarios, así como otros actores sociales y económicos relevantes en relación con la movilidad, tales como empresas operadoras de servicios, asociaciones de comerciantes, asociaciones de personas con movilidad reducida, etc.

[31] Un estudio encargado por la CCNCC lo estudió desde la perspectiva de esta institución en el año 2001; véase M. Rodríguez-Piñero Royo (coord.), «Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva»; Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001. Accesible en http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NNAA_Sectores_Emergentes_PapelNC_2001.pdf. Hay una actualización del año 2007, accesible en http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Actualizacion_2007_Informe_NNAA_Sectores_Emergentes.pdf.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

A estas alturas puede decirse que su desarrollo no ha sido como se preveía, por exceso y por defecto. Ha tenido menos extensión de lo que se preveía en un primer momento; pero a la vez se ha producido su difusión a todo el mercado, al dejar de ser una forma de empleo para ser cada vez más un componente de la prestación profesional para muchas personas, que lo combinan con las formas tradicionales de ésta. Se empieza a hablar, así, de «jornada no presencial», más que de trabajo remoto, cuando ambas denominaciones tienden a coincidir en la práctica; y la previsión de otros tiempos ajenos al de trabajo estrictamente considerado (disponibilidad, atención, desplazamiento largo) se extienden a todo tipo de actividades, al margen de aquellas en las que tradicionalmente existían. En el siglo XXI es una forma de prestar el trabajo; y aparece vinculado con otros elementos relevantes de éste, como el tiempo de trabajo, su conciliación con la vida personal y familiar, la movilidad sostenible…

Esto es así porque se han producido algunos desarrollos que no eran previsibles a principios de siglo, y que han cambiado su presencia en el mercado: principalmente un cambio tecnológico, que ha llevado al abaratamiento de las TIC, a la conectividad total, al acceso universal a la información y a la portabilidad de equipos[32]. Esto ha interactuado con la extensión de las estrategias de externalización, favorecidas por la disponibilidad de tecnología; con una tendencia generalizada al alargamiento de la jornada laboral; con las políticas de ahorro de costes de las empresas. El resultado ha sido un teletrabajo muy distinto a como se preveía[33].

Estas novedades han propiciado el desarrollo de un nuevo sector, que originalmente era considerado una modalidad de trabajo remoto pero que hoy seguramente no merece esta calificación al no producirse una prestación de remota de servicios entre la empresa y el trabajador. Se trata del trabajo en telecentros, en su modalidad de telemarketing, en el que se contacta con los clientes de manera remota, pero se prestan los servicios de manera presencial en instalaciones de la empresa, lo que lo aleja del trabajo virtual. En relación con esta forma de empleo un aspecto fundamental desde la perspectiva que se sigue en este estudio es la existencia de una unidad de negociación que agrupa a estas empresas. Se trata de la unidad de ámbito estatal del sector de contact center, que ha

[32] Sobre estos factores, en extenso, L. Bombardero, «Trabajar en la era digital», LID; Madrid, 2015. Desde otra perspectiva, P. López García, «La digitalización en el mundo del trabajo», Fundación Primero de Mayo, nº 96, julio de 2016, disponible en http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NBdd_ShwDocumento?cod_primaria=1185&cod_documento=4869

[33] Sobre la situación actual de esta forma de empleo, véase el reciente studio de J. C. Messenger, «Working anytime, anywhere: The evolution of Telework and its effects on the world of work», IUSLabor, nº3, 2017. Accesible en https://www.upf.edu/documents/3885005/140470042/11.Messenger.pdf/97d66c02-0edf-5fd8-2b29-7300017d47c0.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

sustituido a una anterior denominada de telemarketing, y que bajo este nuevo nombre ha aprobado hasta la fecha dos convenios estatutarios. En su artículo 2 define su ámbito funcional para incluir a «todas las empresas y (…) todo el personal de las mismas cuya actividad sea la prestación de servicios de contact center a terceros»[34]. A su vez, estos servicios se definen como «todas aquellas actividades que tengan como objetivo contactar o ser contactados con terceros ya fuera por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la prestación, entre otros, de los siguientes servicios que se enumeran a título enunciativo: contactos con terceros en entornos multimedia, servicios de soporte técnico a terceros, gestión de cobros y pagos, gestión mecanizada de procesos administrativos y de «back office», información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas, etc., así como cuantos otros servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos antes citados». Se incluyen en esta definición también las actividades coadyuvantes, complementarias o conexas con la actividad principal. Como se comprueba, no nos encontramos ante un teletrabajo en sentido estricto; y lo definitorio del sector no es la forma en que los trabajadores prestan el servicio sino la actividad de la empresa, en línea con lo que es tradicional en nuestras relaciones laborales.

Otra modalidad de actualidad es el teletrabajo invisible, aquél que se produce de manera no organizada como una continuación de la jornada ordinaria de trabajo en el domicilio del trabajador, sin control ni remuneración. La facilidad de conectarse con los sistemas informáticos corporativos lo hace posible; la ausencia de límites ha llevado a plantear la existencia de mecanismos de protección frente a esta ampliación de la disponibilidad laboral, de los que me ocuparé en otro apartado de este trabajo.

Frente a esta situación, desde la perspectiva de este estudio nos encontramos en una situación paradójica, ya que podemos plantearlo a la vez como un éxito y un fracaso de la negociación colectiva. Ésta ha tenido éxito en tratarlo en la medida en que su regulación actual en toda Europa proviene de la negociación colectiva, a partir de la firma de un trascendental acuerdo a principios del siglo. Se trata del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo firmado el 16 de julio de 2002 por los interlocutores sociales europeos, que ha tenido un enorme impacto en el desarrollo de

[34] El vigente ha sido publicado por Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing). BOE nº 165, de 12 de julio de 2017, pg. 59955

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

un marco normativo adecuado para esta actividad[35]. Este Acuerdo (en adelante AMET) se firmó en un momento en el que se carecía en una mayoría de los Estados miembros de regulaciones específicas sobre ésta, más allá de las anacrónicas referencias al trabajo a domicilio[36]. Su firma supuso un impulso al desarrollo de legislaciones estatales. Pero sobre todo su mayor impacto fue el de atribuir a la negociación colectiva el protagonismo en la regulación del teletrabajo en la empresa, de acuerdo con una serie de principios que han definido su tratamiento en todos los Estados miembros a lo largo del siglo XXI. Los principios acordados en este Acuerdo Marco, además, se han convertido en el estándar para cualquier regulación, sea estatal o convencional, del trabajo remoto. La definición que aporta, finalmente, también se ha convertido en canónica, y hoy se entiende de manera general que el teletrabajo es «una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular». Definición muy amplia porque, como recuerdan los interlocutores sociales europeos en la Cláusula Primera del AMET, «el teletrabajo cubre un amplio abanico de situaciones y prácticas sujetas a cambios rápidos. Por esa razón, los interlocutores sociales han elegido una definición de teletrabajo que permita cubrir las diferentes formas de teletrabajo regular».

Se trata, por tanto, de una verdadera experiencia de éxito en una norma que, a pesar de todas sus particularidades como fruto del diálogo social unioneuropeo, debe considerarse un producto de la negociación colectiva. Este acuerdo tuvo continuación en otros sectoriales posteriores.

Lo mismo cabe decir de la recepción de este Acuerdo Marco en España, protagonizada principalmente por los interlocutores sociales. El

---

[35] La bibliografía española sobre este acuerdo es relativamente amplia; entre otros, véanse los trabajos de L. Mella Mendez, «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo», Relaciones Laborales, nº 1, 2003, pg. 21; Jurado Segovia & Thibault Aranda, «Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo», Temas laborales, nº 72, 2003, pg. 35; M.D. Santos Fernández, «El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria», Trabajo, nº 14, 2004, pg.45; J.M. Serrano García, «Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002», Relaciones Laborales, nº 21, 2002, pg. 17.

[36] La iniciativa real de elaborar una norma a nivel europeo sobre teletrabajo correspondió no a los interlocutores sociales europeos sino a la Comisión, que inició con éstos consultas sobre esta materia el 27 de junio de 2000, prosiguiendo con una segunda ronda de consultas el 16 de marzo de 2000. Posteriormente, el 20 de septiembre de 2001, la CES (y el comité de enlace EUROCADRES/CEC), la UNICE/UEAPME y el CEEP anunciaron su intención de entablar negociaciones con vistas a llegar a un Acuerdo Europeo sobre esta forma de empleo. Las negociaciones se iniciaron el 12 de octubre de 2001 y finalizaron el 23 de mayo de 2002, fecha de conclusión del acuerdo, firmado el 16 de julio de 2002.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Acuerdo para la Negociación Colectiva 2003, firmado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, que dedica a esta cuestión un capítulo VII, titulado «El teletrabajo: Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo». En éste las organizaciones firmantes del ANC expresan su apoyo en su totalidad al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, al que consideran «un instrumento especialmente útil para facilitar y extender la introducción del teletrabajo en las empresas y resolver algunas dudas que venían surgiendo en determinados aspectos del campo laboral en relación con el teletrabajo». El apoyo al Acuerdo Europeo se produce mediante el compromiso de implementar sus disposiciones en España por la vía de la negociación colectiva: «las organizaciones empresariales y sindicales firmantes nos comprometemos durante la vigencia de este acuerdo a promover la adaptación y el desarrollo de su contenido a la realidad española». El sucesivo Acuerdo para la Negociación Colectiva 2005 reproduce este compromiso de las partes en ordenar la implantación del teletrabajo en las empresas españolas, aunque con un tratamiento mucho más escueto que su antecesor. El siguiente ANC, firmado el 6 de febrero de 2007, reproduce el texto del ANC 2005 en este punto, lo que expresa la continuidad del diálogo social estatal. Iniciada la crisis los tres Acuerdos para el empleo y la negociación colectiva firmados a lo largo de esta década (para los períodos 2010-2012, 2012-2014 y 2015-2017) han mantenido la presencia de un compromiso de las organizaciones firmantes para regular en los convenios esta materia, a partir de su definición como «una de las formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías» y de su reconocimiento como «como un medio de modernizar la organización del trabajo» (I y II ANC); y de su valoración como un medio de «modernizar la organización del trabajo para hacer compatible la flexibilidad para las empresas y la seguridad para los trabajadores» (III ANC). Los tres han mantenido una línea de continuidad en el tratamiento de esta figura, estableciendo algunos criterios que pueden ser utilizados por las empresas y por los trabajadores y sus representantes: el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa; la igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa; y la conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc. También a nivel autonómico fueron numerosos los acuerdos de ordenación de la negociación colectiva que se ocuparon de la promoción de su tratamiento en los convenios

La introducción durante la reforma del año 2012 de un nuevo artículo 13 en el Estatuto de los Trabajadores, que se dedica a un trabajo a distancia definido como «aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

presencial en el centro de trabajo de la empresa», debe entenderse igualmente como una consecuencia de este impulso convencional. Aunque su ámbito de aplicación no coincide exactamente con el del AMET (al faltar la referencia al soporte tecnológico que se considera intrínseco al teletrabajo), no hay dudas de que esta norma legal se inspira directamente en lo acordado en Europa, puesto que su contenido normativo reproduce en gran medida lo pactado a nivel europeo en el año 2002.

Cabe hablar, finalmente, de una experiencia de éxito para la negociación colectiva por el tratamiento de gran calidad que ha recibido en algunos convenios, que han sido referenciales para el resto del sistema de relaciones laborales. Han sido generalmente las empresas vinculadas con la tecnología las que primero y mejor se han ocupado del teletrabajo, destacando el papel desempeñado por los sucesivos convenios de las diversas empresas del grupo Telefónica.

Si estos aspectos nos pueden llevar a hablar de éxito, existen otros en nuestra negociación colectiva que apuntan a la idea de cierto fracaso. Lo primero es la escasa presencia de esta figura en los convenios, a pesar de las continuas llamadas desde el ámbito interconfederal para que éstos se ocuparan de su introducción en las empresas. Según diversos estudios son todavía pocos los convenios que lo tratan, lo que se ha explicado por el desarrollo también escaso de esta forma de empleo en nuestro país[37]. Un dato interesante puesto de manifiesto por estos estudios es que son los convenios de empresa los que con más frecuencia se ocupan del teletrabajo, frente a un muy escaso tratamiento en la negociación sectorial. Estos convenios son, generalmente, de empresas dedicadas a actividades con un uso intensivo de las tecnologías TIC[38].

