

## ESTUDIOS

Derecho Internacional del Trabajo y resolución de conflictos laborales transnacionales  
JEAN MICHEL SERVAIS

Sindicalismo y negociación colectiva 4.0  
MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017  
JESUS LAHERA FORTEZA

El régimen retributivo de las personas socias en las sociedades cooperativas de trabajo: una revisión crítica de los modelos normativos  
ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS

La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo  
PABLO LÓPEZ ROLDÁN

## MERCADO DE TRABAJO

La retribución en España del principal ejecutivo de la empresa (CEO) y la teoría del poder directivo  
MANUEL ALCAIDE CASTRO  
IGNACIO FLÓREZ SABORIDO  
MARÍA ÁNGELES RODRÍGUEZ SERRANO

## INFORMES Y DOCUMENTOS

El sistema de resolución extrajudicial de conflictos laborales de Andalucía (SERCLA) en 2017

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO  
Universidad de Sevilla  
La indemnización por extinción del contrato de interinidad. Cambio de doctrina del Tribunal de Justicia Europeo  
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

CONCILIACIÓN DE VIDA LABORAL Y PERSONAL  
Universidad Loyola Andalucía  
Nulidad de despido colectivo que afecta a persona con reducción de jornada para el cuidado de menores, discapacitados o familiares: la información sobre los criterios de selección  
M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO

DERECHO PROCESAL LABORAL  
Universidad de Jaén  
Sobre la admisibilidad del recurso de suplicación en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual y tutela de derechos fundamentales.  
JOSE MARIA MORENO PEREZ

## RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

144

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL  
144/2018 -Cuarto Trimestre

TEMAS LABORALES 2018

144

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO





---

# **TEMAS LABORALES**

---

**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL**

**144**

**Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio**

**Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
Dirección y Administración  
Avda. República Argentina  
núm. 25, 1ª planta  
41011 Sevilla**

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTE

JAVIER CARNERO SIERRA  
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

### VOCALES

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

### CONSEJO DE REDACCIÓN

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

### DIRECTOR

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

### SUBDIRECTOR

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

### Suscripciones y distribución

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

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

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO  
JUNTA DE ANDALUCÍA

DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96 I.S.S.N.: 0213-0750 Imprime: Selección Gráfica del Sur, S.L.

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 144/2018**  
**Cuarto Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

Derecho Internacional del Trabajo y resolución de conflictos laborales transnacionales JEAN MICHEL SERVAIS.....	13
Sindicalismo y negociación colectiva 4.0 MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ .....	27
Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017 JESUS LAHERA FORTEZA .....	43
El régimen retributivo de las personas socias en las sociedades cooperativas de trabajo: una revisión crítica de los modelos normativos ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS .....	53
La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natu- ral al empresario: un análisis laboral y preventivo PABLO LÓPEZ ROLDÁN .....	89

**2. MERCADO DE TRABAJO**

La retribución en España del principal ejecutivo de la empresa (CEO) y la teoría del poder directivo MANUEL ALCAIDE CASTRO, IGNACIO FLÓREZ SABORIDO Y MARÍA ÁNGELES RODRÍGUEZ SERRANO .....	117
--	-----

**3. INFORMES Y DOCUMENTOS**

El sistema de resolución extrajudicial de conflictos laborales de Andalucía (SERCLA) en 2017 .....	153
---	-----

#### **4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

##### **RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Universidad de Sevilla

La indemnización por extinción del contrato de interinidad.

Cambio de doctrina del Tribunal de Justicia Europeo

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ..... 185

##### **CONCILIACIÓN DE VIDA LABORAL Y PERSONAL**

Universidad Loyola Andalucía

Nulidad de despido colectivo que afecta a persona con reducción de jornada para el cuidado de menores, discapacitados o familiares: la información sobre los criterios de selección

M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO ..... 197

##### **DERECHO PROCESAL LABORAL**

Universidad de Jaén

Sobre la admisibilidad del recurso de suplicación en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual y tutela de derechos fundamentales.

JOSE MARIA MORENO PEREZ..... 211

#### **5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía ..... 219

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

## HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

## FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es) y/o [chano@uhu.es](mailto:chano@uhu.es). De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

### 1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

### 2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

### 3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

### 4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

### 5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (\*).

### 6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

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

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

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

### 7. EXTENSIÓN

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

### 8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

### 9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

### 10. CESIÓN DE DERECHOS

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

**LABOUR AFFAIRS**  
**INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE**  
**ANDALUSIAN REVIEW**  
**Nº 144/2018**  
**Quarter Trimester**

**INDEX**

**1. STUDIES**

International Labor law and transnational industrial disputes resolution JEAN MICHEL SERVAIS.....	13
Trade unionism and collective bargaining 4.0 MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ .....	27
Collective agreement applicable, company or sectoral level, in public contracts after the law 9/2017 JESUS LAHERA FORTEZA .....	43
The remuneration regime of partner in cooperative societies of labour: a critical review of regulatory models ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS .....	53
The necessary communication of the situation of pregnancy and breastfeeding to the entrepreneur: work and preventive analysis PABLO LÓPEZ ROLDÁN .....	89

**2. LABOUR MARKET**

Compensation in Spain of Chief Executive Officer (CEO) and the managerial power theory MANUEL ALCAIDE CASTRO, IGNACIO FLÓREZ SABORIDO & MARÍA ÁNGELES RODRÍGUEZ SERRANO .....	117
--	-----

**3. DOCUMENTS AND REPORTS**

Extra-judicial System Labour Disputes in Andalusia during 2017 .....	153
--	-----

#### **4. JUDICIAL COMMENTS**

##### **EMPLOYMENT CONTRACT REGIME**

University of Seville

Interim contract: compensation for termination. Change of doctrine in European Court of Justice

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ ..... 185

##### **WORK-LIFE CONCILIATION**

University Loyola Andalucía

Collective dismissal involving a reduction in working hours for minors, disabled persons or family care: information about selection criteria

M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO ..... 197

##### **LABOR PROCEDURAL LAW**

University of Jaen

On the admissibility of procedural remedy in the event of substantial modification of the conditions of work, individual character, and protection of fundamental rights

JOSE MARIA MORENO PEREZ ..... 211

#### **5. LEGISLATIVE REMARKS**

Legislation of the autonomous community of Andalusia ..... 219

1

Estudios



# DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES TRANSNACIONALES\*

JEAN MICHEL SERVAIS

*Presidente Honorario de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y  
Seguridad Social, Ex-Director de la Oficina Internacional del Trabajo  
Profesor Visitante Universidades de Girona y Liège*

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Conflictos laborales transnacionales, procedimientos de resolución de conflictos, mediación conciliación y arbitraje

La proliferación de la conflictividad laboral transnacional propicia la búsqueda de métodos eficaces de resolución de conflictos en este nivel. Cuando se detectan los elementos que determinan la transnacionalidad del conflicto de derechos o de intereses, surge el problema de la ley aplicable a la resolución del mismo.

Nos encontramos en presencia de diferentes ordenamientos jurídicos aplicables -internacional, europeo y nacionales- que en ocasiones resultan incluso contrapuestos entre sí. En este contexto nos interrogamos sobre la viabilidad de una solución adecuada a todas ellas. El estudio no considera apropiados los procedimientos legales y judiciales, abogando por la puesta en marcha de procedimientos extrajudiciales, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje.

En este escenario deben asumir un papel importante los acuerdos marco o convenios colectivos e incluso los códigos de buenas prácticas empresariales, configurando métodos extrajudiciales de resolución de conflictos nacidos en el seno de su ámbito de aplicación. Sin excluir la opción de establecer un marco legal de referencia común, estos mecanismos pueden resultar más eficaces.

## ABSTRACT

**Key Words:** Transnational disputes, procedures of conflict resolution, mediation, conciliation and arbitration

The proliferation of transnational labor conflict leads to the search for effective methods of conflict resolution in this level. When the elements that determine the transnationality of the conflict of rights or interests are detected, arises the problem of the law applicable to the resolution of the same.

We are in the presence of different applicable laws - international, European and national - that sometimes are even opposing each other. In this context, we asked about the feasibility of a solution to all of them. The study does not consider appropriate procedures legal, advocating the setting up of out-of-court procedures such as mediation, conciliation or arbitration.

In this scenario must assume an important role agreements framework or collective agreements and even codes of good business practices, setting up extra-judicial methods for resolving conflicts born at the heart of its scope. Without excluding the option of establishing a common legal framework, these mechanisms may prove to be more effective.

\* Texto traducido al español por Ana Domínguez Morales, Profesora Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

## ÍNDICE

1. BREVE INTRODUCCIÓN
2. LOS CONFLICTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJO: ENSAYO SOBRE SU CARACTERIZACIÓN
3. LAS NORMAS Y LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES: FUENTE DE INSPIRACIÓN PARA LA RESOLUCIÓN PACÍFICA DE LOS CONFLICTOS LABORALES TRANSNACIONALES.
  - 3.1. reclamaciones
  - 3.2. conciliación, mediación y arbitraje
4. CONCLUSIONES

### 1. BREVE INTRODUCCIÓN

Cada vez son más numerosos los conflictos laborales que poseen una dimensión europea, o más ampliamente, internacional. No obstante, aunque las partes implicadas habitualmente pretenden una solución amistosa, las normas en vigor, nacionales o europeas, proponen fórmulas de resolución de conflictos que, cuando existen, son objeto de debate. Esta observación conduce a que nos interroguemos acerca del beneficio que podemos obtener del Derecho internacional del Trabajo como fuente de inspiración sobre las medidas a adoptar para poner fin pacíficamente a tales conflictos. Es este el objeto de esta contribución.

La primera parte busca comprender mejor los conflictos transnacionales de trabajo, distinguiendo varias hipótesis. Considera que si bien las disposiciones internacionales –principalmente las europeas– ofrecen una solución a los conflictos de derechos propiamente transnacionales, esta solución no siempre es satisfactoria y de hecho, está lejos de serlo. En cambio, con algunas excepciones, el derecho internacional y el europeo generalmente no prevé soluciones de fondo sobre los conflictos de interés transnacionales, mientras que las leyes nacionales difieren significativamente con respecto a los procedimientos para resolver las huelgas y otras formas de acción colectiva.

La segunda parte examina, por consiguiente, los instrumentos internacionales y sus procedimientos de implementación que podrían constituir vías para la elaboración de mecanismos pacíficos de resolución de tales conflictos.

### 2. LOS CONFLICTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJO : ENSAYO SOBRE SU CARACTERIZACIÓN

Un conflicto de trabajo nace de una reclamación individual o colectiva sobre condiciones de empleo o sobre una política empresarial. La Recomendación n°

130 sobre el examen de reclamaciones, adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1967, determina que cualquier trabajador actuando individualmente o conjuntamente con otros, debe tener derecho a presentar una queja sin temor a sufrir cualquier perjuicio y de que sea evaluada según un procedimiento apropiado.