Un segundo indicio de fracaso es la forma en la que es tratada esta cuestión en los pocos convenios que le dedican atención. En general vamos a encontrar una reiteración de las reglas del AMET o de los Acuerdos interconfederales españoles, sin mucho añadido. Aunque podemos encontrar igualmente algunas ideas originales, generalmente en aquellas empresas que acreditan una mayor experiencia con formas de trabajo remoto. El hecho de que los convenios reproduzcan los contenidos normativos de los acuerdos europeo o españolas no supone en sí mismo un problema, en la medida en que éstos tienen un alto nivel de calidad téc-

[37] M.C. Aragón Gómez, «El teletrabajo en la negociación colectiva», en R. Escudero Rodríguez (coord.), «Observatorio de la negociación colectiva 2010», Madrid, CINCA, 2010, pg. 334, en pg.339. Véase también L. Mella Méndez, «Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora», Revista de Derecho Social y Empresa, nº 6, 2016.

[38] Se puede encontrar una enumeración exhaustiva de estos convenios en A. de las Heras García, «El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas», Madrid, CEF, 2016.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

nica; y que la forma en que se ha implementado el AMET, por remisión a las negociaciones en los Estados miembros, explica esta forma de tratar la materia. Hay otro aspecto que puede explicar esta situación, y que debe considerarse en cualquier estudio del trabajo remoto desde la perspectiva del sistema de negociación colectiva: la existencia de otros instrumentos en los que se regula esta actividad. En efecto, junto a los convenios colectivos vamos a encontrar otras regulaciones, algunas pactadas, en las que las empresas establecen las condiciones de su implantación y uso.

En un primero momento el instrumento típico era el llamado «pacto de teletrabajo», denominación que englobaba dos tipos diferentes de acuerdo. Uno era de naturaleza colectiva, y se celebrara a nivel de empresa entre la dirección de ésta y la representación de su plantilla, para poner en marcha alguna experiencia de uso de éste. El otro era un acuerdo entre el trabajador individual y su entidad empleadora, por el que ambos aceptaban poner en práctica el trabajo remoto, generalmente de acuerdo con las condiciones establecidas en un pacto de teletrabajo colectivo; era la manifestación del principio de voluntariedad que siempre ha guiado su ordenación.

Los pactos de teletrabajo de naturaleza colectiva fueron la primera manifestación de regulación de esta actividad en Europa, en los años previos a la firma del AMET. Precedieron también a las primeras regulaciones en esta materia, por lo que su importancia no puede ignorarse. Se vinculaban sobre todo a experiencias piloto, para las que era necesario detallar todos sus aspectos técnicos y organizativos. Con el tiempo sus prescripciones pasaron, al menos parcialmente, a los convenios colectivos de las empresas que tenían una experiencia mayor.

En realidad el pacto de teletrabajo es necesario para una ordenación adecuada de éste, incluso cuando el convenio aplicable se haya ocupado de él. Son muchas las cuestiones técnicas a definir, y una norma colectiva general no es el lugar adecuado para ello. Por esto es común que las prescripciones convencionales se vean completadas con otras más precisas, que se presentan bien como un acuerdo de empresa, bien como un anexo al propio convenio.

No faltan tampoco las regulaciones unilaterales del teletrabajo, generadas por las propias empresas. Esto es especialmente común en el ámbito de las administraciones públicas, que fueron de las primeras entidades en apoyar su utilización; éstas implantaron diversos programas, regulados a través de distintos tipos de normas administrativas, que venían a cumplir, por su nivel de detalle, el papel de los pactos de teletrabajo vistos para el sector privado. No hay que olvidar, por otra parte, que esta implantación suele haber sido acordada previamente con las organizaciones sindicales representativas de este sector, a través de acuerdos en los que se han establecidos las condiciones de su utilización, por lo que la unilateralidad

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL

es más formal que real. La realidad es que son los sindicatos los que verdaderamente están empujando el uso de formas de trabajo virtual en las administraciones públicas españolas, con la idea de que la generalización de su uso tenga efectos también en el sector privado.

Por lo que se refiere a éste, cuando se trata de autorregulación del teletrabajo vamos a encontrar, más que documentos monográficos sobre éste, un tratamiento en los textos de organización del trabajo y de utilización de los medios tecnológicos de la empresa. En estos documentos, formulados con el estilo de códigos de buenas prácticas, se establecen las condiciones en que los empleados podrán teletrabajar, y las condiciones en las que lo harán.

Este escaso desarrollo real de una ordenación colectiva del teletrabajo resulta insatisfactorio en un momento en que éste está cambiando de naturaleza, y va a hacerlo también su presencia en las empresas. Por las razones indicadas va camino de convertirse en un momento o fase en la prestación de trabajo para una mayoría de los trabajadores, a medida que la hiperconectividad de éstos se extiende con los desarrollos tecnológicos[39]. Lo que vamos a tener cada vez más es prestación de servicios fuera no sólo del lugar de trabajo ordinario, sino también más allá de los horarios tradicionales, ocupando tiempos privados del trabajador incluyendo los de desplazamiento a las instalaciones de la empresa. Una prestación que no va a ser siempre similar a la que se desarrolla en la empresa, por lo que puede no ser necesario disponer de los mismos instrumentos informáticos.

Por eso quizás más que establecer una regulación del teletrabajo al uso resulta conveniente prever disposiciones para regular el trabajo fuera de las condiciones usuales.

Es evidente que en aquellos casos en los que se prevea recurrir a las formas tradicionales de éste, sustituyendo al trabajo presencial por otro en el domicilio del trabajador, se deberá prever la forma en que se llevará a cabo con el grado de detenimiento necesario. En los demás casos es necesario disponer también de reglas claras, acordadas con los representantes de los trabajadores. Pero esto, como se ha dicho, es un fenómeno más amplio que el del trabajo remoto, y lo trataré en un apartado posterior. Sí me atrevería a decir que estas cuestiones son de la suficiente extensión como para constituir un contenido normal de los convenios, para todo tipo de empresas y sectores, saliendo del nicho de las tecnológicas.

Incluso si nos ceñimos al teletrabajo tradicional, aquél prestado de manera regular en el domicilio del trabajador con conexión a la empresa,

[39] Según la Comisión Europea, Hace 10 años 1 de cada 14 europeos teletrabajaba, hoy lo hace uno de cada 6. En «Documento de reflexión…», op.cit., pg.6.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

podemos identificar algunos problemas nuevos, cuya solución puede estar en la negociación colectiva. Quizás el más relevante sea el del «derecho a teletrabajar», la posibilidad de que el trabajador exija a su empresa prestar la totalidad o parte de su jornada de manera remota[40].

No me refiero a la voluntariedad, un elemento esencial en la regulación de esta figura y que hoy está garantizado legal y convencionalmente. Esta voluntariedad se refiere a la ausencia de un deber de aceptar una imposición de la empresa. De lo que se trata aquí es de otra cosa, de que la voluntad del trabajador baste para que puede acceder a trabajador conectado remotamente, sólo porque le interese hacerlo, existiendo una obligación de la empresa de hacerlo posible.

El principal obstáculo jurídico es que la voluntariedad establecida por el AMET es bilateral, de tal manera que tampoco puede obligarse a la empresa que acepte una solicitud de su empleado en este sentido. Desde un punto de vista organizativo las empresas se oponen a esto porque quieren controlar una decisión tan importante, en el marco de una cultura de recursos humanos todavía presencialista en la que el trabajo remoto no se percibe como una posibilidad ordinaria.

Dado que la legislación no reconoce este derecho debe ser la negociación colectiva la que lo establezca, incluyendo el compromiso del empleador de aceptar las peticiones de los trabajadores. Un derecho absoluto no resulta viable, por lo que serán varios los aspectos a acordar: puestos susceptibles de prestación remota; las circunstancias del trabajador, como la exigencia de una antigüedad determinada o la existencia de responsabilidades familiares; duración de esta situación; porcentaje de jornada en remoto, etc. Otra cuestión compleja es determinar qué trabajador debe tener prioridad, en el caso de que no existan oportunidades de teletrabajo para todos los empleados que lo solicitan.

Su conceptuación como un derecho surge de su carácter instrumental para otros derechos de los trabajadores, como los vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar o la protección de la mujer víctima de violencia de género. Desde otra perspectiva el teletrabajo se presenta como componente para otras políticas de la empresa gestionadas con su plantilla, como la mediambiental que acabamos de ver.

4.2. El Smart Working

Otra de las nuevas formas de trabajo que encontramos en el siglo XXI es el llamado «Smart working». Éste se refiere a la utilización de las tecno-

[40] Desde esta perspectiva, J. R. Moratalla Escudero, «¿Es el teletrabajo un nuevo derecho laboral del trabajador?» El Derecho, accesible en http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet_y_tecnologia/teletrabajo-nuevo-derecho-laboral-trabajador_11_690805003.html; visitado el 8 de enero de 2018.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

logías de la información y la comunicación para un uso más eficiente de la actividad humana, que no sólo permita mejorar los resultados sino que sea más comprometido con el medioambiente y reporte más y mejores beneficios económicos y sociales (ADECCO). Este concepto deriva de uno anterior, el de «Smart Cities», y su objeto es lograr una gestión más eficiente del capital humano mediante un uso intensivo y sobre todo inteligente de las TIC, con la finalidad de lograr la triple sostenibilidad (social, económica y medioambiental) de las empresas. Esto se conseguiría ampliando la capacidad de decisión de las personas sobre cómo, cuándo y dónde trabajan, sustituyendo la presencia física en la empresa por una conexión digital que puede realizarse en cualquier momento. No coincide con el teletrabajo tradicional, pero sí se aproxima a las nuevas formas de éste que se están generalizando. Se habla, así, de «telework» y de «ICT-Mobile Work».

De esta forma de trabajar se predican una serie de rasgos distintivos, entre los cuales estarían los siguientes:

— movilidad permanente,
— comunicación continua y bilateral trabajador/empresa
— pluralidad de lugares de trabajo
— alto nivel de conectividad
— trabajo remoto
— acceso global y constante al conocimiento
— networking
— autogestión del tiempo de trabajo
— horarios y jornadas de trabajo flexibles

El Smart working exige también nuevas formas de dirección en las empresas, más orientadas hacia los resultados y el reconocimiento de espacios para la iniciativa y autonomía del trabajador[41].

Aunque es una realidad con un alto contenido tecnológico, en su desarrollo no hay que obviar otros factores como la llegada de nuevas generaciones, criadas en entornos muy tecnificados, al mercado de trabajo; la globalización; el crecimiento de modelos freelance de prestación de servicios; la extensión de nuevas estrategias empresariales; o la aparición del trabajo en plataformas, entre otras[42].

---

[41] En las conclusions del World Economic Forum de DAVOS del año 2016 se afirma al respecto lo siguiente: «as physical and organizational boundaries are becoming increasingly blurred, organizations are going to have to become significantly more agile in the way they think about managing people's work and about the workforce as a whole». World Economic Forum, «The Future of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution», Global Challenge Insight Report, Davos, enero de 2016, pg.31.

[42] Me remito a la excelente sistematización realizada por J. Cruz Villalón en su trabajo «La transformación de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía», Temas Laborales, nº 138, 2017, pg.14.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Esta nueva forma de trabajar afecta profundamente a elementos nucleares de la relación de trabajo, tratados en los convenios colectivos, por lo que su introducción en las empresas debe verse acompañada necesariamente de cambios en éstos. Se pueden identificar numerosas cuestiones que deben ser tratadas por los convenios en mercados de trabajo hipertecnificados:

— Comunicación en formatos electrónicos entre empresa, trabajadores y representantes de éstos
— Medios de pago del salario y otras cantidades, a través de banca electrónica u otros canales
— Utilización de medios de la empresa fuera de la jornada de trabajo y para fines privados del trabajador
— Utilización de medios del trabajador (como smartphones, tabletas o portátiles) para usos profesionales, incluso con conexión remota a la intranet corporativa (el llamado BYOD)[43]
— Nuevas formas y estándares de control del tiempo de trabajo
— Mayores exigencias de control de la productividad y del desempeño de los trabajadores
— Cuestiones relacionadas con la indeterminación del lugar de trabajo, como lo son los relativos a la integración en censos electorales sindicales; el acceso a la representación legal de la plantilla; medidas de prevención de riesgos laborales; identificación de accidentes como de trabajo, etc.
— Gestión de nuevos riesgos para los derechos de los trabajadores relacionados con la tecnología: privacidad, trazabilidad, libertad de expresión, sobreexposición por iniciativa de la empresa, propiedad intelectual, derechos vinculados con la propia imagen…
— Gestión de los nuevos riesgos para las empresas: uso extralaboral de los medios de la empresa; fugas de información; ataques informáticos; absentismo presencial; riesgo reputacional por presencia de los empleados en las redes sociales[44]; responsabilidad frente a terceros, etc.
— Determinación concreta de las obligaciones laborales y control de su cumplimiento

En general tiempo, lugar y contenido de la prestación van a verse afectados sustancialmente. Cambia también el ejercicio de los pode-

[43] Se trata de las siglas de la expresión inglesa «Bring your own device».

[44] El primer informe del Proyecto Technos, del Instituto de Estrategia Legal en Recursos Humanos de Cuatrecasas se ocupa monográficamente de esta cuestión; S. del Rey Guanter (dir.), «Impacto de las redes sociales en la organización del trabajo, en los recursos humanos y en el mercado de trabajo», Madrid, Wolters Kluwer, 2017.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

res empresariales, tanto en lo relativo a la dirección como en cuanto a vigilancia y control de la prestación de los empleados. Unas transformaciones que no van a ser posibles sin un marco convencional ajustado a estas nuevas realidades, que están ya presentes en numerosos sectores y empresas[45]. Son, de hecho, las carencias de los convenios vigentes lo que han generado los grandes problemas que se están produciendo en la práctica de nuestras relaciones laborales, que han tenido que ser resueltas de manera progresiva por los tribunales.

Muchos de estos problemas tienen que ver con cómo se trata la tecnología en los convenios colectivos en España. La presencia en éstos es todavía muy escasa, a pesar de lo generalizado de su uso en nuestro tejido productivo; y a pesar, también, de la constatación de las dificultades que está produciendo esta situación. Son numerosos los estudios que lo denuncian[46]. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos las clasifica dentro de las cláusulas con «escasa incidencia en la negociación colectiva», situando el umbral para ello en la afectación a menos del 30% del total de trabajadores con convenio. Según sus estudios trianuales sobre la negociación colectiva, este número fue en el año 2007 (último de la serie publicada en este formato) del 7,2%. La serie comienza con un 6,8 % en 1997, y llega al 7,2% en 2007, con un máximo del 8,5% en el año 2004[47]. Un estudio más reciente cifra en un 3,24% del total de

[45] Para López García, «lo idóneo es que la implantación de la digitalización viniera de una forma natural dentro de los mejores estándares de calidad en el trabajo, donde se premie el talento y la fidelización de las plantillas, a través de mejores convenios colectivos, por ser las principales protagonistas de que este proceso digitalizador se lleve a cabo»; «La digitalización..:», ibídem.

[46] Entre otros, P. Gimeno Díaz de Atauri, «La regulación de las TIC en la negociación colectiva», en R. Escudero Rodríguez (coord.), «Observatorio de la negociación colectiva de CC.OO.», Madrid, Cinca, 2010, pg.303. Para este autor «el análisis de los convenios actualmente en vigor muestra que no es tan común como sería deseable la determinación del alcance de los poderes empresariales en relación al uso de los medios tecnológicos para el control de sus trabajadores, la gestión y utilización de los medios informáticos de la empresa por parte de sus trabajadores, la puesta en práctica del teletrabajo, etc.»; si bien reconoce que «es preciso reconocer que existe un número mayor de convenios en los que se hace alguna alusión a estos avances técnicos». Véase también M. Correa Carrasco, «La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva», Revista de Derecho Social, nº 31, 2005, pg.46; y Rodríguez-Piñero Royo et al., «Nuevas tecnologías y Derecho del Trabajo: estado de la cuestión en España», en Castiñeira Fernández, «El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos»; Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pg.259.

[47] «En cambio, todavía existe una serie de cláusulas que tienen una escasa incidencia en la negociación colectiva, al afectar a menos del 30% de los trabajadores con convenio colectivo. Entre estas cláusulas con reducida repercusión en la negociación colectiva pueden destacarse las relativas (…) a la implantación en las empresas de nuevas tecnologías»; CCNCC, «La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008», Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2009, pg.135.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN - SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

convenios los que en el año 2014 trataron cuestiones relacionadas con la implantación de las nuevas tecnologías[48].

Ni siquiera el hecho de que se recoja en su clausulado menciones a los soportes tecnológicos garantiza una regulación colectiva adecuada de estas materias. En muchos convenios vamos a encontrarlas sólo en su régimen disciplinario, sancionando el uso indebido de los medios electrónicos propiedad de la empresa. Otras veces veremos el estatus quo tecnológico recogido en la clasificación profesional, que puede definir los grupos profesionales por referencia a los medios que se han de manejar. Menos frecuente es encontrar una regulación de los derechos sindicales, bien mediante el reconocimiento de derechos de acceso a estos medios para realizar las comunicaciones con la plantilla (los llamados «derechos on-line»), bien (y esto es mucho menos frecuente) garantizado la participación de los representantes de los trabajadores en la decisión de implantar cambios tecnológicos. Otros contenidos que podemos encontrar tienen que ver con el ejercicio de los poderes de control y la garantía de la privacidad de los empleados; con la formación necesaria para mantener constante su actualización técnica; con la retribución de las competencias vinculadas con la tecnología; con su uso para fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar, o para reducir el impacto medioambiental, etc. La presencia de un capítulo monográfico sobre esta materia en este mismo libro me exime de prestarle mayor atención.

Hay algunos temas tradicionales que adquieren una mayor relevancia en un contexto de alta digitalización. La formación de los trabajadores es el más claro ejemplo de esto. También puede señalarse cómo, entre las obligaciones del trabajador se incrementa la importancia de la diligencia debida en el cumplimiento de las directrices técnicas de su empleador, hasta llegar a configurarse una verdadera «diligencia informática», el utilizar adecuadamente los medios electrónicos y digitales puestos a su disposición, de acuerdo con las instrucciones y los códigos de autorregulación establecidos a tal efecto[49]. Esto tiene que reflejarse en el convenio que aplique la empresa, tanto en su régimen disciplinario como en lo relativo a la determinación de las obligaciones laborales.

Los interlocutores sociales representados en el Consejo Económico y Social han reconocido la necesidad de potenciar el tratamiento de estas cuestiones. En su informe sobre «La digitalización de la economía» afirman lo siguiente: «Asimismo, es necesario reforzar el papel de la nego-

[48] M.A. Falguera Baró, «Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual»; Trabajo y Derecho, nº 19, 2017, pg.3 (de la versión electrónica).

[49] En algunas empresas se habla de la existencia de un deber de mantenerse en «ciberforma», creando esta figura para visualizar el cumplimiento del conjunto de obligaciones derivadas del uso de los distintos soportes tecnológicos, cumpliendo las disposiciones establecidas por la empresa y evitando cualquier tipo de riesgo para ésta.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ciación colectiva y el enriqueci¬miento de sus contenidos en relación con los cambios tecnológicos y sus repercusiones en el empleo y en las relaciones de trabajo. La negociación colectiva, por su naturaleza y por las funciones que cumple, es el instrumento que puede facilitar, en particular, una adecuada gobernanza de las estrategias de transformación digital de las organizaciones productivas dinamizando las relaciones laborales en un sentido proactivo, es decir anticipándose a los cambios y sus efectos, y equilibrador en relación con estas»[50].

Un tema que será recurrente en el mercado de trabajo hiperconectado será el de la progresiva permeabilización de las fronteras entre la actividad profesional y la vida personal del trabajador. Este fenómeno opera en dos direcciones: de una parte se constata como actuaciones de éste en su ámbito privado pueden tener importantes consecuencias en su relación de trabajo, como ocurre cuando se difunden en las redes sociales manifestaciones o contenidos contrarios a ésta. Esto no es algo estrictamente nuevo, ya que se trata de una nueva manifestación del clásico conflicto entre libertad de expresión y obligaciones contractuales; sólo que ahora los medios de dar a conocer estas opiniones tienen un alcance incomparablemente mayor, como también lo son los que dispone la empresa para controlar la actividad de sus empleados en las redes. El convenio es, una vez más, el canal adecuado para establecer las reglas que aseguren un adecuado equilibrio entre los intereses de ambas partes, así como para prever las consecuencias en caso de incumplimiento.

De otra parte es evidente a estas alturas que la generalización de las TIC y de la conectividad total está teniendo como consecuencia la ampliación de la dedicación laboral de los trabajadores más allá de los límites de la jornada de trabajo, al hacer posible una disponibilidad continua de éstos por resultar fácilmente accesibles a sus empleadores. Esto nos lleva a un problema que está teniendo un gran impacto en los debates laborales, el de la necesidad de defender el uso particular del tiempo particular del trabajador frente a esta invasión; o, por decirlo con la terminología que se está generalizando, garantizar su derecho a la desconexión digital[51].

---

[50] CES, «La digitalización de la Economía», Informe 3/2017, elaborado a iniciativa propia y aprobado en la sesión ordinaria del Pleno del día 25 de octubre de 2017. En pg.154

[51] Contamos ya con importantes publicaciones al respecto. Véanse en este sentido los trabajos de F. Alemán Páez, «El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail Nº 2016-1088», Trabajo y derecho, nº. 30, 2017, pg. 12; M. R. Vallecillo Gámez, «El derecho a la desconexión: ¿«Novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?», Revista de trabajo y seguridad social CEF, nº. 408, 2017, pg. 167; C. Molina Navarrete, «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: «desconexión digital», garantía del derecho al descanso», Temas Laborales, nº 138, 2017, pg.249; S. del Rey Guanter (dir.), op.cit., pg.532.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL / SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

Se trata sin duda de la consecuencia más llamativa de la extensión del Smart Working, que ha adquirido un importante valor simbólico como icono de los excesos de un mercado de trabajo altamente tecnificado y conectado. Su reconocimiento se ha producido en muchos países por la negociación colectiva, como ha ocurrido en casos muy conocidos en Alemania y Francia.

También ha ocurrido así en el nuestro, aunque con una presencia testimonial en nuestros convenios. El principal desarrollo convencional hasta la fecha, que ha tenido un gran impacto en nuestras relaciones laborales pero parece que poco seguimiento, ha sido sin duda el Convenio Colectivo del Grupo AXA 2017. En éste se trata esta cuestión en su artículo 14, titulado precisamente «Derecho a la desconexión digital», con la siguiente redacción:

> *Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la «interconectividad digital» está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo. En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores. Es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo.*

Se trata de una novedad ciertamente interesante, que merece cierto comentario. Parece claro que se consolida la denominación de «derecho a la desconexión digital» para referirse a esta garantía. Su presencia en este convenio no es casual, ya que se firmó en una empresa que utiliza de manera intensiva las NNTT, a pesar de no ser tecnológica en sentido estricto. Esto explica que este artículo se inserte en una regulación completa de estas materias, incluyendo otros específicos sobre el teletrabajo y la implantación de nuevas tecnologías. Es, además, un convenio de empresa, lo que confirma que es a este nivel en el que la negociación está avanzando. Cabe señalar, finalmente, que este convenio aplica a una empresa de matriz francesa, introduciendo en nuestro país prácticas ya conocidas en la matriz, lo que es un claro ejemplo de circulación de soluciones convencionales entre distintos sistemas de relaciones laborales, en este caso a través de la presencia de empresas multinacionales en varios de ellos.

Desde el punto de vista del contenido esta primera regulación es todavía algo pobre, en la medida en que se limita a establecer una prohibición general que puede ser sin embargo fácilmente superada por la empresa, a la que se le permite hacerlo en caso «de fuerza mayor o circunstancias excepcionales». Es de esperar que en sucesivas apariciones de este derecho los convenios sean más detallados tanto en cuanto al alcance de la desconexión como en lo relativo a los supuestos en los que la empresa puede legítimamente conectar con sus empleados.

El papel de la negociación colectiva está siendo muy relevante, siendo éste un ejemplo muy claro de función prelegislativa, al compensarse por esta vía las carencias de la legislación laboral. Ésta, que comienza a aparecer, sigue las líneas marcadas por la práctica convencional, cuando no se apoya en los propios convenios. Este es el caso de Francia, donde se aplica desde 1 de enero de 2017 una ley que impone a las empresas con más de 50 empleados el deber de negociar con los representantes de éstos un derecho a la desconexión. Este modelo de regulación, mucho menos ambicioso en sus resultados de lo originalmente previsto, puede servir de pauta a otros ordenamientos. En el nuestro ya se está planteando esta cuestión, especialmente tras la aprobación del texto francés. Los responsables del Ministerio de Empleo han expresado que se trata de una cuestión que está en su agenda. Y se han presentado algunas iniciativas parlamentarias en este sentido.