La Recomendación incluye la distinción, utilizada en varios sistemas de relaciones laborales, entre conflictos de derechos y conflictos de intereses. La misma precisa, en efecto, que sus disposiciones no se aplican a las reclamaciones colectivas tendentes a la modificación de las condiciones de trabajo. Más específicamente, los motivos de la reclamación pueden relacionarse «con toda medida o situación que se refiera a las relaciones entre empleador y trabajador o que afecte o pueda afectar a las condiciones de empleo de uno o varios trabajadores de la empresa, cuando esa medida o esa situación les parezca contraria a las disposiciones de un contrato colectivo en vigor o a las de un contrato individual de trabajo, al reglamento de la empresa, a la legislación nacional o a los usos y costumbres de la profesión, de la rama de actividad económica o del país, teniendo en cuenta los principios de buena fe»<sup>1</sup>.

Esta distinción se corresponde, en definitiva, con una concepción del sistema judicial que limita la competencia de los tribunales a la aplicación de la ley. A pesar de ello, no obstante, en algunos casos es difícil distinguir entre qué es un derecho y qué es un interés, particularmente cuando un litigante hábil puede observar una ventaja al describir un conflicto de intereses como un conflicto de derechos. Incluso sin que se pretenda causar una confusión de este tipo, puede resultar difícil separar lo uno de lo otro, como sucede con la aplicación del principio de proporcionalidad en la regulación de las huelgas en Alemania. Resta decir que a pesar de ello la distinción presenta, en los países donde se realiza, la ventaja de ofrecer una mayor claridad.

La Directiva Europea 2008/52 de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se centra esencialmente sobre los conflictos de derechos. Su aplicación a los conflictos laborales parece inadecuada. El mismo texto excluye, en su décimo considerando, su aplicación «a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir... en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en... el Derecho laboral». La relación de trabajo se refiere, en efecto, al cuerpo y la mente de las personas<sup>2</sup>, en tanto que la específica naturaleza de esta relación descansa en la asimetría entre empleadores y trabajadores<sup>3</sup>. Más allá de lo anterior, las partes normalmente buscan mantener entre ellas unas relaciones

<sup>1</sup> Apartado II de la Recomendación.

<sup>2</sup> Vid. Pillon, T., *Le corps à l'ouvrage*, Paris, Stock, 2012.

<sup>3</sup> Más recientemente vid. Bouffartigue, P. (Dir.), *Le retour des classes sociales. Inégalités, dominations, conflits*, Paris, La Dispute, 2004 ; Vercherand, J., «Les spécificités du marché du travail et ses conséquences», *Problèmes économiques*, n°3, febrero, 2013, pp. 5-14.

sin excesiva tensión y evitar un resultado excesivamente contencioso. Además, un gran número de conflictos colectivos de trabajo están relacionados con cuestiones sobre intereses más que sobre derechos, lo que hace la mayoría de las veces imposible una solución judicial. La supuesta «judicialización»<sup>4</sup> de las relaciones profesionales solo se refiere pues al aspecto formal de la disputa y no, salvo en el caso del arbitraje, a la resolución del objeto del conflicto en sí mismo.

Todavía resta por determinar cuándo el conflicto adquiere una dimensión transnacional suficiente para requerir un tratamiento particular. Pocos autores se han detenido sobre esta cuestión<sup>5</sup>. Se pueden identificar tres situaciones, en mi opinión.

La reclamación, primera hipótesis, presenta ciertos elementos de extranjería, como la nacionalidad de alguna de las partes, aunque las actividades de las personas involucradas se sitúen en un solo país. Si se trata de un conflicto jurídico, el derecho internacional privado de dicho país –aplicando, en su caso, las normas internacionales de un tratado o el Derecho europeo– indicará la jurisdicción competente y la ley aplicable; así, el artículo 5 del Convenio nº 157 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social de 1982 se refiere, como regla, al lugar de trabajo habitual. No hay razón para detenernos con más detalle sobre estas situaciones.

La segunda hipótesis de nuevo parte de un conflicto que surge en el interior de las fronteras de un país (como una huelga de transportes), pero que afecta no solamente a los ciudadanos de este, sino también a los de otros Estados (por ejemplo por interrumpir el suministro de bienes). Esta disputa, sin embargo, no puede calificarse de transnacional por lo que no proseguiré en el análisis de estos casos.

El tercer supuesto, en cambio, de gran interés, es aquel en el que las actividades que tienen relación con el conflicto se extienden a más de un país. Si la disputa se refiere a un conflicto de derechos, entonces la normativa europea en particular, dado que constituye la forma más sofisticada de legislación transnacional, puede utilizarse para identificar las disposiciones aplicables. Sin embargo, hasta ahora, las soluciones alcanzadas no van siempre en la dirección del apaciguamiento. Esta observación requiere de algunas explicaciones.

Consideremos, en primer lugar, el Reglamento Europeo nº 593/2008 de 17 de junio de 2008 conocido como «Roma I», que determina la ley aplicable a las obligaciones contractuales, incluidas las relaciones laborales. A pesar de su redacción abstrusa, el artículo 8 establece que, en la mayoría de los casos, los contratos de trabajo se regirán por la ley del país en el que el empleado realiza habitualmente su trabajo<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Vid. Péglise, J. «La juridicisation des relations de travail», *Problèmes économiques*, nº 3063, marzo 2013, pp. 29-36.

<sup>5</sup> No obstante, vid. Ojeda Avilés, A., *Derecho transnacional del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 321 y ss.

<sup>6</sup> Artículos 8 ss.

Sin embargo, aquel solamente se aplica los contratos individuales de trabajo. Los convenios colectivos se rigen por las disposiciones generales del instrumento que regula todos los actos generadores de obligaciones contractuales. En virtud del artículo 3, las partes deben tener la oportunidad de elegir la ley aplicable; en su defecto, el artículo 4 insta la aplicación de la ley del país en el que la parte que debe ejecutar la prestación característica del contrato tiene su residencia habitual, esto es (artículo 19), para una empresa o una asociación patronal o sindical, el lugar donde se sitúa su administración central. Esta decisión corresponde igualmente a las partes en virtud de lo dispuesto en directivas sobre información, consulta o participación de personal. Lo anterior resulta conveniente verdaderamente en caso de acuerdos de empresa o de grupo. Más allá de lo anterior, en relación con acuerdos concluidos entre organizaciones de empresarios y de trabajadores de más de un país o a nivel europeo, no se ha establecido una solución general, como tampoco para la aplicación de convenios colectivos nacionales a las relaciones de trabajo internacional<sup>7</sup>. En efecto, no resulta fácil determinar, cómo prevé el artículo 4, la ley del país con el cual el convenio presenta una conexión más estrecha. ¿Y qué decir sobre las relaciones colectivas de trabajo que no se incluyen en un convenio?

En el ámbito particular de desplazamiento de trabajadores, la Directiva 96/71 de 16 de diciembre de 1996 trata de especificar cuándo la ley del país de origen o del lugar de la prestación de trabajo se aplica. Sus disposiciones junto con los asuntos *Laval*, *Rüffert* y Comisión contra Luxemburgo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) donde las interpreta, han sido objeto de controversias ampliamente conocidas<sup>8</sup>. Estas se refieren en particular al derecho de huelga y su conciliación con la libre prestación de servicios. Aunque el Tribunal ha confirmado recientemente su jurisprudencia<sup>9</sup>, nos podemos cuestionar la solución dada a tales asuntos dado que, tras la entrada en vigor Tratado de Lisboa, el derecho de acción colectiva ha adquirido<sup>10</sup>, junto con toda la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), un valor equivalente al de los Tratados. Dicho cambio de estatus jurídico modifica manifiestamente, en favor de este último, el equilibrio entre las libertades económicas y el derecho social fundamental. Las modificaciones realizadas a esta Directiva por la 2018/957 de 28 de junio de 2018 constituyen un argumento añadido en este sentido.

<sup>7</sup> Vid. sobre este último punto: Jault-Seseke, F., «La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail international » en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 455-473.

<sup>8</sup> Así, los asuntos *Laval* de 18 de diciembre de 2007, *Rüffert* de abril de 2008 y Comisión contra Luxemburgo, de 19 de junio de 2008 del TJUE de la CJUE han sido objeto, como sabemos, de una abundante literatura crítica.

<sup>9</sup> Ver el asunto *Fonnship A/S* de 8 de julio de 2014 (apartado 41).

<sup>10</sup> El derecho de acción colectiva figura en el artículo 28.

Sobre el tema que nos ocupa, la aplicación del Reglamento Europeo nº 864/2007 de 11 de julio de 2007, llamado «Roma II», relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales tampoco está exenta de dificultades<sup>11</sup>. De conformidad con el artículo 9, la responsabilidad de un empleador, de un trabajador o de una organización profesional por los daños causados por una huelga o un cierre patronal se rigen por la ley del país en el cual el conflicto se produzca (o se haya producido). El artículo 4, apartado 2 añade, no obstante, que si la parte cuya responsabilidad es invocada y la parte lesionada tienen su residencia habitual en el mismo país en el momento de producirse el daño, se aplica la ley de ese país.

La regla especial del artículo 9 se establece, no obstante, sin perjuicio de las condiciones relativas al ejercicio de tales acciones de acuerdo con la legislación nacional, o del estatuto jurídico de los sindicatos previsto en la misma (considerando 28). Los principios tradicionales del Derecho Internacional Privado moderan efectivamente esta disposición: el Reglamento no afecta a las disposiciones de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo (artículo 16); mientras que el artículo 26 reserva el orden público del foro<sup>12</sup>. El artículo 9, en general, puede conducir a la aplicación de una ley considerada como atentatoria a la libertad sindical en el sentido del Convenio nº 87 de la OIT sobre libertad sindical y protección del derecho sindical. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de dicha institución ha considerado, en efecto, que la amenaza «omnipresente» de una acción sobre daños-intereses comporta el riesgo de poner a un sindicato a una situación de insolvencia, «eventualidad hoy muy plausible, habida cuenta de la jurisprudencia Viking<sup>13</sup> y Laval<sup>14</sup>», lo que crea una situación en la cual el ejercicio de los derechos establecidos por dicho Convenio Internacional deviene imposible<sup>14</sup>.