En Comú Podem registró en el Congreso el 7 de marzo de 2017 una proposición no de ley en la que emplazaba al Gobierno a aprobar, previo acuerdo con los agentes sociales, una regulación que evitara que los trabajadores continuaran trabajando tras finalizar su jornada por el uso de los medios electrónicos de la empresa y, además, garantizar la seguridad y su salud en el trabajo y el descanso necesario[52]. También se instaba a impulsar un plan de uso de las TIC fuera de la jornada laboral con el objetivo de educar digitalmente tanto al empresariado como a los trabajadores. Se proponía al Congreso lo siguiente:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1. *Impulsar una regulación legal conjuntamente con los agentes sociales del uso de las tecnologías de la comunicación (mensajería y correos electrónicos o dispositivos móviles) fuera de la jornada laboral con el objetivo de evitar que los trabajadores y trabajadoras puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa, y garantizar la seguridad y salud en el trabajo y el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y el respeto a las vacaciones de las personas trabajadoras.*

[52] BOCG serie D, nº 127, de 22 de marzo, pg.52

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL

2. *Impulsar la creación de un plan de uso de las tecnologías de la comunicación fuera de la jornada laboral con el objetivo de educar digitalmente tanto al empresariado como a los trabajadores y trabajadoras.*

3. *Impulsar la creación por parte del Instituto Nacional de Estadística de indicadores de medición del estrés laboral de los trabajadores y trabajadoras.*

4. *Impulsar la derogación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.*

5. *Impulsar la realización de un estudio que analice si el uso intensivo de las tecnologías de la información y de la comunicación (mensajería y correos electrónicos o dispositivos móviles) puede llegar a provocar problemas de adicción o dependencia.»*

Por su parte, con fecha de 27 de marzo de 2017 el Grupo Parlamentario Socialista presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición No de Ley sobre protección de los derechos digitales de la ciudadanía[53], para su debate en Pleno, en el que, entre otras cosas, se solicitaba de la Cámara que instara al Gobierno a «acometer políticas que garanticen la protección de la privacidad digital en el ámbito laboral y la desconexión de los trabajadores fuera del horario de trabajo. El Gobierno presentará un proyecto de ley para reformar el régimen laboral vigente a fin de:

a) Garantizar la privacidad de los trabajadores en la utilización de medios digitales.

b) Preservar la intimidad de los trabajadores ante las tecnologías utilizadas por los empresarios para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales.

c) Garantizar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores fuera del horario laboral».

4.3. El trabajo en plataformas

Si hay que señalar una nueva forma de empleo que caracterice la segunda década del siglo XXI ésta debe ser sin duda el trabajo a través de plataformas[54]. Forma emergente, pero con una importante presencia en todos los

[53] BOCG serie D, nº 139, de 7 de abril de 2017, pg.4.

[54] Los miembros del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R han publicado un portal sobre esta materia, en el que se reproducen sus resultados científicos y se incluye numerosa información sobre el impacto de la economía colaborativa. Este portal se denomina «Trabajo, Persona, Derecho y Mercado», y se localiza en la siguiente dirección electrónica: http://grupo.us.es/iwpr/

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

mercados de trabajo y sectores, demuestra una capacidad de crecimiento verdaderamente inquietante. En los debates laborales del momento ocupa un lugar central, tanto por este ritmo de extensión como por las consecuencias, actuales y potenciales, que puede tener sobre el Derecho del Trabajo[55].

No entraré en el primer debate, ciertamente esencial, sobre esta modalidad de trabajo, centrado en su misma denominación. Se discute sobre si merece o no el adjetivo de «colaborativo», originario en experiencias de consumo colaborativo que poco tienen que ver con esto, verdaderas prestaciones de servicios onerosos en mercados competitivos. Por esto hablaré de «trabajo en plataformas», usando una expresión que creo hace justicia a la realidad de lo que supone.

El trabajo en plataformas es una forma típica de prestación de servicios en la economía digital, aunque no es desde luego la única consecuencia de su desarrollo. Se caracteriza por apoyarse en un instrumento digital que permite el desarrollo de la actividad de la empresa, bien conectando prestadores de servicios con los usuarios de éstos, bien canalizando la misma realización de éstos. Dentro de éste se distinguen varias modalidades, desde el punto de vista del papel de los distintos sujetos involucrados, hablándose así de trabajo basado en plataformas colaborativo, bajo demanda y de acceso[56], siendo el segundo el que más efectos puede tener desde el punto de vista laboral[57]. El trabajo a demanda combina en ocasiones con la acumulación de recursos personales para proyectos concretos, generando el llamado crowdworking que se presenta como una modalidad extrema del trabajo en plataformas, generando mayores dificultades para su ordenación[58].

---

[55] A pesar de lo reciente del fenómeno disponemos ya de una abundante bibliografía sobre esta realidad desde la perspectiva del Derecho del Trabajo. Entre otros muchos trabajos, Hernández Bejarano & Rodríguez-Piñero Royo (dir), «Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos», Bomarzo, Albacete, 2017; A. Todolí, «El trabajo en la era de la economía colaborativa», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016; P. Páramo Montoro, «Las nuevas formas emergentes de trabajo, Especial referencia a la economía colaborativa», Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº128, 2017, pg. 183; F. Trillo Párraga, F. «Economía digitalizada y relaciones de trabajo», Revista de Derecho Social, nº 76, 2016, pg. 59; F. Cavas Martínez, «Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo», Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, nº 406, 2017, pg.23; M.L. Birgillito, «El trabajo en la era de la gig-economy. Una aproximación desde una perspectiva internacional», Trabajo y Derecho, nº 29, 2007.

[56] A. Prada Blanco, «Hipercapitalismo cognitivo e infomonopolios:Industria 4.0 y sociedad», Estudios de la Fundación Primero de Mayo, nº101, julio de 2017, pg.6.

[57] En general, las estrategias de utilización del trabajo sólo en términos de estricta necesidad, bajo demanda, se han extendido en todo el mercado, y los soportes digitales la han facilitado, conjuntamente con estrategias empresariales de reducción de costes y de gestión por proyectos.

[58] En detalle A. Ginès i Fabrellas, «Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk», Revista Derecho Social y Empresa, nº6, 2016.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Uno de los elementos centrales del debate en torno al trabajo en plataformas tiene que ver con su ubicación en la tradicional dicotomía laboral/no laboral que determina la aplicación o exclusión en bloque del Derecho del Trabajo, cuestión que es respecto de esta forma de empleo especialmente compleja (por la diversidad de situaciones que podemos encontrar y las formas novedosas de articular los servicios), generando a la vez riesgos de deslaboralización, de precarización y de perdida de la eficacia reguladora del ordenamiento laboral, del que escaparían sectores enteros del mercado de trabajo[59]. Es ésta una cuestión propia del legislador y los jueces laborales, donde tradicionalmente los sujetos colectivos han tenido poco que decir al tratarse de un tema de orden público, consecuencia de una decisión fundamental del Derecho del Trabajo, la de delimitar a qué personas y servicios se aplica.

Al margen de esto, e desarrollo de esta forma de empleo ha permitido identificar una serie de materias necesitadas de una regulación propia, bien por la carencia de normas que las traten, bien porque la forma en que lo hacen las que se les aplican resulta insuficientes o insatisfactorias[60]. Frente a algunas opiniones que defienden la autorregulación del sector, la intervención reguladora aparece como la opción que recibe más apoyos. Se ha hablado, por ello, de la existencia de una «agenda reguladora» para el trabajo el plataformas, una serie de intervenciones del legislador

[59] La mayoría de los estudios citados se refieren a esta cuestión. Los hay también monográficos, entre los que destacan los de S. González Ortega, «Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas», Temas Laborales, nº 138, 2017; C. García Quiñones, «Desarrollo tecnológico y nuevas maneras de trabajar: ¿Hacia una reconfiguración en los contornos del derecho del trabajo?»; comunicación presentada al XXVI Congreso de la AEDTSS; Córdoba, 2016; y A. Todolí Signes, «El trabajador en la «Uber economy»: Ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario»; otra comunicación a este mismo Congreso.

[60] El Parlamento Europeo ha señalado en su «Resolución sobre las condiciones laborales y el empleo precario» que «hay numerosos factores, como por ejemplo la digitalización y la automatización, que están contribuyendo a que se produzca una transformación de la naturaleza del trabajo, incluido el aumento de las nuevas formas de empleo; señala, a este respecto, que las nuevas formas de trabajo pueden requerir nuevas normas, proporcionadas y que respondan a los cambios, para lograr que todas las formas de empleo estén cubiertas». Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)); accesible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0290+0+DOC+PDF+V0//ES. La Confederación Europea de Sindicatos ha llegado a proponer «un marco europeo sobre el trabajo colaborativo» para evitar «el debilitamiento o la neutralización de los salarios mínimos, de la normativa sobre tiempo de trabajo, de la seguridad social, del régimen de jubilación, de la fiscalidad, etc.», así como para asegurar «la aplicación efectiva de los reglamentos y la legislación nacional y europea y los derechos de los trabajadores en entornos en línea; establecer reglas justas, garantizar que se paga el salario mínimo equitativo y la disponibilidad del acceso a la seguridad social; proteger los derechos a la propiedad intelectual» Resolución de la CES sobre la digitalización: «hacia un trabajo digital justo» Adoptada en el Comité Ejecutivo el 8-9 de junio 2016. Accesible en http://www.ccoo.es/21d4392f1c3a0985ca39f0050cd3a773000001.pdf

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

laboral exigida por las carencias del Derecho del Trabajo en vigor para acomodar en su seno, de una manera adecuada, a estas actividades[61]. En ésta encontramos, entre otros, los siguientes temas:

- lucha contra la economía informal
- gestión de prestaciones de escasa entidad económica o marginales
- calificación de los servicios
- tutela colectiva de trabajadores dispersos
- condiciones económicas y de trabajo
- respeto de los derechos fundamentales, especialmente en lo relativo a la intimidad
- determinación de la legislación aplicable, en los supuestos de prestación transnacional
- adaptación de los mecanismos de protección social

Muchos de éstos son materias propias de convenio colectivo, especialmente todo lo que tenga que ver con las condiciones de trabajo y la tutela de los derechos de los trabajadores. Como en otras formas de empleo y contenidos indicados a lo largo de este trabajo, hay un papel para los interlocutores sociales. Especialmente porque el legislador está demostrando en casi todas partes una sorprendente incapacidad de reacción, dejando toda la responsabilidad por el momento a jueces y a administración laboral.

Si pensamos en una regulación convencional encontraremos, sin embargo, importantes dificultades. Una primera es la delimitación de las unidades de negociación, ya que esta forma de empleo se encuentra en una pluralidad de sectores, atravesando las fronteras tradicionales que confirman las relaciones negociales. Esto es así porque una forma de empleo no determina una unidad de negociación, como se pudo comprobar en su momento con el teletrabajo. Resulta dudoso que pueda aplicarse aquí el modelo del telemarketing, agrupado en un único convenio de contact-center. Aquí se ha producido una delimitación no sólo en base a la forma en que se desarrolla la actividad, sino también al tipo de servicios. Éstos constituyen el objeto de unas empresas, conformando un verdadero sector empresarial que permite definir una unidad adecuada para negociar un convenio. En el trabajo en plataformas encontramos precisamente lo contrario, puesto que las actividades económicas gestionadas por estos canales son de todo tipo, estando incluidas en los ámbitos de convenios tradicionales. Una posibilidad sería construir espacios de regulación

[61] Me remito a mi trabajo M. Rodríguez-Piñero Royo, «La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social», Temas Laborales, nº138, 2017, pg.125. En éste he desarrollado esta idea con detalle.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

convencional sectoriales, determinando convenios para determinado tipo de plataformas en razón de las actividades que engloben (servicios, transporte de personas, transporte de comida…); otra, generar convenios de empresa que se aplicarían a las gestoras de cada una de estas plataformas. La dimensión de algunas de éstas justifica tener su propio convenio, algo que se ve facilitado por las últimas reformas laborales en España. La falta de voluntad de los operadores del sector es un obstáculo serio para esta solución.

Una segunda dificultad se produciría en una hipotética constitución de la relación negocial, por la falta de interlocutores representativos del sector y de sus empleados. Esto está viéndose corregido en los últimos tiempos, al aparecer tanto asociaciones de empresarios digitales como organizaciones de empleados de algunas plataformas. Incluso en estos casos puede resultar imposible medir su representatividad, de acuerdo con los estándares comunes de nuestra legislación laboral.

Existe una tercera dificultad para poder constituir relaciones convencionales en este ámbito, que es la falta de espacios de coincidencia en los intereses de plataformas y trabajadores digitales, que permitan encontrar elementos de acuerdo. Una mayoría de empresas del sector consideran inconveniente cualquier tipo de regulación por considerarla restrictiva de la innovación que debe caracterizar éste. Tanto más si la regulación que se pretende es convencional, con mayor capacidad para limitar los poderes directivos. A lo que se suma que en muchas el modelo de negocio se basa en negar la calidad de trabajador a los prestadores, y por tanto la de sujeto con capacidad de negociar colectivamente.

La gran diversidad de actividades que podemos encontrar en las plataformas supone una dificultad adicional para organizar una respuesta convencional común. Estas actividades se encuentran ya reguladas por sus propios convenios, por lo que se aplicaría la prohibición de concurrencia del artículo 84 del Estatuto de los Trabajos, a falta de prioridad aplicativa salvo que se opere a nivel de empresa[62].

Pero no debemos engañarnos sobre cuál es el principal obstáculo que encontraría una hipotética negociación: el carácter autónomo del trabajador en una mayoría de las plataformas. En muchas ocasiones el trabajo en plataforma se basa en un paradigma de trabajador autónomo, al que se llama free-lance, carente de todo tipo de vinculación laboral ni con ésta ni con sus clientes. Incluso si se produce una regularización del empleo en

[62] Un estudio muy interesante que analiza estas actividades desde la perspectiva de las unidades de negociación colectiva actualmente vigentes es el de A.B. Muñoz Ruiz, «Sector digital, plataformas profesionales y convenio colectivo aplicable», Revista de Información Laboral, nº2, 2017.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

esta actividad, reconociendo la laboralidad de quiénes la merezcan y asignando el carácter de dependientes a los autónomos con una vinculación económica especialmente fuerte con su plataforma[63], la realidad es que en este sector seguirá habiendo un gran número de autónomos, ordinarios y TRADE, para los que una ordenación colectiva arrastra importantes complicaciones[64].

La necesidad de mejorar la tutela colectiva de los trabajadores autónomos es una antigua reivindicación, que se ha dado respuesta parcial en algunos ordenamientos con la creación de figuras particulares del tipo TRADE español. Las soluciones parciales de reconocerles formas avanzadas de organización, acercar su estatus en materias colectivas a los asalariados, o incluso reconocer ciertos instrumentos de ordenación colectiva han demostrado ser insuficientes, especialmente en un contexto de generalización de este tipo de trabajo en lo que se conoce ya como «revolución free-lance»; y en un proceso, también, de precarización de la situación de estas personas.

La extensión del trabajo autónomo contratado a través de plataformas está actuando, de hecho, como un factor promoviendo un replanteamiento de los derechos colectivos de este sector del mercado de trabajo. No es el único, puesto que la revolución free-lance, erosionando los espacios propios del trabajo asalariado, y la progresiva pérdida de calidad de este tipo de empleos presiona en esta misma dirección. Nos encontramos, pues, ante un cruce de tendencias, una que pretende replantearse la forma de entender y ordenar las actividades por cuenta propia, y otra que busca un marco adecuado para las personas que realizan profesionalmente tareas a través de plataformas. Ambas coinciden en su diagnóstico sobre esta forma de empleo en Europa, como un importante factor de precarización del trabajo; y las dos se plantean un objetivo común, mejorar esta situación cambiando radicalmente la forma en que pensamos el Derecho sindical y la propia negociación colectiva.

Por otra parte, las propuestas para el fortalecimiento de la vertiente colectiva del estatuto jurídico del trabajo autónomo deben inscribirse en otro debate más amplio, sobre el acercamiento de los regímenes respectivos de éste y del empleo asalariado, un debate potenciado por el proceso de precarización que está experimentando éste. También en los debates

[63] Una de las principales críticas que se hacen a la economía colaborativa es que está forzando una calificación de actividad por cuenta propia a situaciones en las que lo que hay es trabajo por cuenta ajena, provocando una huida del Derecho del Trabajo en detrimento de los prestadores de servicios.

[64] Uno de los primeros estudios sobre la realidad del trabajo en plataformas en algunos Estados europeos es el de HWS, Spencer & Joyce, «Crowd work in Europe. Preliminary reports from a survey in the UK, Sweden, Germany, Austria and the Netherlands», Foundation for European Progressive Studies, diciembre 2016; especialmente en pg.14, «Employment status of crowd workers».

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

sobre el trabajo a través de canales digitales se ha planteado esta cuestión, proponiendo puentes entre ambas regulaciones o la creación de nuevas figuras intermedias entre las dos.

Son múltiples las voces que en esta segunda década del siglo XXI están abogando por un fortalecimiento de los derechos colectivos de estas personas. El mismo Parlamento Europeo en su Resolución de 2017 sobre las condiciones laborales y el empleo precario pide a la Comisión y a los Estados miembros que, dentro de sus competencias respectivas, «garanticen que los trabajadores autónomos, que son considerados empresas unipersonales desde el punto de vista jurídico, tengan derecho a la negociación colectiva y a la libertad de asociación»[65].

También se está promoviendo que se reconozca a este colectivo un verdadero derecho a la negociación colectiva. El Parlamento Europeo, en su Resolución antes citada, pide a la Comisión y a los Estados miembros que promuevan políticas que empoderen a los trabajadores, «mediante el refuerzo del diálogo social y el fomento de la negociación colectiva, garantizando que todos los trabajadores, con independencia de su condición, puedan acceder al derecho de asociación y de negociación colectiva, y ejercerlo, con libertad y sin sanciones directas o indirectas por parte del empleador». La Confederación Europea de Sindicatos, por su parte, considera que las autoridades públicas deberían garantizar que respeten una serie de normas mínimas a fin de prevenir la competencia desleal en las plataformas en línea, en particular garantizando «el derecho a organizarse, realizar acciones colectivas y negociar convenios colectivos»[66].

No se trata sólo de una reivindicación, sino que estamos insertos en un proceso efectivo de construcción de una dimensión colectiva en este tipo de trabajos. La realidad laboral demuestra como los autónomos están progresivamente adaptándose a las formas de organizarse y actuar colectivamente de los trabajadores asalariados, creando sujetos representativos homologables y poniendo en marcha prácticas de negociación. En particular las formas tradicionales de asociacionismo profesional están evolucionado en sus instrumentos y objetivos[67]. A la vez

[65] Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)); accesible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0290+0+DOC+PDF+V0//ES

[66] Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, en particular el trabajo colaborativo; adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 25-26 de octubre de 2017.

[67] Un estudio muy completo y actualizado de esta dimensión colectiva en EUROFOUND, «Exploring self-employment in the European Union», Dublín, 2017, pg.54 y sigts; accesible en https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/exploring-self-employment-in-the-european-union.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

los sindicatos tradicionales se están replanteando su postura respecto de este colectivo[68].

Este fenómeno se está produciendo con especial incidencia en el sector digital, en el que el alto grado de conectividad entre las personas que trabajan en él ha favorecido su organización. Así, el World Economic Forum señalaba en las conclusiones de su encuentro de 2016 la relevancia de «modern forms of association such as digital freelancers' unions»[69]. La Confederación Europea de Sindicatos ha identificado, estudiando este sector, distintos enfoques de actuación colectiva en la economía digital[70]:

— el enfoque «París/Burdeos» para organizar a conductores y mensajeros;
— el enfoque «Londres» para ir a los tribunales;
— el enfoque «Frankfurt» para ofrecer intercambio de información a través de una web «faircrowdwork»;
— el enfoque «Viena/Colonia» para crear comités de empresa en empresas de plataforma;
— el enfoque «Copenhague» para iniciar un diálogo con plataformas y hacerlas entrar en convenios colectivos;
— el enfoque «Estocolmo» instando a las autoridades públicas a revisar la ley de la competencia para excluir a los trabajadores individuales de plataformas con medidas anti-cartel;
— el enfoque «Seattle» para promover y apoyar el establecimiento de cooperativas;

Aplicando esta cuestión a la realidad española, podríamos hablar del enfoque «Deliveroo», seguramente la empresa cuyos trabajadores han estado más activos sindicalmente, y que consistiría en la creación de sus propios sindicatos, la convocatoria de una huelga y la presentación de denuncias ante la Inspección de Trabajo. Una visión totalmente sindical de la solución a sus problemas, que resulta coherente con la percepción que tienen de su condición, que no es otra que la de trabajadores empleados de la empresa que gestiona la plataforma.

---

[68] La estrategia de la Confederación Europea sobre el trabajo atípico incluye «abrir los sindicatos, organizar y proteger mejor a los trabajadores autónomos»; Resolución de la CES sobre la digitalización: «hacia un trabajo digital justo», adoptada en el Comité Ejecutivo el 8-9 de junio 2016; accesible en http://www.ccoo.es/21d4392f1c3a0985ca39f0050cd3a773000001.pdf.

[69] World Economic Forum, «The Future of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution», Global Challenge Insight Report, Davos, enero de 2016, pg.31.

[70] Resolución de la CES sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, en particular el trabajo colaborativo. Adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 25-26 de octubre de 2017. Accesible en http://www.ccoo.es/bbcb4b1628cc513e-be954f292043127f000001.pdf.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Me parece especialmente interesante señalar que el objeto de negociación entre los transportistas y la empresa no fue un convenio o acuerdo colectivo, sino las condiciones contractuales con las que la plataforma contrataba sus servicios. No se trataba de establecer un marco completo de las relaciones laborales en la empresa, sino que el objetivo estaba mucho más focalizado, afectando al precio de las entregas, el número de éstas, la posibilidad de rechazar pedidos, la compensación de los gastos incurridos. El objetivo de la huelga que convocaron, la primera de la economía colaborativa en España, pretendía modificar el contrato-tipo utilizado por la empresa. Igualmente ilustrativo es la combinación de medios de presión utilizados, puesto que para lograr la principal reivindicación del colectivo, el reconocimiento de la laboralidad de su vinculación con la empresa, buscaron otras vías, acudiendo a la Inspección de Trabajo y a los tribunales de trabajo.

Podríamos añadir el enfoque UGT, que ha puesto en marcha un portal on-line para asistir a los trabajadores virtuales en sus reclamaciones frente a las plataformas. Se trata de la plataforma «Tu Respuesta Sindical Ya», operativa desde septiembre de 2017 como «soporte laboral a las personas trabajadoras que desarrollan sus trabajos en plataformas digitales»[71]. Se presenta como una una Plataforma de información, reivindicación, organización y denuncia, así como una vía de participación, para resolver rápidamente las dudas y asesorar a las personas empleadas en este sector.

Sea como fuere, es imposible negar la existencia de una dimensión colectiva en el trabajo autónomo en plataformas, lo que puede tener importantes consecuencias. No es que la actuación coordinada no sea ya patrimonio exclusivo de los trabajadores por cuenta ajena, es que se puede llegar más lejos y considerar que cuando ésta se asemeja en todos sus elementos a la practicada por los asalariados, puede operar como un indicio de la condición laboral de quienes las ponen en práctica. Esto se inscribe, de nuevo, en un proceso más general de acercamiento, material y jurídico, entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico[72].