La implementación de otros instrumentos europeos también resulta compleja. Pensemos en el Reglamento nº 883/2004 de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social cuya entrada en vigor se retrasó durante mucho tiempo. Citemos también los Reglamentos nº 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil así como el nº 662/2009 de 13 de julio de 2009

<sup>11</sup> Vid. recientemente Fotinopoulou Basurko, O., «Algunos aspectos sobre competencia judicial internacional y ley aplicable a la responsabilidad por daños derivada de la adopción de medidas de conflicto colectivo transnacionales: el ejemplo de la industria marítima», comunicación presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gerona, 16-17 de mayo de 2013.

<sup>12</sup> Vid. También el artículo 17. Sobre las dificultades de interpretación de este artículo vid. También Dorssemont F., van Hoeck, A., “Collective action in Labour conflicts under the Rome II Regulation”, *European Labour Law Journal*, vol. 2(1), 2011, pp. 48-75 y vol.2 (2), 2011, pp. 101-118.

<sup>13</sup> Asunto *Fédération internationale des ouvriers du transport et Union finlandaise des marins* (o asunto «Viking») de 11 de diciembre de 2007.

<sup>14</sup> Ver la Conferencia Internacional del Trabajo 99ª sesión, 2010 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, informe II (parte 4A), Génova, OIT, 2010, p. 212 (caso concerniente a Reino Unido).

por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales.

Esta breve mención de las normas europeas susceptibles de ser aplicadas a los conflictos de derechos muestra que una solución legal no suele ser la más adecuada para resolver las preocupaciones de las partes. Además, no existen disposiciones análogas para los conflictos de intereses.

Estos últimos no están totalmente exentos de una regulación ya que a menudo las normas legales imponen límites sobre la forma en la que se desarrolla el conflicto. Sin embargo, las normas de Derecho Internacional Privado nacional o los Reglamentos europeos pueden propiciar la aplicación de varias leyes nacionales que son incompatibles entre sí. De hecho, las relaciones profesionales varían considerablemente de un Estado a otro, incluso entre países fronterizos. Tales diferencias no se refieren únicamente a las reglas jurídicas aplicables, sino también sobre la visión que se tiene del sistema y sobre la concepción que los actores involucrados tienen sobre su misión en él<sup>15</sup>. Aquellas se refieren al régimen de la huelga, libertad en unos, derecho individual o colectivo en otros, las relativas a la negociación colectiva y a los acuerdos que se alcanzan, disposiciones aplicables a todo el personal de la empresa o incluso a toda la profesión en numerosos países, pero que resulta solamente un acuerdo solemne en Reino Unido. Otras conciernen al reconocimiento de los sindicatos, que en principio responde, en el continente europeo, al cumplimiento de ciertos criterios de representatividad, mientras que se obtiene tras una dura lucha en Estados Unidos o en Canadá. En consecuencia, no sorprende a nadie que un conflicto colectivo transnacional origine problemas de gran complejidad.

Esta tercera hipótesis apela claramente a que las normas europeas e internacionales fomenten la solución pacífica de tales disputas, más específicamente mediante procesos extrajudiciales de conciliación, mediación e incluso arbitraje voluntario. Estas podrían incorporarse en normas heterónomas, Convenios o Tratados Internacionales, Reglamentos o Directivas europeas, como han sugerido algunos. La conclusión de acuerdos marco en los niveles apropiados, por las confederaciones patronales y sindicales o la preparación en común de declaraciones, mejor aún, códigos de buenas prácticas parece que se adaptan mejor, sin embargo, al estado actual de las relaciones profesionales transnacionales.

En estas condiciones, sería una buena práctica política buscar en los instrumentos internacionales, especialmente en los mecanismos de control de la OIT<sup>16</sup>, así como en su práctica de mediación/ conciliación una inspiración para desarrollar tales puntos, incluso si estas normas y procedimientos no fueran técnicamente aplicables.

<sup>15</sup> Servais, J.M., «Labor Law and Cross-Border Cooperation among Unions», en Gordon, M.E., Turner L., (Dir.), *Transnational Cooperation among Labor Unions*, Ithaca, ILR Press (Cornell University Press), 2000, pp. 44-59.

<sup>16</sup> Vid. OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 6ª edición revisada, Génova, 2006, apartados 1-29 y anexo I.

### 3. LAS NORMAS Y LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES: FUENTE DE INSPIRACIÓN PARA LA RESOLUCIÓN PACÍFICA DE LOS CONFLICTOS LABORALES TRANSNACIONALES

Como institución normativa, la OIT elabora Convenios internacionales en materia laboral y promueve su ratificación. Sin embargo, los resultados de sus trabajos también conducen a la toma de decisiones que no tienen tal carácter pero que se dirigen al conjunto de los miembros que la constituyen, gobiernos, asociaciones patronales y confederaciones sindicales. Sus disposiciones, poco o nada vinculantes, se denominan Recomendaciones, Resoluciones, Guías Prácticas, Conclusiones o Declaraciones comunes. Buen ejemplo de ello es la Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo; otra es la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales, adoptada en 1977. Más integrado en el Derecho nacional de los Estados miembros, el Derecho europeo permite la aplicación de sus Reglamentos y Directivas sin procedimiento de ratificación. No obstante, también cuenta con instrumentos de *soft law*, Recomendaciones y Conclusiones, pero sobre todo, se reconoce el valor jurídico de los acuerdos marco concluidos entre patronal y sindicatos; se prevé incluso un procedimiento de extensión de los mismos<sup>17</sup>.

El control de compatibilidad entre los ordenamientos jurídicos nacionales y transnacionales se lleva a cabo en diferentes términos en ambas Organizaciones. En particular, los tribunales de los Estados miembros de la UE pueden elevar una cuestión prejudicial al TJUE si albergan dudas de interpretación sobre una disposición del Derecho europeo; sus sentencias tienen fuerza vinculante. Esto no sucede con las conclusiones adoptadas por los órganos de control de la OIT. Tales instancias potencian, en cambio, el uso de la razón y el diálogo para resolver las infracciones constatadas.

Tales instancias supervisan, sin embargo, la aplicación de los Convenios y las Recomendaciones internacionales del trabajo. Unas se encargan de los informes de conformidad enviados regularmente por los gobiernos (con copia a las organizaciones patronales y sindicales), mientras que otras se ocupan de las quejas. La misión de los órganos de supervisión de la OIT no es la de emitir sentencias: ellos formulan conclusiones fundadas sobre las normas de la Organización y las dirigen a los gobiernos interesados para permitirles superar las dificultades encontradas. El objetivo no es el de condenar o reprimir a un Estado culpable, sino de entablar con él un debate positivo con el fin de asegurar el respeto de las disposiciones aplicables. El conjunto de los procedimientos funciona en este sentido, cuanto más complejos o graves se manifiesten los problemas, más elaborados son los mecanismos ideados para suscitar un diálogo constructivo y para encontrar soluciones conformes a los Convenios.

<sup>17</sup> Artículo 155 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

Tales procedimientos tienen carácter de mediación<sup>18</sup>, llevadas a cabo ya sea por las instancias institucionales, ya sea por personalidades independientes o por altos funcionarios del secretariado de la OIT-la Oficina Internacional del Trabajo-en el curso de sus misiones y de entrevistas más o menos formales. La mera amenaza de un debate en el Consejo de administración o en la Conferencia Anual de la Organización ha llevado frecuentemente a los Estados que incumplen a buscar soluciones amistosas con la Oficina Internacional del Trabajo.

Todos estos mecanismos obedecen a determinados principios fundamentales, entre los que destaca la protección, de la misma manera que durante un procedimiento judicial, del derecho a la defensa: el Estado que se defiende debe, por lo tanto, tener la oportunidad de replicar en último lugar durante el intercambio de argumentos entre las partes. La OIT considera igualmente que sus Convenios se deben aplicar de manera uniforme y sistemática en todos los Estados; una reflexión sobre las circunstancias particulares de cada uno, sus condiciones económicas y sociales o el estado de sus relaciones profesionales solo pueden intervenir en una etapa posterior, cuando se determinan las medidas que se van a utilizar para poner fin a las discrepancias constatadas.

Cuando surge un problema serio, la Oficina favorece, en primer lugar, los contactos informales, que debería permitir encontrar una solución sin entablar o continuar un procedimiento formal por incumplimiento. El comportamiento de las personalidades que están a cargo de ello se basa en gran medida en los códigos de conducta que ponen en práctica los mediadores y los conciliadores nacionales: rapidez y al mismo tiempo serenidad, imparcialidad y respeto de la igualdad de las partes, conocimiento en profundidad del asunto, sensibilidad a las exigencias del buen gobierno. Estos principios se aplican también en el seno de debates totalmente informales llevados a cabo con los representantes de empresas transnacionales cuando piden asesoramiento para la solución de una disputa. La Organización ha creado, por otra parte, un servicio de asistencia («helpdesk») para las multinacionales que promueve la puesta en práctica de la citada Declaración de 1977 en sus actividades; la misma se dirige especialmente a los directivos de las empresas y a su personal.

Estas reglas y estos principios derivados de la práctica de la supervisión de las normas de la OIT pueden ser reproducidas a nivel europeo o en otro nivel transnacional en un documento jurídico sobre los conflictos laborales que trascienda las fronteras de un Estado. También resulta posible inspirarse en dos de las Recomendaciones de la Organización: las Recomendaciones n° 130, de 1967, ya mencionada, sobre el examen de las reclamaciones y la n° 92, de 1951, sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios. Examinaré a continuación estos dos instrumentos. El primero se refiere sobre todo a conflictos individuales; el segundo se centra esencialmente en la solución pacífica de conflictos colectivos.

<sup>18</sup> Para mayor detalle, vid. Servais, J.M., *Normes internationales du travail*, Paris, Dalloz, 2004, p.983.

Puede resultar sorprendente que la Institución, creada en la orilla del lago Lemán, haya elaborado tan pocas normas sobre la resolución pacífica de los conflictos. El miedo a restringir la libertad de acción de las organizaciones de empleadores y trabajadores y la forma en la que estos interactúan explica en gran medida tal escasez de normas. Los ordenamientos alemán y belga tampoco contienen reglas más detalladas sobre tales asuntos por la misma razón. Encontrar un lenguaje común entre el enfoque jurídico anglosajón y el europeo continental sobre la acción colectiva o sobre el papel del arbitraje habría sido, por añadidura, una tarea compleja, por no hablar de la visión de los países comunistas todavía dominantes en Europa del este y más allá.

### 3.1. Reclamaciones

Tanto en el conflicto de derechos como en el de intereses se aplican procedimientos de conciliación, de mediación y a veces de arbitraje voluntario que tratan de encontrar soluciones aceptables para las partes. A veces un mal acuerdo vale más que un buen proceso, o simplemente, que proseguir con un litigio.