Las posibilidades de extender al trabajo por cuenta propia las instituciones propias del Derecho Sindical se encuentran en la Unión Europea con un obstáculo aparentemente insalvable en la que resulta seguramente más trascendente para la mejora de su estatus: la prohibición del derecho

[71] Accesible en http://www.turespuestasindical.es/

[72] Así, en este mismo foro de Davos se reconocía como una consecuencia de los cambios en el trabajo para los gobiernos que «an important set of regulations concerns (…) the equivalent treatment in law of different forms of labour and employment types». World Economic Forum, «The Future of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution», Global Challenge Insight Report, Davos, enero de 2016, pg.31.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

a la negociación colectiva de los trabajadores autónomos justificada por consideraciones de defensa de la concurrencia. Esta limitación rige en varios ordenamientos europeos, y es ya una realidad para el Derecho unioneuropeo, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2014, asunto C 413/13, FNV Kunsten Informatie en Media, que no deja muchas dudas a este respecto[73]. Se trataba de un asunto muy particular, en el que existía una determinada actividad que era desarrollada indistintamente por autónomos y asalariados, y para la que se había celebrado un convenio colectivo. La legislación nacional sobre negociación colectiva (neerlandesa) preveía expresamente la posibilidad de negociar convenios para los contratos de servicios de profesionales por cuenta propia. El órgano jurisdiccional nacional planteo al europeo la validez de una norma convencional de esta naturaleza, desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

La conclusión a la que llega el Tribunal no se expresa de una manera muy clara: para éste, el Derecho unioneropeo sólo excluye del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE a una disposición de un convenio colectivo que se aplique a trabajadores autónomos si se cumplen tres requisitos: que el trabajador esté afiliado a una de las organizaciones firmantes; que las tareas que realice a través de un contrato no laboral para un empresario sean las mismas que los trabajadores por cuenta ajena de éste; y que «este mismo prestador sea un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores», correspondiendo al tribunal nacional proceder a tal apreciación. Interpretando contrario sensu, si se trata de un verdadero autónomo, a pesar de cumplir los demás requisitos, no se le podrá aplicar un convenio colectivo sin violar el Derecho de la competencia. El mandato jurídico, así entendido, es bastante claro.

Kunsten Informatie se presenta como el complemento especular de la famosa sentencia Albany, que sentó las bases para el difícil estatus quo de los derechos laborales colectivos frente al Derecho económico de la Unión[74]. Mantiene expresamente la existencia de un «espacio protegi-

[73] Un comentario en E. Rojo Torrecilla, «¿Negociación colectiva para asalariados y autónomos? Los falsos autónomos llegan a los tribunales europeos. Una nota a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre», El Blog de Eduardo Rojo, accesible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/12/negociacion-colectiva-para-asalariados.html Publicado el 7 de diciembre de 2014; visitado el 30 de diciembre de 2017. También G. L. Barrios Baudor, «Límites a la negociación colectiva «profesional» en el ámbito del trabajo autónomo: el Derecho de la Competencia», comunicación presentada a las XXVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, accesible en www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=371

[74] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Septiembre de 1999, asunto C-67/96. Un completo estudio en A. Guamán Hernández «Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, serie Derecho Social Internacional y Comunitario, nº. 92, 2011, pg.144 sigts.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

do» para la negociación colectiva[75], resguardado de las omnipresentes mandatos del Derecho de la libre competencia: «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 TFUE, apartado 1». Pero deja claro que esta inmunidad jurídica es interpretada restrictivamente, sin extenderse a lo que no pueda considerarse como un verdadero convenio en el sentido laboral del término: así, «disposiciones de convenios colectivos como la controvertida en el asunto principal, por haber sido celebradas por organizaciones de trabajadores pero en nombre y por cuenta de los prestadores autónomos de servicios que son miembros de las mismas, no son resultado de una 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». Y ello porque «en la medida en que una organización que representa a trabajadores entre en negociaciones en nombre y por cuenta de los prestadores autónomos de servicios que son miembros de esa organización, ésta no estará actuando en condición de sindicato y, por tanto, de interlocutor social, sino que lo hará, en realidad, como asociación de empresas». Una actuación colectiva de estos profesionales para mejorar sus condiciones laborales supone una práctica colusoria ilícita, sin que se considere su posible finalidad social.

Existe en Europa, por tanto, un problema técnico-jurídico que impide avanzar en la extensión de este derecho fundamental para todo un sector del mercado de trabajo, el de los profesionales por cuenta propia[76]. Un problema al que se ha denominado como «the Antitrust Menace»[77], que en realidad oculta otro político fundamental, la preeminencia de lo económico sobre lo social en el proceso de integración europea, que se ha

[75] En Albany el Tribunal afirmó que aunque «es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores», ello no obstante, «los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo».

[76] Aunque hay alguna experiencia nacional de adaptación de la normativa de defensa de la competencia para admitir la negociación por parte de los intereses en nombre de personas que prestan de manera personal servicios; así ha ocurrido en 2017 en Irlanda, donde una reforma de su Ley de Competencia de 2002 ha permitido el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva para dobladores, músicos de estudio y periodistas freelance; en EUROFOUND, «Exploring…»; op.cit., pg.59. Existen procesos de negociación recurrente en el Reino Unido y en Italia.

[77] En la acertada expresión de V. de Stefano, en su trabajo «Non-Standard work and limits on Freedom of Association: a Human Rights-Based Approach», The Industrial Law Journal, vol.46, nº2, 2017, pg.185.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

manifestado con toda crudeza en las primeras décadas del siglo XXI. Son muchas las voces que exigen un cambio en esta situación. Recientemente la Confederación Europea de Sindicatos ha indicado como una de las posibles tareas a asumir por las autoridades públicas la de «garantizar que la legislación de competencia no impide que los genuinos trabajadores autónomos y los trabajadores independientes se organicen y negocien acuerdos colectivos»[78]; y en el contexto de la implantación del Pilar Europeo de Derechos Sociales ha afirmado que presionará a la Unión Europea para «dar orientación a los Estados miembros de que la interpretación correcta de las normas de competencia de la UE no impide a los trabajadores autónomos negociar colectivamente sus salarios y condiciones de empleo»[79].

5. ¿QUÉ PODEMOS ESPERAR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Como se ha podido comprobar a lo largo de las páginas anteriores, en la economía y en las relaciones laborales del siglo XXI están produciendo nuevas necesidades de regulación que no han producido todavía una reacción del legislador, lo que produce que se busque en la negociación colectiva una respuesta a estas exigencias. Ahora bien, se nos plantea en este punto un problema tradicional de esta institución, cómo conseguir que las distintas propuestas que circulan sobre la necesidad de que la negociación se ocupe de determinadas materias, o que lo hagan de determinada manera, se filtren a los convenios. Porque además de la reactividad que se predica de ella el sistema de negociación colectiva presenta una serie de rasgos que dificultan su recepción.

Estamos ante un sistema autónomo, en el que las decisiones son tomadas por sus propios protagonistas, incluyendo los contenidos de los acuerdos; un sistema heterárquico, carente de una jerarquía entre las normas pactadas que permitan a unas imponer sus contenidos a los otros; una normativa difusa, dispersa en múltiples de unidades de negociación cada una de las cuales actúa como un legislador independiente; y que tiene sus propias prioridades, que son las de los sujetos negociadores, que tienen a fijarse unos objetivos cercanos a sus intereses económicos más inmediatos. Es una institución que opera, además, en un contexto muy difícil, por las circunstancias económicas del siglo XXI, esa suma de globalización,

[78] Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, en particular el trabajo colaborativo; adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 25-26 de octubre de 2017.

[79] Puede accederse a esta contribución en el portal de Antonio Baylos; Medidas propuestas por la CES para desarrollar el Pilar Social Europeo, publicado el 18 de noviembre de 2017, y visitado el 15 de diciembre de 2017; accesible en la dirección http://baylos.blogspot.com.es/2017/11/medidas-propuestas-por-la-ces-para.html

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

concentración empresarial y uso extensivo de la tecnología. La reactividad de la negociación supone también que ésta acuse tales dificultades, reduciendo su presencia y su capacidad reguladora del mercado.

En estos momentos estamos poniendo énfasis en la función prelegislativa de esta institución, esperando que compense el desfase del Derecho del Trabajo de creación legislativa. La entidad de las cuestiones a tratar sin embargo obliga a plantear si no la estaremos forzando, exigiéndole una respuesta más allá de sus límites. Porque para poder lograr este objetivo deberemos violentar sus límites funcionales, al superar los sectores tradicionales para buscar unidades de negociación determinados según criterios originales. Seguramente deberemos superar también sus límites personales tradicionales, para incluir en el ámbito de aplicación a empleados de contratistas y filiales, y a trabajadores autónomos (dependientes y no). Tampoco podremos respetar lo que se ha considerado siempre como sus límites materiales, aquellas materias entendidas como propias de la negociación, para incluir otras nuevas. Incluso habría que pensar si al demandar este nuevo papel no forzaríamos los límites ontológicos de esta institución, que no deja de ser la agregación de acuerdos entre multitud de sujetos negociadores con intereses diversos, para los que las cuestiones planteadas pueden no ser relevantes o prioritarias; o que carecen del poder de negociación suficiente para imponer su presencia en los pactos a los que llegan.

Se da la circunstancia, además, de que esta presión se produce en un momento en que esta institución experimenta un proceso de desgaste en toda Europa. El Parlamento Europeo ha expresado recientemente su preocupación por el debilitamiento de la negociación colectiva y de la cobertura de los convenios colectivos[80]. La realidad española confirma el impacto de la crisis en los procesos de negociación, en los resultados de ésta y en su índice de cobertura.

Cabría plantearse, por consiguiente, la siguiente pregunta: ¿Le estamos pidiendo demasiado a la NC? ¿Podemos esperar de ésta todas las respuestas que necesitan las relaciones laborales del siglo XXI? Seguramente no, lo que no obsta a que ésta deba desempeñar un papel protagonista liderando la transformación del Derecho del Trabajo.

---

[80] La cita completa es la siguiente: el Parlamento Europeo «observa con preocupación el debilitamiento de la negociación colectiva y de la cobertura de los convenios colectivos; pide a la Comisión y a los Estados miembros que promuevan políticas estratégicas de cobertura universal de los trabajadores en el marco de los convenios colectivos, al tiempo que salvaguardan y refuerzan la función de los sindicatos y las organizaciones empresariales»; Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)).

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Ejercerlo no le va a resultar fácil, sin embargo, y no es tampoco previsible que sea capaz de hacerlo con sus propias fuerzas. Será necesario, y ésta es una de las principales conclusiones de este trabajo, intervenir sobre ella para orientarla hacia estas nuevas funciones, a través de los instrumentos disponibles y con pleno respeto a la autonomía colectiva de sus protagonistas.

Podemos esperar también, y sería ésta una segunda conclusión general, un cambio de paradigma en lo que es la negociación y el convenio colectivos, como consecuencia de la necesidad de adaptarlo a estas realidades. Los cambios disruptivos tienen consecuencias que también lo son, y esto supone, tratando la materia que hacemos, que se alteren algunas de las señas de identidad de los convenios en cuanto a cómo se negocian y estructuran, de qué asuntos se ocupan, a quiénes se aplica.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Tercera Ponencia

INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SALVADOR DEL REY GUANTER
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Socio y Presidente del Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en RRHH

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

I. INTRODUCCIÓN: PREMISAS

Si examinamos las estadísticas que proveniente de organismos tales como la OCDE en relación a los parámetros esenciales de la negociación colectiva en esos países tales como número de convenios, trabajadores incluidos en su ámbito de cobertura, intensidad regulatoria y trascendencia de las materias ordenadas, podremos determinar que, en términos generales, la negociación colectiva (nc) sigue ocupando un lugar central en la » gobernanza» de las relaciones laborales. Es, por tanto, en la actualidad, el principal vehículo de ordenación de las condiciones de trabajo en la mayoría de los países desarrollados y desarrolla un papel relevante en muchas economías emergentes.

Lo anterior ha de ser rápidamente matizado, en el sentido de que esa centralidad ha sido claramente limitada (o incluso erosionada) en una serie de países, principalmente debido a factores tales como la crisis económica, la globalización, la falta de apoyo institucional etc.

Sin embargo, visto desde la perspectiva histórica desde los la inicios del siglo XX hasta la segunda década del siglo XXI, lo cierto es que gran mayoría de los sistemas de relaciones laborales —tal vez la mayor excepción es USA) no han desarrollado alternativas regulatorias importantes a través de la norma estatal o el contrato de trabajo que haya relegado a la marginalidad a la nc.

Esos factores que han limitado el protagonismo de la nc o bien volverán en ciclos determinados —caso e las crisis económica— o bien van a continuar presente, aunque sus efectos han podido o pueden ser asimilados por el propio sistema laboral para neutralizar sus efectos negativos sobre la nc —caso de la globalización—.

Sin embargo, debemos indicar que el verdadero desafío que actualmente debe afrontar la nc viene determinado por la disrupción sistémica y global que representan las nuevas tecnologías. Dicho sea en término expeditivos, el mayor riesgo que ha de afrontar la nc de desplazarse ahora sí de forma general a una marginalidad reguladora viene determi-

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES

nado por las alteraciones radicales que las nuevas tecnologías (nt) representan respecto a la organización del trabajo, en especial, y la economía y la empresa, en general.

Como ya hemos señalado, la » gran convergencia» de tecnologías disruptivas, que se retroalimentan entre si para escalar en sus efectos innovadores, implican una aceleración exponencial en los cambios, al mismo tiempo que implican una clara imprevisibilidad respecto a su impacto en el mercado de trabajo o en las relaciones laborales.

Se trata además de un impacto que afecta a todos los pilares subjetivos y objetivos sobre os que se basa la nc : a) afecta a todas las personas, con independencia de género o edad ; b) afecta a todas las ocupaciones, desde las menos hasta las más cualificadas, con especial incidencia en las de carácter medio; c) afecta a todos los países, con independencia de su nivel de desarrollo, haciendo que en gran medida puedan pasar en cuestión de pocos años a estadios de composición sectorial de actividades que en los países desarrollados ha necesitado muchas décadas de evolución económica: d) afecta a todos los sectores: agricultura, construcción, industria y servicios, con efectos asimétricos pero potencialmente disruptores en todos ellos ; y e) afecta a todo tipo de empresas, con independencia de su tamaño, desde las más micro (autónomos) hasta las multinacionales de mayor tamaño y grado de globalización en su organización.

Debemos insistir que lo anterior no se traduce en procesos simétricos y regulares, sino que dependiendo de las tecnologías en cuestión y todas las características diferenciales que tengan los afectados sectores económicos, empresariales, ocupacionales, organizativos, productivos, técnicos resultará en efectos diferenciados en tiempo, intensidad, espacio, relación evolución-revolución, etc. Pero en cualquier caso, la característica esencial será que, en un espacio de tiempo determinado, se producirá un cambio sustancial en la forma de producir o prestar el servicio, y ello incidirá en la organización del trabajo, en el mercado laboral, en la gestión de los RR.HH. y, desde luego en el marco regulatorio laboral.

En relación a este último, como indicábamos, las nuevas tecnologías van a afectar no sólo la relación de la nc con las otras fuentes regulatorias como la norma estatal, el contrato de trabajo o las facultades empresariales unilaterales de ordenación.También los propios elementos definitorios del sistema de nc pueden y deben verse afectados y alterados si la nc quiere seguir desempeñando un rol ordenador central y no verse sometida a una marginalidad reguladora.

Para ello, el estado y los interlocutores sociales van a tener que hacer un enorme esfuerzo de adaptación de los elementos esenciales

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

de la nc, de forma que ésta esté en disposición de afrontar desde la perspectiva regulatoria los cambios que se van a producir —se están produciendo— en las condiciones de trabajo más esenciales (tiempo de trabajo, lugar de trabajo, funciones…) como consecuencia de la implantación y desarrollo de las nt..

A continuación vamos a examinar algunas de los ámbitos del sistema de nc que más se van a ver afectados y que deben ser adaptados para responder a este desafío tecnológico. En la modernidad de dicho sistema para ser adaptable e idóneo a nuevos tipos regulatorios, tanto materiales como procedimentales, tanto subjetivos como objetivos, o tanto contractual como normativo, estriba la clave de la supervivencia de la centralidad de la nc.

Una última reflexión general. Es necesario estar dispuesto a romper o al menos limitar algunas de las posiciones dogmáticas más clásicas sobre la nc. Las nt pueden ser una gran oportunidad incluso para aumentar la centralidad actual de la nc, pero para ello ha de ser necesario tener una predisposición a la propia necesidad de innovar esos elementos esenciales que hasta ahora han definido en gran medida el sistema negocial. Una posición demasiado cerrada respecto a tales innovaciones puede tener el efecto contrario al perseguido, esto es, potenciar la marginalidad de la nc en cuanto instrumento de gobernanza del sistema neotecnológico de relaciones laborales.

II. PRINCIPALES EFECTOS SOBRE ALGUNAS DE LAS PRINCIPALES INSTITUCIONES DE LA NC

1. Desde la perspectiva de las fuentes

Como hemos indicado, el debate general sobre la regulación de las nuevas tecnologías, en general, y de la robótica e IA, en especial se centra en tres cuestiones esenciales: a) cuándo regular, si ya, cuando las tecnologías están, sin perjuicio de sus diferencias internas, en el inicio de su desarrollo o esperar a que las mismas alcancen una determinada madurez; b) a través de qué tipo de regulación, esto es, primando vías regulatorias de » soft law», promocionales más que impositivas, o por el contrario estableciendo una primacía del derecho necesario; y c) a través de qué instrumentos regulatorios, en nuestro caso, dándole mayor trascendencia a la norma estatal sobre la negociación colectiva o viceversa; o dándole mayor relevancia a la negociación colectiva respecto a instrumentos de regulación unilateral del empresario o el contrato de trabajo o viceversa.

La afirmación general que podemos hacer es que en estos momentos, sin descartar el papel que en determinadas cuestiones ligadas a la garantía de derechos fundamentales puede desarrollar la norma estatal

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

(protección de datos), los mecanismos de soft law y de regulación más flexibles, tales como la nc y los códigos empresariales de conducta deben jugar un papel central, ya que responden mejor a la regulación descentralizada, adaptada y flexible que requieren la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías en la empresa.

2. Diversificación de figuras jurídicas respecto a la NC

En tanto principal protagonismo los temas relacionados con la organización del trabajo y las condiciones de trabajo ligadas a ella, existe una clara **necesidad de considerar a la nc en un sentido amplio, incluyendo la diversificación de figuras** que conoce nuestro Ordenamiento: convenios estatutarios y extraestatutarios, acuerdos modificativos del T.I, acuerdos organizacionales en los ERTES y ERES, acuerdos en subrogación.

Todos estos procedimientos son expresión de la nc y han de fortalecerse, porque las nt van a requerir, en la regulación de sus efectos sobre las condiciones de trabajo,de todos esos instrumentos.

Por consiguiente, sin perjuicio de la centralidad que, a menos a corto plazo, seguirá ocupando el cce del T. III ET (no olvidemos que aproximadamente la mitad de los países de la OCDE conocen mecanismos de aplicación o eficacia general de un determinado tipo de convenio colectivo), lo cierto es que debemos aceptar y promocionar otras expresiones de nc que pueden seguir cauces procedimentales diferentes, de una mayor informalidad que no perjudique la seguridad jurídica.

Los desafíos regulatorios de las nt van a ser tan diversos y cambiantes, que todos los instrumentos han de estar disponibles para las partes.

3. Tendencias de crecimiento/decrecimiento en el ámbito subjetivo

Desde la perspectiva b ámbito subjetivo de la nc, hay que indicar que España ocupa un lugar relativamente destacado entre los países de la OCDE con mayor nivel de cobertura (puesto número 11). Por tanto, aunque se ha debilitado especialmente por los efectos de la crisis económica y la desaparición de empresas y actividades y aumento del desempleo, lo cierto es que el sistema español de nc ocupa un lugar central en la determinación de las condiciones de trabajo de la mayoría de los trabajadores.

Este ámbito subjetivo de cobertura de la nc, con la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías, especialmente aquellas destinadas a alterar más el mercado de trabajo como es el caso de la robótica o la IA, puede verse sometida a dos tipos de tendencias t6enmdentes, paradójicamente, tanto al aumento de esa cobertura como a su disminución.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

En efecto, por un lado, opciones como las que prevé el art.87 ET respecto a unidades de negociación con pluralidades de empresas ligadas por razones organizativas o productivas, que evidentemente abarcan fenómenos tanto de proyectos comunes (UTE) como de subcontratación, permiten abarcar en la nc fenómenos de colaboración empresarial que van a ser cada vez más frecuentes con las nt.

De la misma forma, la nc, entendida en un sentido amplio, también puede desarrollarse acentuadamente más en el ámbito del trabajo autónomo —potenciado igualmente por las nt—, como es el caso de los acuerdos de interés profesional contemplados en nuestro LETA y aún con poca aplicación. Es esta una figura que puede ser especialmente importante para sectores emergentes como es el de la economía colaborativa. Pero también hay que tener en cuenta que en determinados nuevos métodos de organización del trabajo (metodologías, ágiles, por ejemplo) se puede dar unja integración de colectivos asalariados y autónomos que pueden favorecer el desarrollo de acuerdos colectivos en los que se incluyan regulaciones de condiciones de y trabajo comunes o coordinadas (tiempo de trabajo, funciones), sin perjuicio del mantenimiento del status jurídico diferencial de ambos colectivos.

No obstante, y por otro lado, lo cierto es que los efectos negativos que pueden tener las nt en la ocupación de los trabajadores, representan un reto para el nivel de cobertura de la negociación colectiva, desde luego en el colectivo de asalariados sometidos al régimen laboral.

Ya hemos analizado el impacto de tecnologías como la robótica en el mercado de trabajo y lo cierto es que su implantación puede representar o bien la expulsión del mercado de trabajo de determinados colectivos de trabajadores o bien su desplazamiento a otros sectores de actividad en los que no exista la nc y se necesite un determinado espacio de tiempo para su eventual desarrollo.

De la misma manera, la incorporación ex novo al mercado de trabajo de colectivos provenientes del sistema educativo o de formación profesional a determinadas actividades nuevas causadas por las nt también implicarán un reto para la nc que habrá de mostrarles sus ventajas respecto a sistemas de regulación más individualizados.

En este sentido, y a favor de la expansión de la nc en estos nuevos sectores, puede jugar el hecho de que, no obstante su dispersión, al mismo tiempo, **son colectivos muy conectados y conectables:** la unificación de intereses colectivos le será más fácil s a los sindicatos u otro tipo de asociaciones que puedan emplear estos medios de conexión (como tenemos ejemplos en USA respecto a UBER u otras empresas del sector colaborativo).

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

En definitiva, el ámbito subjetivo de la nc conoce y sobre todo conocerá nuevas oportunidades y retos que en gran medida dependerá de la corrección de las estrategias que sigan los agentes sociales para que se traduzcan positivamente part5a el ámbito de cobertura de la nc.

4. Continuidad y aceleración en el proceso de descentralización en la estructura de la NC

Desde la perspectiva de la estructura, es bien conocida la tendencia que desde hace décadas existe, con más o menos desarrollo según los países, a la descentralización de la nc, esto es, a la creciente importancia del nivel más descentralizado (empresa, centro de trabajo). El impulso esencial a esta descentralización ha sido, al menos en la mayoría de los países, la necesidad creciente de adecuación de niveles salariales con la realidad específica de cada empresa, especialmente desde la perspectiva de la productividad. No obstante, junto a este motivo económico, que seguirá existiendo, cobra un creciente protagonismo una causas más de carácter organizativo como es la de adecuar la organización del trabajo, y por ende las condiciones laborales, al nuevo contexto dado por las nuevas tecnologías. Hay que tener en cuenta no sólo que cada tecnología tiene sus aspectos específicos de impacto organizacional en la empresa, sino que, a su vez, en cada empresa una misma tecnología va a tener unas consecuencias en la organización del trabajo y en el régimen de condiciones de trabajo diferenciadas, factores todos ellos que sin duda refuerzan aquellas tendencias descentralizadoras.

Lo cual no quiere decir que el nivel sectorial no pueda tener sentido o importancia, pero probablemente el impulso que las nt representarán a la descentralización acentuarán la trascendencia del nivel sectorial como impulsor, más que de regulaciones muy específicas y detalladas, de guidelines, soft law o límites generales de derecho necesario en determinadas materias, Con otros términos, las opciones dada en España o ahora en la última reforma laboral francesa de garantizar un espacio material de prevalencia de la nc empresarial no parece que vaya a eliminarse —sin perjuicio de posibles matizaciones— y sí acentuarse.

Téngase en cuenta además que, como demuestra lo contemplado en el art. 87.2 ET, asistimos a una creciente consolidación de niveles empresariales diferenciados, como lo demuestra la aparición de unidades de negociación para grupos de empresa o por proyectos empresariales definidos ligados por razones técnicas u organizativas.

5. Diversificación de las partes negociadoras o con legitimación negocial

En consonancia con la diversificación de figuras jurídicas que han de componer la nc a efectos de promocionarla en el contexto laboral neote-

MINISTERIO DE TRABAJO Y INMIGRACIÓN - SECRETARÍA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

chnológico, y a efectos de promocionarla, debe procurarse desarrollar una diversificación respecto a las partes legitimadas para negociar esas distintas manifestaciones de la nc. De esta forma, y son perjuicio del lugar más relevante, que de acuerdo con la legislación de la UE y de la mayoría de sus países que ha de ocupar los sindicatos en el sistema de nc, ha de facilitarse que otros agentes como representantes unitarios, comisiones ah hoc o, como es el caso reciente de Francia, la propia agrupación de trabajadores, puedan realizar acuerdos colectivos.