Como prudentemente establece la Recomendación nº130, cuando los procedimientos sobre el examen de las reclamaciones se establecen en convenios colectivos, se debe alentar a las partes firmantes a incluir en el acuerdo una renuncia a la acción directa : se deben comprometer, durante la vigencia del Convenio, a favorecer la resolución de las reclamaciones en el marco de los mecanismos previstos y abstenerse de «toda acción que pueda dificultar el funcionamiento eficaz de dichos procedimientos». Se trata de la expresión de la obligación de paz social prevista por la ley o establecida por la jurisprudencia de muchos Estados de manera absoluta -para todas las cuestiones posibles- o relativas -para cuestiones cubiertas únicamente por un convenio-. El Comité de Libertad Sindical de la Oficina Internacional del Trabajo ha aceptado que las huelgas estén incluso prohibidas durante la vigencia de un convenio colectivo<sup>19</sup>.

Tales mecanismos de resolución de conflictos también se pueden prever en los reglamentos de empresas o en los códigos de conducta de las grandes empresas nacionales o multinacionales. Este enfoque está en línea con espíritu de las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales; estas, de carácter puramente voluntarias, no aportan ninguna indicación más específica.

Ninguna de las disposiciones de la Recomendación nº 130 restringen el derecho de los trabajadores de dirigirse directamente a las autoridades competentes para resolver cuestiones laborales, a un tribunal de trabajo o a cualquier otra autoridad judicial. La solución de un conflicto de derecho, extraído de una diferencia de interpretación sobre un texto legal, debería dejarse a la competencia de los

<sup>19</sup> Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical...*, *op. cit.* apartado 533.

tribunales. El Comité de Libertad Sindical ha admitido igualmente la prohibición de huelga en este caso<sup>20</sup>.

En la medida de lo posible, no obstante, precisa la Recomendación, tales quejas deberían encontrar una solución en el seno de la propia empresa, de acuerdo con mecanismos efectivos, adaptados a las condiciones del país, del sector de la actividad y de la empresa y mediante procedimientos que presenten con todas las garantías de objetividad. El Comité de Libertad Sindical añade que tales instancias deben ser rápidas, imparciales y presentarse como tales a las partes interesadas<sup>21</sup>.

En caso de que tales métodos fallen, el conflicto debe encontrar una solución definitiva a través de una (o varias) de las vías siguientes:

- a) El recurso a los procedimientos previstos en los convenios colectivos (por ejemplo, el examen conjunto sobre el asunto por las asociaciones de empleadores y trabajadores, o el arbitraje voluntario designando a una o más personas, previo acuerdo del empleador y del trabajador involucrado o de sus organizaciones respectivas);
- b) La conciliación o el arbitraje por parte de las autoridades públicas;
- c) El recurso a un tribunal laboral o a otra instancia judicial;
- d) Cualquier otro procedimiento «que pueda ser apropiado, habida cuenta de las condiciones nacionales».

Además de las normas y los principios de la OIT, se debe citar un documento de las Naciones Unidas: las líneas guía para la implementación del marco «Proteger, Respetar y Remediar», preparado por J. Ruggie y suscrito por el Consejo de los derechos del hombre de 16 de junio de 2011<sup>22</sup>. En ellas se aclara el significado de la noción de responsabilidad corporativa empresarial en respeto a los derechos de la persona y proporcionan estándares globales autorizados para la prevención y el tratamiento de posibles consecuencias negativas de las actividades empresariales sobre los derechos del ser humano.

El apartado 31 subraya en particular que los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, sean públicos o no, deberían reunir ciertas cualidades:

- Legitimidad: inspirar confianza a los grupos de personas por las cuales el mecanismo ha sido instaurado y responder a las reclamaciones mediante un tratamiento justo.

- Accesibilidad: ser conocidos por todos esos grupos de intereses y procurar una asistencia adecuada a aquellos que encuentran obstáculos particulares para usarlos.

- Previsibilidad: prever un procedimiento claro y bien conocido, con una secuencia indicativa de la duración de cada etapa; proporcionar información clara

<sup>20</sup> *Ibid.* apartado 532.

<sup>21</sup> *Ibid.* apartados 778, 817 y 828.

<sup>22</sup> Vid. Especialmente sobre este punto Alston, Ph., Goodman, R., *International Human Rights*, Oxford University Press, 2013.

sobre los tipos de recursos, los resultados posibles y las medidas de control de su ejecución.

- Equidad: pretender asegurar que las partes perjudicadas tengan acceso razonable a los recursos de información, al asesoramiento y a la experiencia necesaria para presentar un recurso en las condiciones adecuadas.

- Transparencia: mantener a las partes implicadas en el litigio informadas sobre el desarrollo del mismo; aportar suficiente información sobre la consecución de tales mecanismos a fin de generar confianza sobre su eficacia y de tener en cuenta el interés público en juego.

- Cumplimiento de derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean acordes con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

- Fuente de aprendizaje permanente: tomar nota de las medidas adoptadas para mejorar los mecanismos adoptados y para prevenir futuros daños y reclamaciones.

Los procedimientos a nivel operacional deberían igualmente basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados sobre el tipo de mecanismo seleccionado para responder a sus preocupaciones y sobre su funcionamiento; dar prioridad al diálogo como medida para manejar y resolver las quejas.

Añadimos que varios acuerdos marco internacionales han sentado las bases de un organismo encargado de resolver tales reclamaciones; establecen en general un procedimiento de recurso sucesivo, en caso necesario, en lugar de la intervención de un mediador («defensor del pueblo»)²³.

### 3.2. Conciliación, mediación y arbitraje

La Carta Social Europea dispone que para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, los Estados se comprometen a fomentar la instauración y utilización de procedimientos apropiados de conciliación y arbitraje voluntario para resolver los conflictos laborales²⁴.

En la OIT una breve Recomendación (nº92) de 1951 trata esta cuestión. Se limita a establecer algunos principios generales, dejando que las partes convengan los procedimientos a seguir. Sin embargo, la Organización presta su asesoramiento para ayudarlas a encontrar la mejor forma de proceder²⁵. El último apartado de este instrumento precisa que si fuera necesario, sus disposiciones se pueden interpretar «en menoscabo del derecho de huelga»; el arbitraje obligatorio equivaldría, en efecto, a impedir este derecho y a obstaculizar la libre negociación colectiva de las condiciones de empleo.

²³ <http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef08102.htm>, European and international framework agreements: Practical experiences and strategic approaches, 2008.

²⁴ Artículo 6.3.

²⁵ Vargha, C., *Labour Disputes Systems: Guidelines for Improved Performance*, Génova, OIT, 2013.

El texto prevé el establecimiento de órganos de conciliación voluntaria que contribuyen a la prevención y a la resolución de los conflictos laborales. Aboga por un procedimiento gratuito y rápido iniciado a instancias de una de las partes o de oficio a instancias del órgano de conciliación. El Comité de Libertad Sindical ha aceptado, no obstante, la obligación de pagar los servicios de mediación-arbitraje, si el coste resulta razonable y no afecta a la capacidad de las partes, en particular de aquellos que disponen de recursos económicos insuficientes para recurrir a los servicios ofrecidos<sup>26</sup>.

Cuando el órgano de mediación se establece sobre una base mixta, debe contar con una representación igual de empleadores y trabajadores. Si todas las partes interesadas acuerdan recurrir a la conciliación, se les sugiere, siempre que el procedimiento esté en curso, de abstenerse de recurrir a la huelga o al cierre patronal. Lo mismo se fija si han prestado su consentimiento para el arbitraje para una solución final; además, deberían ser incitadas a aceptar el laudo arbitral.

El Comité de Libertad Sindical ha insistido en que las partes participen en las diferentes etapas del procedimiento. Una vez más el arbitraje debería ser rápido, independiente y aparentarlo, sin que los criterios legales predeterminen sus conclusiones. Los laudos emitidos deberían aplicarse en su totalidad y sin retrasos. Los órganos de control de la OIT no han fomentado más la conciliación que la mediación o viceversa dado que tanto la una como la otra ayudan a las partes a concluir un acuerdo voluntario. No se han posicionado sobre la superioridad de un sistema de conciliación distinto del arbitraje comparado con un sistema combinado de mediación-arbitraje en tanto que los miembros de los órganos encargados de tales funciones son imparciales y aparentan serlo<sup>27</sup>.

Las federaciones sindicales internacionales han adoptado la política de favorecer a las partes firmantes para asegurar la implementación de los acuerdos concluidos y resolver sus diferencias de manera autónoma. Los consideran como los más aptos a estos efectos, al tiempo que aceptan que se recurra a terceras instancias, tribunales nacionales u órganos extrajudiciales para encontrar una solución. Sin embargo, también encontramos procedimientos previos, especialmente de conciliación y mediación, para regular eventuales conflictos<sup>28</sup>. Tal es el caso de los acuerdos marco de Securitas AB (26 de octubre de 2012) y GDF (16 de noviembre de 2011).

<sup>26</sup> OIT, *La libertad sindical .op. cit.*, apartado 602.

<sup>27</sup> *Ibid.* apartados 551, 596, 598, 599, 569 y 603.

<sup>28</sup> CES, *More and Better European Company Framework Agreements: Enhancing Trade Unions in Transnational Negotiations with Transnational Companies*, Executive Committee, Discussion Note, Bruselas, 5-6 junio 2012.

#### 4. CONCLUSIONES

Las leyes en vigor no proporciona a veces una solución satisfactoria, es decir, aceptable para todas las partes interesadas a los conflictos transnacionales de trabajo cuyo número, no obstante, aumenta con el progreso de la globalización. La apertura de las fronteras ha frustrado las soluciones ofrecidas a los conflictos de derecho por las disposiciones jurídicas existentes o los mecanismos previstos por las legislaciones nacionales para resolver los conflictos de intereses.

Las páginas anteriores demuestran que podemos encontrar en los instrumentos internacionales y sus procedimientos de aplicación una rica fuente de inspiración para implementar métodos de solución de conflictos transnacionales, adaptados a los nuevos contextos. Algunos apoyan la adopción de un Convenio internacional, una Directiva o un Reglamento europeo sobre esta cuestión. Sin embargo, los grupos de empleadores y de trabajadores han manifestado siempre a la OIT sus reservas a la elaboración de normas internacionales sobre este punto, como en términos más generales, las asociaciones patronales y sindicales han mostrado sus reticencias a cualquier intervención exterior sobre las relaciones profesionales.

Parece indeseable, desde el punto de vista social, y poco realista, en términos de eficacia, de pasar por alto esta oposición, cuando el consentimiento de los dos actores claves en la escena social aparece como elemento fundamental para el éxito de estos procedimientos. Mejor utilizar métodos menos restrictivos, fomentar las buenas prácticas en las empresas o en los sectores de actividad, mejor aún, los acuerdos marco a este nivel o en el ámbito interprofesional para poner fin pacíficamente a tales conflictos.