Desde la perspectiva del avance del sistema de nc, es preferible que haya esos acuerdos colectivos diversos a su ausencia, sin perjuicio de garantizar que no se utilizan sea en fraude de ley sea para socavar otros pilares de la nc protagonizados por los sindicatos.

En este sentido, la promoción de la centralidad de la nc pasa por garantizar el compromiso máximo posible de distintas partes negociadoras y colectivos con los resultados que se puedan tener de distintas formas de acuerdos y pactos colectivos.

Ligado con lo anterior, debemos señalar importancia de la formación de los negociadores en los aspectos más esenciales tanto de las tecnologías como de los aspectos regulatorios de la nc que más se pueden o deben ver alterados por las mismas.

6. Ámbito material y efectos sobre las condiciones de trabajo

Debemos partir de una realidad estadística y es que nuestra Nuestra nc sólo se ha introducido marginalmente en las nuevas tecnologías, a pesar del llamado de los AINC (2015-2017) en favor de ello: menos de un 15%, entre un10-15% en los últimos tres años, tratan de una forma relevante e identificativa la relación entre organización del trabajo y las nuevas tecnologías.

Claro es que ello no quiere decir que, de una forma indirecta, los efectos de la introducción de las nt no estén presentes en la regulación de las materias que contemplan las condiciones de trabajo más ligadas a la organización del trabajo, como son las de tiempo y lugar de trabajo (acentuación de la distribución irregular, el derecho a la desconexión, que lo trataremos posteriormente, la pérdida progresiva del centro de trabajo como referencia prioritaria del lugar de trabajo), la movilidad funcional y la clasificación profesional (redefinición de los grupos profesionales nena base a nuevas funciones y tareas, mayor polivalencia y movilidad) o la estructura retributiva (mayor trascendencia de la variabilidad en función de proyectos).

De hecho, estas materias tan centrales en la nc serán de las más afectadas por la introducción y desarrollo de las nuevas tecnologías, y

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

es en las mismas donde se identificarán los efectos transformadores de estas últimas. La flexibilidad y adaptabilidad serán o han de ser pautas generales en la regulación de esas condiciones laborales para poder responder a las necesidades de la organización del trabajo neo tecnológica.

Pero junto a estas materias centrales, y que lo seguirán siendo así en su adaptación a los nuevos entornos tecnológicos y organizativos, debemos indicar otras materias que o bien tendrán una relevancia incluso mayo0r que hasta el momento han tenido en la nc o que deberán empezar a tenerla a pesar de su generalizada ausencia hasta ahora de la misma.

En el primer ámbito debemos incluir la prevención de riesgos laborales, que con tecnologías tales como robótica (cuando se da una » convivencia» en el mismo lugar de trabajo y en » cobot») o IA (especialmente respecto a la salud mental o al stress psicológico), han de adquirir una mayor relevancia en la nc descentralizada dado el casuismo derivado de las peculiaridades de cada tecnológica y de su conformación según cada organización del trabajo.

Es el, caso también con la formación continua de los trabajadores, que ha de ser no sólo un derecho sino también un deber como forma de evitar la » obsolescencia» tecnológica de los trabajadores — con el consiguiente riesgo para sus empleos—, además de ser básico para el upgrading de cualificación profesional que implica normalmente las nt.

No obstante, no debemos ocultar que puede haber supuestos en los que esas nt representen una simplificación de tareas y un consiguiente peligro de downgrading profesional. En estos supuestos, de nuevo, la formación continua debe ser el catalizador para neutralizar tales efectos promoviendo la recolocación de los trabajadores afectados a tareas superiores.

La nc tiene pues, sin perjuicio del marco estatal para ordenar en general y promocionar, un papel muy relevante en este ámbito formativo, especialmente a nivel de empresa que permite la capilarización de las nuevas necesidades al respecto en el lugar de trabajo.

Al segundo ámbito de los indicados pertenece la protección de datos. Como es sabido el nuevo Reglamento de la UE a entrar en vigor en 2018 por primera vez hace un llamamiento a los legisladores nacionales para que adapten la regulación de protección de datos a las necesidades diferenciales del ámbito laboral. Más específicamente, se refiere al papel que al respecto puede desarrollar la negociación colectiva, que por ahora se ha caracterizado por su ausencia regulatoria al respecto. Teniendo en cuenta los efectos que sobre esta materia en relación a los trabajadores tienen tecnologías tales como redes sociales, IoT, robótica o IA, que convierten y/o requieren al trabajador convertirse en un emi-

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL

sor constante y extendido de datos » personales», es evidente que debe producirse aquella adaptación, y que la nc debe jugar un papel muy relevante al respecto. Y ello sin perjuicio tanto del papel tan relevante del Reglamento (que no necesita en cuanto tal transferencia al Derecho Interno, como a los consiguientes cambios a nivel legal y reglamentario en España) o, en fin, de los Códigos de Conducta en materia de protección de datos que deben o pueden elaborar las empresas y que han de ser validados por la APD.

En este sentido, la nc ha de ser un eslabón imprescindible para lograr el consenso necesario entra la necesaria fluidez de los datos que requiere la adecuada ejecución del contrato de trabajo y la preservación de las garantías de los derechos fundamentales afectados al respecto.

7. Importancia de la regulación de los procesos en la NC

No obstante la importancia que acabamos de señalar de la adecuada regulación de determinadas materas para hacer frente a los retos organizacionales derivados de la implantación y desarrollo e las nt, igual e incluso en ocasiones mayor trascendencia puede tener la adecuada ordenación en la nc de los procesos en relación, por ejemplo, a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, de movilidad funcional o geográfica o, en fin, de la aplicación efectiva de la solución extrajudicial de los conflictos colectivos (sobre esto último nos remitimos al apartado correspondiente) .

En efecto, y por tomar como ejemplo lo indicado en el art.41 ET, es muy importante que la negociación colectiva pueda establecer una ordenación generadora de automatismos, en el sentido de contemplar con mayor concreción las causas, procedimientos y documentación que pueden agilizar la implantación de tales modificaciones, tan relevantes como consecuencia de la introducción de nuevas tecnologías, que a su vez conocen procesos continuos de evolución y cambio. Lo mismo puede predicarse de procesos derivados de reorganizaciones tales como recolocación o recualificación.

Por tanto, es importante que la nc se vea no sólo como fuente regulatoria de condiciones de trabajo, sino también de determinación de los procesos que pueden agilizar reordenaciones de condiciones de trabajo, de plantilla, de solución de controversias etc. es este un ámbito en el que los convenios colectivos mayoritariamente se han mostrado muy parcos en su consideración, y que urge uneplanteamiento de prioridades al respecto. Esta urgencia, que existía con anterioridad, se hace ahora imperativa en un contexto empresarial y organizacional neotecnológico.

Por cierto, la necesidad de agilización de procesos no es predicable exclusivamente en la aplicación o modificación e lo regulado, sino que

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

también es preciso contemplar respecto a la propia negociación colectiva en cuanto proceso, especialmente respecto a los convenios colectivos estatutarios.

Si consideramos que, al igual que la mayoría de los países de la OCDE, la duración de los convenios es de 2 o 3 años, y que su negociación requiere una media de 6 meses, debemos concluir que se requeriría una mayor efectividad y agilidad en ese proceso de negociación. En este sentido, hay que considerar la aplicación al proceso de no solo de negociadores con mejores técnicas negociadoras, sino de elementos tecnológicos que pueden favorecer la determinación rápida de datos necesarios para la toma de decisiones (big data, IA), lo cual puede ser predicable de terceros que puedan dar mayor brevedad y efectividad a dicho proceso.

De la misma manera, la conexión, por ejemplo, entre negociadores y representados en la mesa de negociación por la parte social puede ser más estrecha y fluida merced a las nuevas tecnologías de comunicación por lo que se refiere a la elaboración de plataformas negociadoras, aceptación o no de propuestas parciales durante el proceso o ratificación de los acuerdos finales.

8. Delimitación compleja entre facultades empresariales y materias de NC en relación a nuevas tecnologías

En un ámbito tanto más general como determinante del papel de la nc en la implantación de las nuevas tecnologías, nos podríamos preguntar sobre quién tiene facultad última para adoptar la decisión de introducir en el proceso productivo una nueva tecnología, así determinando de forma tan sustancial la organización del trabajo y, por ende, las condiciones laborales de los trabajadores.

Desde la perspectiva estrictamente legal, puede responderse que esta facultad pertenece, en última instancia, al empresario, en tanto que puede considerarse que entra dentro de sus poderes de dirección (arts. 33 y 38 CE y art. 20 ET). De hecho este reconocimiento aparece implícito en m8chos convenios — como herencia de las Ordenanzas de Trabajo — en las cláusulas que reconocen que, no obstante lo dispuesto en los propios convenios, la denominada » organización técnica del trabajo» pertenece al empresario. Ciertamente, esta facultad empresarial no puede aislarse del hecho de que sus consecuencias en las condiciones de trabajo si ya pueden estar en el ámbito de la negociación colectiva y/o del contrato de trabajo. De forma que si implican innovaciones en las condiciones de trabajo o su alteración, entonces es terreno ya propio de la negociación colectiva o individual.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

No obstante lo anterior, y como ya hemos señalado en otros apartados de este Informe, lo cierto es que los efectos tan determinantes que las nuevas tecnologías pueden tener no ya sobre los derechos y obligaciones de los trabajadores, sino sobre la propia cultura empresarial en cuanto comunidad de personas y organización del trabajo, pueden aconsejar que la propia nc sea un vehículo apto para la creación de mínimos consensos respecto a la forma en la que tales tecnologías han de ser introducidas y desarrolladas. Trabajar con robots o con IA o en entornos dominados por IoT representarán normalmente saltos diferenciales en el entorno laboral y, por ende, en la forma en la las personas se relacionan con el trabajo. Por tanto, afectan decididamente no sólo a las relaciones profesionales, sino también a las personales. Se ha afirmado que las nt se caracterizan, respecto a implantaciones tecnológicas anteriores, por influir no sólo en la manera en la que trabajamos, sino también en nosotros mismos en cuanto personas.

En este sentido, ha de asumirse que, por regla general, un lugar de trabajo » tecnologizado» con IoT, con Robots o con IA, va a ser sustancialmente diferente de otro que no lo haya sido, entre otros factores porque se establece una relación máquina — ser humano mucho más intensa, proactiva e » invasora» de la propia persona del trabajador. Son instrumentos de trabajo, pero que implican, por lo general, una interacción con el ser humano mucho más incisiva.

Una imposición de las innovaciones tecnológicas sin procesos de información y consultas pueden generar efectos de rechazo o de neoludismo que, a la postre, pueden hacer peligrar o retrasar los beneficios que se esperan obtener a través de tales innovaciones. Ello sin obviar los aspectos ideológicos que pueden estar relacionados con el trabajo con robots o con IA, y que pueden determinar lo que hemos denominado como una » objeción de conciencia tecnológica».

Ello sin contar que aspectos determinados que van a ser afectados por tales tecnologías, pueden afectar a valores o principios recogidos en el ámbito de la RSC, tales como diversidad (por razón de edad, por ejemplo), formación de los trabajadores, compromiso con la salud y bienestar de la plantilla transparencia informativa etc.

De ahí, por tanto, que concluyamos que, sin perjuicio de las facultades empresariales al respecto, la nc, especialmente la desarrollada a nivel de empresa. Puede y debe ser un instrumento apto de creación de consenso para lograr de forma más plena y rápida las ventajas de todo tipo derivadas de las nt, neutralizando al máximo sus posibles efectos negativos.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Esta obra recoge las ponencias e intervenciones de la XXX Jornada anual de estudio de la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, celebrada en el entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 26 de octubre de 2017. La primera parte de la Jornada se dedicó a la exposición de la visión de los interlocutores sociales sobre el futuro del trabajo y los retos que ese futuro plantea a la negociación colectiva. En la segunda parte de la Jornada se abordó el futuro del trabajo desde tres perspectivas: la legislación laboral, los nuevos contenidos de la negociación colectiva derivados de la aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo y, por último, la incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la negociación colectiva.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ISBN 84-8417-530-8
9 788484 175308

ÍNDICE