# SINDICALISMO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA 4.0\*

MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

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

Universidad de Castilla-La Mancha

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Revolución tecnológica, economía de plataforma, sindicato, negociación colectiva

El sindicalismo deberá encarar el futuro marcado por los avances tecnológicos y su aplicación al proceso productivo y por la aparición de las plataformas digitales. Para ello deberá empezar por nutrir la negociación colectiva con nuevos contenidos como el derecho a la desconexión digital o la protección de datos, pero también elaborar estrategias para afrontar el crecimiento del trabajo autónomo, la creciente dilución, fragmentación y dispersión del trabajo que operan las plataformas digitales, la falta de identidades profesionales sólidas o la bipolaridad de la fuerza de trabajo. En este contexto, la utilización de la tecnología por parte del sindicato para crear redes de trabajadores y formas de acción colectiva apoyadas y amplificadas por las redes sociales puede reconstruir espacios y vínculos de solidaridad que la propia tecnología ha contribuido a desdibujar.

## ABSTRACT

**Key Words:** Technological revolution, platform economy, trade union, collective bargaining

Trade unionism must face the future marked by technological advances and their application to the production process and the emergence of digital platforms. To do so, it must start by nurturing collective bargaining with new content such as the right to digital disconnection or data protection, but also developing strategies to face the growth of autonomous work, the increasing dilution, fragmentation and dispersion of work that the digital platforms operate, the lack of strong professional identities or the bipolarity of the workforce. In this context, the use of technology by the unions to create networks of workers and forms of collective action supported and amplified by social networks can reconstruct spaces and bonds of solidarity that technology itself has helped to blur.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. NUEVOS DESAFÍOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS POLÍTICAS DE EMPLEO
  - 2.1. Políticas de formación digital como elemento clave para una transición justa
  - 2.2. Derecho a la desconexión y protección de datos como emblemas de una negociación colectiva acorde con la revolución tecnológica
  - 2.3. Provisión de una renta mínima frente a las pérdidas de empleo
3. PLATAFORMAS Y NUEVAS FÓRMULAS DE ORGANIZACIÓN Y AUTO-TUTELA COLECTIVAS

## 1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es analizar cómo debe organizarse y actuar el sindicato para hacer frente a los retos que representa la revolución tecnológica, así como las políticas y estrategias que deberá adoptar como sujeto sociopolítico y como actor protagonista de las relaciones laborales. Como veremos a continuación, en la arena política deberá demandar la puesta en práctica de programas de formación y reciclaje profesionales que ayuden a los trabajadores a adaptarse a los requerimientos de la tecnología, además del establecimiento de una renta mínima para aquellos que pierdan sus empleos. En la arena de las relaciones laborales, deberá llevar a la negociación colectiva nuevos contenidos como el derecho a la desconexión digital o la protección de datos, pero también afrontar fenómenos como el crecimiento del trabajo autónomo, la creciente dilución del trabajo que operan las plataformas digitales, la falta de identidades profesionales sólidas o la bipolaridad de la fuerza de trabajo. Para ello el sindicato deberá reconstruir nuevos espacios y vínculos de solidaridad entre trabajadores mediante la utilización de la propia tecnología y renunciar a algunos de sus atributos más clásicos.

## 2. NUEVOS DESAFÍOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

Probablemente lo primero que tendrá que afrontar el sindicalismo en la era digital es el miedo de la población trabajadora a perder sus empleos por el avance de las máquinas. La suma de la robótica, la digitalización y la inteligencia artificial puede, según todos los indicios, provocar cuantiosas pérdidas de puestos de trabajo. No es cuestión de detallar ahora cuántos y cuáles, aunque hay informes bien conocidos al respecto: el Foro Económico Mundial nos habla de 5.1 millones de empleos netos que desaparecerán entre 2015 y 2020 (Worl

Economic Forum, 2016: 13); *McKinsey* (2017) mantiene que cerca del 50% de las actuales actividades laborales son susceptibles de automatización y que 6 de cada 10 ocupaciones tienen ya en el presente más del 30% de actividades que pueden ser automatizadas; la OCDE aporta, sin embargo, una visión más optimista, cifrando en un 9% el total de los puestos con alto riesgo de automatización en el conjunto de los países de esta Organización, aunque con dos advertencias que creo importante destacar: los puestos de trabajo con mayor riesgo de desaparecer son los de aquellos trabajadores con menor nivel de cualificación y con menores niveles de rentas (Arntz, Gregory y Zierahn, 2016: 8, 20).

Lo anterior nos pone sobre la pista de algunas de las tendencias producidas por el avance de la tecnología que tendrán que integrarse en la acción sindical. La primera es el riesgo de pérdida de empleo para algunos sectores de la población trabajadora y el riesgo, a su vez, de que reaparezcan los *machine breakers*, en terminología de Hobsbawm (1952). La segunda es la necesidad de recualificación de grandes capas de la población para que no pierdan la carrera frente a la tecnología. La tercera es la necesidad de proveer de rentas a las personas que, pese a todo, pierdan su empleo. Y la última, pero no menos importante, el diferente impacto que tiene la tecnología sobre el empleo de la población trabajadora, en función de su cualificación y sus rentas, y como ello produce una fragmentación del mercado de trabajo y de la sociedad en dos: *winers* y *losers*, por utilizar una terminología muy al uso, del avance de la digitalización. Veamos a continuación cada una de estas tendencias.

A pesar de todos los informes que cuantifican las pérdidas de empleo a consecuencia de la digitalización, no creo, en verdad, que nadie conozca con exactitud cuántos van a ser los puestos de trabajo que van a desaparecer. Por ello, creo que más que afanarse en averiguar cuántos puestos de trabajo van a desaparecer, debemos preguntarnos por los nuevos empleos de la era tecnológica. Dando por sentado que el avance de la tecnología produce y producirá nuevos puestos de trabajo (basta con acudir a un supermercado para darse cuenta de que la “destrucción creativa” de Schumpeter (1942) todavía funciona), las preguntas claves que deben formularse son cuántos y con qué velocidad van a crearse, qué cualidad van a tener, dónde van a estar localizados geográficamente, cuál será la cualificación que requieran y, por tanto, si los trabajadores que han perdido sus puestos de trabajo por el avance de la tecnología podrán volver a tener los nuevos empleos creados por la misma razón (Meyer, 2016: 104). De las respuestas a estas preguntas dependen las estrategias a diseñar por parte de las organizaciones sindicales.

### **2.1. Políticas de formación digital como elemento clave para una transición justa**

Realmente, el avance de la tecnología siempre ha producido la obsolescencia de anteriores cualificaciones y la exigencia de nuevas. Más aún, uno de los

objetivos de la introducción de nuevas tecnologías en los procesos productivos es, precisamente, producir ese fenómeno de descualificación porque ello produce, a su vez, un reducción del poder de los trabajadores cualificados y un abaratamiento de los costes de producción (Srnicek, 2017: 12-13). De otro lado, la exigencia de nuevas cualificaciones más acordes con los requerimientos tecnológicos de los nuevos puestos de trabajo produce el fenómeno inverso, esto es, empodera a los trabajadores que poseen esas cualificaciones e incrementan los costes de producción. De ahí que la demanda de expansión de las nuevas cualificaciones y la correlativa de reciclaje profesional de los trabajadores tenga un efecto ambivalente: es necesaria para seguir en el trabajo o, en terminología más moderna, mejorar la empleabilidad; pero al mismo tiempo es necesaria también para proveer de más fuerza de trabajo a las empresas, reduciendo así el poder de negociación de los efectivos cualificados y abaratando, en consecuencia, su coste (Huws, 2014: 41-33). Aún contando con esta ambivalencia, creo que las organizaciones sindicales deben demandar que haya una política pública de reciclaje y formación profesionales que ayude a realizar la transición hacia los nuevos empleos a la mayor parte de la población laboral, incluida la inversión pública necesaria para llevarla a cabo.

Tal es la primera de las exigencias que la CES ha hecho a la Unión Europea (en adelante, UE). Y aquí quiero detenerme un momento. Creo que una de las debilidades de la acción sindical realizada durante la crisis, pero también antes de ella, ha sido descansar casi exclusivamente en el territorio nacional. Si algo ha puesto de manifiesto la globalización ha sido la insuficiencia de respuestas nacionales, sea de los gobiernos o de los interlocutores sociales, para enderezar procesos económicos que exceden de las fronteras nacionales. Ello es todavía más patente si hablamos de digitalización de la economía, un fenómeno que se está produciendo también a escala global, aunque luego en cada país tenga rasgos específicos, o de plataformas digitales, que son capaces de expandir el trabajo a lo largo y ancho del mundo. De ahí que entienda completamente necesaria una acción sindical que exceda los territorios de los Estados-nación para localizarse en espacios de integración económica más amplios, como puede ser la Unión Europea. Estrechar la relación entre las organizaciones sindicales nacionales y la CES y, sobre todo, fraguar consensos sólidos dentro de ella, sin que prevalezcan las diferencias de visiones y modelos sindicales que han neutralizado en buena medida la acción sindical europea hasta la fecha, me parecen condiciones imprescindibles para el éxito de la acción sindical en la era digital.

Pues bien, en su estrategia *Towards fair digital work*, la CES apela directamente a la mejora de la formación inicial y permanente de los trabajadores como un elemento clave de lo que denomina “transición *inclusiva* hacia un trabajo digital bueno y justo” (ETUC, 2016). Subrayo la palabra *inclusiva* porque, en caso de que la formación de los trabajadores no adquiera las dimensiones que debe tener para

que una mayoría de ellos puedan acceder a la sociedad digital, se producirá uno de los fenómenos más temibles del avance digital: una ruptura entre los “ganadores” y los “perdedores” del avance de la tecnología en el trabajo, que genera una enorme desigualdad y fragmenta profundamente la sociedad (Autor, 2010). Para la realización de un proceso de formación semejante, que implica millones de euros y a millones de trabajadores a lo largo de toda la UE, la CES (ETUC, 2017) propone la reconversión y una mejor dotación del *Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización*, mediante la creación, llegado el caso, de impuestos sobre las actividades digitales, abriendo un debate sobre la redistribución de los beneficios y las cargas de la era digital especialmente relevante. Por último, y es algo que me interesa subrayar porque creo que debe convertirse en un rasgo de la política sindical ante la digitalización, la CES considera que la formación de la era digital debe alcanzar también a los trabajadores por cuenta propia, equiparando en este apartado a todos los trabajadores con independencia de sus estatus jurídico.

Pero además de las propuestas de políticas activas de empleo, propias de la comprensión del sindicato como sujeto sociopolítico, las organizaciones sindicales necesitan interiorizar la estrategia de la formación digital permanente de los trabajadores en su propio plan de acción y llevarla, como un contenido prioritario, a la negociación colectiva. En efecto, el avance de la revolución tecnológica y su impacto sobre las relaciones de trabajo va a requerir que el sindicato también se la juegue en los lugares de trabajo. A la acción de demanda de políticas públicas, debe sumar la acción en las empresas, cambiando contenidos y formas de actuación porque también están cambiando los problemas y las expectativas de los trabajadores. Para empezar, los sindicatos deben tener voz en la transformación digital de la empresa, no dejando que sea una cosa ajena frente a la que reaccionar de forma defensiva o, incluso, contraria al avance de la digitalización, sino implicándose activamente a fin de asegurar una transición justa para el conjunto de los trabajadores. Es justamente en ello donde la entrada de la formación como contenido clave de la negociación colectiva adquiere todo su sentido, ya que, con toda la ambivalencia que se quiera, del permanente ajuste de las competencias que posean los trabajadores va a depender en mucha medida el propio mantenimiento de su puesto de trabajo.

## **2.2. Derecho a la desconexión y protección de datos como emblemas de una negociación colectiva acorde con la revolución tecnológica**

La negociación colectiva también debiera adoptar un papel de vanguardia en relación con nuevos contenidos directamente vinculados con la digitalización. Es el caso de la provisión de teletrabajo y la regulación del derecho a la desconexión, pero también de la protección de datos y del derecho a la privacidad del trabajador. Es evidente que el avance de la tecnología permite que multitud de funciones que antes

se localizaban en los centros de trabajo ahora puedan realizarse fuera de ellos. Más aún, si hace un tiempo la coordinación de todas las fases y elementos del proceso productivo necesitaba de la concentración de todos los factores de producción en una única localización, hoy la tecnología obra una coordinación máxima de todos los factores productivos, aunque estos estén dispersos y expandidos a lo largo del mundo (la externalización es, por ello, un rasgo definitorio del trabajo en la era digital). Ello está transformando radicalmente los conceptos de lugar y tiempo de trabajo, dado que en no pocas ocasiones el uso de la tecnología posibilita trabajar, en conocida expresión, *anytime anywhere*. Los efectos positivos de la libertad para trabajar en cualquier tiempo y lugar son sobradamente conocidos: mayor autonomía para organizar la prestación de trabajo y mayor posibilidad de conciliar las responsabilidades laborales y las familiares (Eurofound, 2015: 77-78). Sin embargo, también se conocen los efectos negativos que puede provocar dicha posibilidad, como la dilución de la frontera entre vida privada y vida profesional (Webster y Randle, 2016: 13-14) y la más que extendida prolongación de las jornadas laborales (Eurofound y OIT, 2017: 21-25).

Ante ello, la estrategia sindical debiera ser transformar la negociación colectiva en canal y dique de estos nuevos fenómenos; canal para abordar los procesos de deslocalización de la actividad productiva mediante el teletrabajo y dique a la continua disponibilidad horaria por parte del trabajador. En mi opinión, en vez de dejar la posibilidad de tele-trabajar a los acuerdos puntuales que puedan alcanzarse entre trabajador y empresario, sería más acorde con las posibilidades de expansión de esta clase de trabajo que hoy ofrece la tecnología planificar estrategias de teletrabajo dentro de la negociación colectiva. Lo que significa definir mediante convenio colectivo los trabajadores y/o puestos de trabajo que pueden acceder a esta modalidad de trabajo, así como las condiciones en que va a desarrollarse el mismo. De esta forma, sin llegar a negar virtualidad a las decisiones individuales respecto de la posibilidad de tele-trabajar, podrían construirse marcos colectivos que dieran seguridad y determinadas garantías a los tele-trabajadores e incentivaran el uso del teletrabajo y una cultura menos “presentista” por parte de las empresas. De otro lado, el derecho a la desconexión digital debe convertirse en un contenido habitual de los convenios colectivos. Bien conocida resulta la experiencia francesa, donde el derecho a la desconexión digital empezó siendo un contenido innovador de la negociación colectiva para convertirse en un mandato de la ley, que obliga a negociar las fórmulas de desconexión digital en todos los convenios colectivos que se suscriban en dicho país. Desde mi punto de vista, esta combinación entre ley y convenio colectivo como dique a la continua disponibilidad horaria de los trabajadores es claramente un camino que debe seguirse andando, por razones de salud en el trabajo (la prolongación desmedida del tiempo de trabajo provoca estrés y el síndrome del trabajador quemado o *burnout*) y de compatibilidad entre la vida profesional y la vida privada; e incluso

por razones de productividad, dado que resulta suficientemente demostrado que una prolongación excesiva de las horas de trabajo repercute de forma negativa sobre la misma (Eurofound y OIT, 2017: 34-41).

Otro de los nuevos contenidos que debe priorizar la negociación colectiva de la era tecnológica es la protección de los datos del trabajadores, además de poner límites a las posibilidades de continua supervisión tecnológica. Uno de los rasgos más característicos de la era digital es la enorme capacidad de recolectar y evaluar los datos proporcionados por los usuarios de la tecnología, el conocido como *Big Data*. Ello tienen numerosas implicaciones, entre las que se encuentra el debate sobre la propiedad de los datos (y de los beneficios) producidos (Srnicek, 2017: 53-55) en un sociedad donde todos nos hemos convertido en “prosumidores”, esto es, productores y consumidores de datos a un mismo tiempo (Valenduc y Vendramin, 2016: 11-12). Pero también tiene implicaciones en relación con los trabajadores, dado que, mediante la recolección y análisis de los datos producidos por ellos en uso de las tecnologías de la empresa pueden conocerse no sólo los aspectos relativos al cumplimiento de la prestación de trabajo, sino de su propia vida personal, lo que pone en riesgo su privacidad. Igualmente existe un riesgo para el derecho a la intimidad del trabajador en los casos en que se emplean herramientas tecnológicas que consienten un control exhaustivo de su conducta laboral, ya que, junto con ella, puede ser supervisada y sometida a control la propia conducta personal. De la creciente importancia de estos temas en el ámbito de las relaciones laborales da fe la relevancia pública que se está dando a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, como pueden ser los casos *Barbulescu contra Rumanía* (supervisión del correo electrónico privado) o *López Ribalta y otras contra España* (utilización de cámaras de vigilancia ocultas que consienten la obtención y procesamiento de datos de la esfera privada).

Esa es la razón por la que, como estrategia sindical en el campo de las políticas públicas, la CES propone –y me parece una apuesta razonable, dado que están en juego derechos fundamentales- la aprobación de una Directiva sobre la privacidad en el trabajo, basada en el respeto a la dignidad humana, la privacidad y los datos personales (ETUC, 2016). Pero también se necesita en la era digital una apuesta sindical por priorizar los contenidos que guardan relación con la soberanía que tenga el trabajador sobre sus propios datos y los derechos fundamentales a la intimidad y la privacidad. Elaborar mediante negociación colectiva protocolos de actuación que demarquen claramente las capacidades de control de la actividad laboral por parte de la empresa y los límites de las mismas se ha vuelto una tarea esencial con la explosión tecnológica (UNI Global Union, 2017: 11). De ello dependen no sólo la validez jurídica de algunas fórmulas de supervisión tecnológica puestas en práctica por las empresas, sino la creación de un marco de certidumbre y seguridad en el disfrute de los derechos y libertades fundamentales para empresas y trabajadores.

### 2.3. Provisión de una renta mínima frente a las pérdidas de empleo

Además de teñir la negociación colectiva con contenidos laborales propios de la economía digital, las organizaciones sindicales deben hacer frente al problema de la falta de rentas del trabajo que probablemente acompañará a las pérdidas de empleos. Parece evidente que, aun contando con la creación de nuevos puestos de trabajo de origen tecnológico y con la puesta en marcha de formación digital para el conjunto de la población trabajadora, siempre puede producirse un doble *gap*. De un lado, porque el tiempo que transcurra entre la pérdida de puestos de trabajo a consecuencia del avance tecnológico y la creación de los nuevos puestos de trabajo puede ser dilatado, de forma que, al menos durante ese tiempo, se produzca el fenómeno que Keynes (1930) llamó “desempleo tecnológico”. De otro lado, porque, incluso desplegando una estrategia de formación digital intensiva, es bien probable que al menos una parte de la población trabajadora no pueda adaptarse a los requerimientos del trabajo digital. Todo lo cual puede ser más dramático si llegaran a cumplirse las previsiones más pesimistas sobre destrucción de empleos. En cualquier caso el efecto que quiero destacar es el mismo: como consecuencia de la revolución tecnológica va a haber un número significativo de trabajadores que perderán sus rentas de trabajo, fuente fundamental de subsistencia para la gran mayoría de ellos.

Ante este hecho, la estrategia sindical debiera incluir la reclamación de una fuente de rentas que sustituya las rentas del trabajo. Es a ello a lo que se refiere la CES cuando hace un llamamiento a las autoridades de la UE para que la transición hacia la economía digital sea inclusiva y no produzca una brecha aún mayor entre unos pocos “ganadores” y un gran número de “perdedores”, que ahonde en la creciente desigualdad en el reparto de la riqueza (ETUC, 2016). No es casual que todos los debates y estudios sobre el impacto de la digitalización sobre el empleo apelen a la implantación de una renta básica universal, como hace Irani (2015), o a la puesta en práctica de un impuesto negativo sobre la renta, como hacen Brynjolfsson y McAfee (2014: 234-249). Se sitúen en la versión pesimista o en la optimista, todos los especialistas esperan que la revolución digital traiga consigo una disminución neta del volumen de empleo y, por tanto, un incremento del número de personas que pueden verse abocadas a la pobreza. De ahí la necesidad –por justicia social, pero también por eficiencia económica- de prever fuentes alternativas de rentas para todas ellas. Por mi parte, he de reconocer que no soy especialmente proclive a la puesta en marcha de una renta universal, dado que entiendo que el trabajo es todavía un elemento central en la vida de las personas y, por ello, que las rentas que reemplacen a las del trabajo deben tener alguna conexión con él. Pero sí creo que, en estos tiempos de revolución tecnológica, se ha vuelto más importante proteger a las personas que a sus empleos y que, en lógica coherencia, debe existir un sistema de rentas mínimas para todas las

personas que pierdan su empleo a consecuencia del avance tecnológico. Por ese motivo considero profundamente acertado, desde el punto de vista de la estrategia que deban adoptar los sindicatos en la era digital, la propuesta de una renta mínima europea que, por exigencias de la CES, hoy se contiene en el punto 14 del *Pilar Europeo de Derechos Sociales*.

### 3. PLATAFORMAS Y NUEVAS FÓRMULAS DE ORGANIZACIÓN Y AUTO-TUTELA COLECTIVAS

Entro ahora en un espacio donde el impacto de la revolución tecnológica ha transformado por completo el modelo de empresa y ha hecho caer buena parte de las certidumbres que teníamos hasta la fecha en materia de relaciones de trabajo. Las plataformas *on line* de trabajo, que Degryse (2016: 13) llama “factorías del siglo XXI”, han irrumpido recientemente en la arena económica y tienen todavía un peso en número de trabajadores que puede calificarse de marginal, pues, según los estudios (ya que datos oficiales no existen), el trabajo a través de plataformas es la principal fuente de rentas de no más del 2,5% de la fuerza de trabajo (Huws, Spencer y Joyce, 2016: 44). Sin embargo, tienen tal potencial de transformación del modelo productivo y de relaciones de trabajo que concentran prácticamente todas las miradas (y temores) de los estudiosos de las relaciones laborales.

Para empezar, las plataformas han impuesto por la vía de los hechos la figura del trabajo autónomo como insignia del nuevo modelo económico que representa la *platform economy*. Ello está haciendo que el foco de los problemas jurídicos se esté poniendo en averiguar si las personas que prestan sus servicios a través de estas plataformas son en verdad autónomos o con esta figura se están encubriendo verdaderos contratos de trabajo. No me parece que este sea el lugar adecuado para terciar con el detenimiento que se merece en esta polémica jurídica. Pero sí quiero subrayar que la tecnología que emplean estas plataformas permite un control prácticamente exhaustivo de la forma en que se desarrollan los servicios por parte de los prestadores de los mismos. Mediante lo que Schmidt (2017: 11-12) califica como *algorithmic management* y *gamification* se evalúa de forma tan sistemática y continua la provisión del servicio que es difícil entender que sus proveedores tengan completa autonomía a la hora de realizarlo y sean, por tanto, verdaderamente autónomos. Sea como fuere, lo cierto es que ello está teniendo importantes repercusiones en materia sindical. La primera es la batalla por la clasificación jurídica de estos trabajadores; la segunda es la necesidad de organizarlos desde los sindicatos, aunque fueran de verdad trabajadores autónomos.

Hay que reconocer que sería impropio de una estrategia sindical de corte clásico que la primera preocupación ante el surgimiento de las plataformas de trabajo no fuera la clasificación como trabajadores o autónomos de las personas

que trabajan en ellas, cuando de esta clasificación depende la aplicación de los derechos laborales, pero también la propia tutela de estas personas mediante la acción sindical. En este sentido debe ser entendida la iniciativa de la CES, que, en el campo de las políticas públicas, demanda la elaboración de un marco legal de nivel europeo donde se incluya, entre otros aspectos, una presunción de existencia de contrato de trabajo para los proveedores de servicios mediante plataformas, salvo que se demuestre la presencia de un genuino trabajo autónomo (ETUC, 2017). En la misma dirección camina la denominada *Declaración del Frankfurt*, de 2016, donde se insiste en la necesidad de clasificar correctamente a los proveedores de servicios a través de plataformas, de manera que si son trabajadores no se les niegue este estatus, aunque tampoco se les prive –y este es un matiz importante– a consecuencia del mismo de la flexibilidad y la libertad que supone el trabajo en las plataformas para los propios trabajadores. Esta iniciativa posee además la virtualidad de ser el primer acuerdo en Europa de un conjunto de sindicatos que marcan una estrategia propia y común ante la eclosión de las plataformas de trabajo; un acuerdo que ha sido realizado al amparo de *Fair Crowd Work*, que es un sindicato propio de trabajadores de plataformas digitales y utiliza, como estrategia sindical, un ranking de evaluación de las plataformas para conocimiento de las personas que pretendan trabajar en ellas; y que está, en fin, patrocinado por *IG Metall*, que es, por así decirlo, un sindicato más clásico. Todos ellos rasgos propios de un nuevo modelo de organización y estrategia sindicales que está desputando al calor de las plataformas de trabajo y que empezó a germinar con la experiencia de *Turkopticon*, un foro de trabajadores de *Amazon Mechanical Turk* creado por Lilly Irani y Six Silverman (Irani y Silverman, 2013).

Otro de los rasgos definitorios de este nuevo modelo debiera ser la irrelevancia del estatuto jurídico de la persona que presta el servicio a los efectos de defensa de sus intereses por parte del sindicato. Hay una corriente de pensamiento, en la que yo me incluyo, que, al calor de los efectos que está provocando la eclosión de las plataformas digitales de trabajo, entendemos llegado el momento de que el sindicato defienda al conjunto de la población trabajadora, sean trabajadores o sean autónomos. La razón de ello es que existe una profunda desigualdad entre esta clase de autónomos y el empleador para el que prestan servicios, de manera que, si la desigualdad funda el derecho de libertad sindical de los trabajadores, debe fundar igualmente el derecho de libertad sindical y el amparo del sindicato y de la negociación colectiva en el caso de estos autónomos (Forlivesi, 2016: 669). Es verdad que ello podría ser entendido, desde otro punto de vista, como un límite a la libre competencia entre operadores económicos, ya que mediante la organización y los acuerdos colectivos que se establecieran se estaría fijando un precio común para la prestación de sus servicios. De ahí que, tanto en la *Declaración de Frankfurt* como en la obra de algunos autores (De Stefano,

2017: 194-195) se reivindique, como signo de esta nueva era de acción sindical, que cambien las leyes que prohíben la organización y acción colectiva de los contratantes independientes.

Ahora bien, creo que más que los problemas jurídicos, la acción sindical con respecto de estos trabajadores es especialmente problemática por su dispersión y su falta absoluta de identidad profesional. Hay que empezar diciendo que no todas las plataformas digitales de trabajo son iguales, dado que algunas, como *Uber* o *Deliveroo*, localizan en un determinado territorio sus servicios, mientras que otras, como *Amazon Mechanical Turk* o *Upwork*, permiten la prestación de servicios desde y hacia cualquier punto del planeta. En el primer caso, la organización sindical se vuelve más fácil, dado que los proveedores están localizados en el mismo espacio geográfico. De hecho hay ya movimientos sindicales de conductores o *riders* de cierta significación en Londres, Frankfurt, Viena o Barcelona (ETUC, 2017). Sin embargo, en el caso de las plataformas digitales donde se producen intercambios de servicios, una de las características estructurales de esta clase de “mercados digitales de trabajo” es justamente su dispersión (Lehdonvirta, 2016: 14). La tecnología permite llevar la externalización de actividades hasta el paroxismo, no solo porque mediante una plataforma se puede distribuir el trabajo a lo largo y ancho del mundo, sino porque mediante una plataforma se puede descomponer el trabajo en cientos de micro-tareas que son expandidas a lo largo y ancho del mundo (Srnicke, 2017: 76).

Ello produce, junto con la dispersión de la fuerza de trabajo, la descualificación de la misma. El *microworker* se ocupa de una de las micro-tareas en que se ha dividido lo que antes era un trabajo, recibiendo a cambio uno de los micro-salarios en que se ha fragmentado lo que antes era un salario (Webster, 2016: 57). Creo que no hace falta insistir en lo que ello significa en términos de precariedad y pobreza laborales, multiplicadas ahora por arte de la tecnología. Pero también, y ello es lo que más interesa en términos de acción sindical, en lo que ello supone de falta de identidad laboral de estos trabajadores, que no saben la profesión a la que se dedican (realizan, sin más, diversas micro-tareas a través de una *app* o una *web*) ni el nombre profesional que pueden darse a sí mismos (Lehdonvirta, 2016: 13). El trabajo a través de plataformas digitales rompe, por tanto, todas las identidades que antes sirvieron para construir la solidaridad sobre la que, a su vez, se fundó la creación y actuación de los sindicatos. Ni el territorio, ni la empresa, ni la profesión son elementos de cohesión de los trabajadores de las plataformas: dispersos y/o aislados geográficamente, sin saber si la *app* a que se conectan o el cliente anónimo que solicita sus servicios es su empleador y sin saber exactamente cuál es su profesión, no tienen elementos de referencia que les sirvan para unirse a otros con el fin de organizarse y actuar en defensa de sus intereses comunes. Peor aún, la plataforma hace que deban competir entre sí mediante una subasta para poder obtener la micro-tarea que ha sido puesta en circulación, lo que

genera comportamientos competitivos e individualistas (cuando no predatorios) contrarios al mínimo sentido de unidad que hace germinar la acción en común (Graham y Wood, 2016).

Sin embargo, es posible que la tecnología una lo que ha dispersado la propia tecnología. Se trata del *WorkerTech*, esto es, de la utilización de la tecnología para articular movimientos de defensa de los intereses de los trabajadores. Es otra forma de hacer sindicalismo porque la utilización de la tecnología (redes sociales, páginas *web*, *apps*) es la forma de conectar a los trabajadores entre sí. No hay jerarquías, ni organización, ni sedes, ni siquiera afiliación, sino foros y redes de trabajadores conectados entre sí mediante una plataforma digital. En principio, ni siquiera buscan una acción colectiva, sino compartir experiencias y, algo muy importante, conocimientos sobre las plataformas para las que trabajan y el comportamiento de los clientes que encargan micro-tareas a través de ellas. Es una forma de reparar la extrema falta transparencia con que se trabaja para estas plataformas digitales, en que a veces ni siquiera llegan a conocerse los fines (lícitos o no) con que se utilizará el trabajo realizado por el *microworker*. Pero también es una forma de generar confianza y un cierto sentimiento de pertenencia e identidad comunes (LaPlante y Silverman, 2016), sin que sobre ello pesen los prejuicios que a veces se tienen contra el sindicato o el sindicalismo más clásico (Forlivesi, 2016: 675).

Estas redes ni siquiera persiguen la utilización de los mecanismos tradicionales de la acción sindical, como la negociación colectiva (Wood, 2015: 262), sino dar a conocer al público y a los medios de comunicación los comportamientos que realizan las plataformas o, más en general, las empresas para las que trabajan. Estas organizaciones utilizan de forma intensiva la tecnología y las posibilidades que ofrecen las redes sociales para multiplicar el impacto social de sus reivindicaciones, denuncias de comportamientos empresariales o actuaciones en defensa de los intereses de los trabajadores (incluidas las huelgas). No buscan –o al menos, no buscan de partida– llegar a un acuerdo con el empleador, sino movilizar a la clientela y al conjunto de la ciudadanía de forma que se resienta el consumo de los productos o servicios que ofrece la empresa o bien a los propios poderes públicos para que intervengan de alguna manera contra las situaciones laborales negativas que sacan a la luz pública mediante el uso de la tecnología (Wood, 2015: 270); no persiguen la negociación colectiva, sino la intervención de los poderes públicos y el activismo de los consumidores para que la empresa se vea obligada a modificar sus comportamientos laborales. En relación con el sindicalismo más clásico, estas redes plantean el problema de formar un mosaico de organizaciones atomizadas y desconectadas entre sí y con poca ideología, por así decirlo, laboral, lo que dificulta la creación de una estrategia sindical uniforme a través de ellas al modo de lo que siempre ha supuesto el sindicalismo confederal (Forlivesi, 2016: 675). Pero también es verdad que no siempre son ajenas al sindicalismo más clásico; al contrario, las experiencias habidas hasta

la fecha en Estados Unidos o Alemania están de alguna manera orquestadas (y financiadas) por los sindicatos de corte clásico, que han renunciado a “colonizar” estos movimientos con sus fórmulas típicas de afiliación y acción sindical (Wood, 2015: 266-269). Y ello ha devenido un éxito. De este modo, quizá sea utilizando la propia tecnología y desvestiéndose de sus atributos más clásicos como se empodere el sindicalismo en la era digital.

### Bibliografía

Arnzt, Melanie, Terry Gregory y Ulrich Zierahn (2016). “The Risk of Automation for Jobs in OCDE Countries”. *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, 189: 1-34.

Autor, Daniel (2010). “The Polarization of Jobs Opportunities in the U.S. Labor Market”. Acceso 21/04/2018. [https://www.americanprogress.org/wp-content/uploads/issues/2010/04/pdf/job\\_polarization\\_execsumm.pdf](https://www.americanprogress.org/wp-content/uploads/issues/2010/04/pdf/job_polarization_execsumm.pdf).

Brynjolfssons, Erik y Andrew McAfee (2014). *The Second Machine Age. Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*. New York: W. W. Norton & Company.

Degryse, Christophe (2016). “Digitalisation of the economy and its impact on labour markets”. *Working Paper ETUI 2016.02*: 1-80.

De Stefano, Valerio (2017). “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”. *Industrial Law Journal*, 46 (2): 185-207.

ETUC (2016). “Towards fair digital work”. Acceso 21/04/2018. <https://www.etuc.org/documents/etuc-resolution-digitalisation-towards-fair-digital-work#.WlthcxRTO6j>.

ETUC (2017). “Resolution on tackling new digital challenges to the world of labour, in particular crowdwork”. Acceso 21/04/2018. <https://www.etuc.org/documents/tackling-new-digital-challenges-world-labour-particular-crowdwork#.Wlt9fxRTO6g>.

Eurofound (2015). “New forms of employment”. Acceso 21/04/2018. [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef1461en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf).

Eurofound and OIT (2017). “Working anytime anywhere: the effects on the world of work”. Acceso 21/04/2018. [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef1658en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf).

Frey, Carl Benedikt y Michael A. Osborne (2017). “The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”. *Technological Forecasting and Social Change*, 114: 254-280.

Graham, Mark and Alex Wood (2016). “Why the digital gig economy needs co-ops and unions”. Acceso 21/04/2018. <https://www.opendemocracy.net/alex-wood/why-digital-gig-economy-needs-co-ops-and-unions>.

Hobsbawn, Eric J. (1952). "The Machine Breakers". *Past and Present*, 1: 57-70.

Huws, Ursula (2014). *Labor in the Global Digital Economy. The Cybertariat Comes of Age*. New York: Monthly Review Press.

Huws, Ursula, Neil H. Spencer y Simon Joyce (2016). "Crowd Work in Europe. Preliminary results from survey in the UK, Sweden, Germany, Austria and the Netherlands». Acceso 21/04/2018. <http://www.feps-europe.eu/assets/39aad271-85ff-457c-8b23-b30d82bb808f/crowd-work-in-europe-draft-report-last-versionpdf.pdf>.

Irani, Lilly (2015). "Justice for 'data janitors'". Acceso 21/04/2018. <http://www.publicbooks.org/justice-for-data-janitors/>.

Irani, Lilly and Six Silverman (2013). "Turkopticon: Interrupting Worker Invisibility in Amazon Mechanical Turk". Acceso 21/04/2018. <http://wtf.tw/text/turkopticon.pdf>.

Keynes, John Maynard (1930). "Economic Possibilities for our Grandchildren". In *Essays in Persuasion*. New York: Harcourt Brace, 358-373.

LaPlante, Rochelle and Six Silverman (2016). "Building Trust in Crowd Worker Forums: Worker Ownership, Governance, and Work Outcomes". Acceso 21/04/2018. [http://trustincrowdwork.west.uni-koblenz.de/sites/trustincrowdwork.west.uni-koblenz.de/files/laplante\\_trust.pdf](http://trustincrowdwork.west.uni-koblenz.de/sites/trustincrowdwork.west.uni-koblenz.de/files/laplante_trust.pdf).

Lehdonvirta, Vili (2016). "Algorithms That Divide and Unite: Delocalization, Identity, and Collective Action in 'Microwork'". Acceso 21/04/2018. <http://vili.lehdonvirta.com/files/Lehdonvirta%202016%20Delocalization%20identity%20collective%20action%20in%20microwork.pdf>.

McKinsey (2017). "What the future of work will mean for jobs, skills, and wages". Acceso 21/04/2018. <https://www.mckinsey.com/global-themes/future-of-organizations-and-work/what-the-future-of-work-will-mean-for-jobs-skills-and-wages>.

Meyer, Henning (2016). "Inequality in the second machine age: the need for a social democratic digital society". *Juncture*, 23 (2): 102-106.

Schmidt, Florian A. (2017). "Digital Labour Markets in the Platform Economy". Acceso 21/04/2018. <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/13164.pdf>.

Schumpeter, Joseph A. (1942). "The Process of Creative Destruction". In *Capitalism, Socialism, and Democracy*. London: Allen & Unwin, 81-86.

Srnicek, Nick (2017). *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press.

UNI Global Union (2017): "Top 10 principles for workers' data privacy and protection". Acceso 21/04/2018. [http://www.thefutureworldofwork.org/media/35421/uni\\_workers\\_data\\_protection.pdf](http://www.thefutureworldofwork.org/media/35421/uni_workers_data_protection.pdf).

Valenduc, Gérard and Patricia Vendramin (2016). "Work in the digital economy: sorting the old from the new". *Working Paper ETUI 2016.03*: 1-51.

Weber, Thiébaud (2017). "Janus and the trade union challenge of digital technology". *Transfer: European Review of Labour and Research*, 23 (2): 225-227.

Webster, Juliet (2016). "Microworkers of the Gig Economy: Separate and Precarious". *New Labor Forum*, 25 (3): 56-64.

Webster, Juliet y Keith Randler (2016). *Virtual workers and the global labour market*. London: Palgrave McMillan.

Wood, Alex J. (2015). "Networks of injustice and worker mobilisation at Walmart". *Industrial Relations Journal*, 46 (4): 259-274.

World Economic Forum (2016). "The future of jobs. Employment, skills and workforce strategy for the Fourth Industrial Revolution". Acceso 21/04/2018. [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf).



# CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL O DE EMPRESA APLICABLE EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS TRAS LA LEY 9/2017\*

JESUS LAHERA FORTEZA  
*Profesor Titular Derecho del Trabajo*  
Universidad Complutense

**EXTRACTO** **Palabras Clave:** Convenio colectivo aplicable, contrato público, reforma laboral

La Ley de Contratos Públicos 9/2017 se ha presentado en ocasiones como una contrarreforma laboral que inicia el fin de la primacía del convenio de empresa. El análisis de los distintos escenarios de aplicación de convenio colectivo en los contratos públicos tras esta Ley desmiente esta afirmación. Como desarrollo en este estudio, esta ley especial administrativa ni deroga la norma laboral ni la excepciona con carácter general, salvo en los salarios o en los costes laborales de determinados contratos públicos que determinan el precio de la oferta pública y especifican los pliegos de condiciones. La aplicación de la prioridad material del convenio de empresa del art.84.2 ET continúa siendo muy amplia en los contratos públicos. Defiendo en este análisis que esta opción política equilibrada puede ser un buen referente para la futura reforma de las contrata privadas o incluso del propio art.84.2 ET.

**ABSTRACT** **Key Words:** Applicable collective agreement, public contract, labour reform

The law of public contracts 9/2017 has been presented occasionally as a labor counter that begins the end of the primacy of the Convention company. The analysis of the different scenarios of application of collective agreement on public contracts after this Bill belies this claim. Development in this study, this special administrative law or derogates the labour standard or exceptional in General, except wages or labor costs of certain public contracts that determine the price of the initial public offering and the tender documents specify. The application of the material of the company of the art.84.2 ET Convention priority continues to be very broad in public contracts. I advocate in this analysis that this balanced political choice can be a good reference for the future reform of private contracts or even the own ET art.84.2.

\* Este artículo es publicado en el marco del proyecto de investigación "Los derechos fundamentales ante el cambio del empleo público en la era digital" DER2017-83488-C4-4-R (AEI/FEDER, UE) dentro de un proyecto coordinado de las Universidades de Sevilla, Vigo, Valencia y País Vasco.

**ÍNDICE:**

1. CONTEXTO DEL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS
2. MARCO JURIDICO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS PÚBLICOS
3. ESCENARIOS DE APLICACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS
4. LA AUSENCIA DE UNA CONTRARREFORMA LABORAL DEL ART.84.2 ET EN LA LEY 9/2017
5. UN REFERENTE UTIL PARA LA REFORMA DE LAS CONTRATAS PRIVADAS Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

**1. CONTEXTO DEL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

La prioridad del convenio colectivo de empresa del art.84.2 ET de la reforma laboral 2012, en las materias esenciales laborales incluyendo cuantías salariales, causó algunos desajustes con ofertas anormalmente bajas y competencia desleal en las contrataciones públicas. Las ventajas que ofrecía un convenio colectivo propio de empresa, con garantías de aplicación, permitió a algunas empresas concesionarias y contratistas presentarse, a las ofertas públicas, con bajas tarifas, calculadas sobre salarios inferiores a los establecidos en los convenios sectoriales. Las Administraciones Públicas, con exigencias de control de gasto y racionalización de recursos, terminaron en ocasiones adjudicando a este tipo de empresas los contratos públicos, originando este tipo de tensiones y desajustes. La competencia desleal en las contrataciones públicas fue una derivada del nuevo art.84.2 ET.

Ante este problema, la aplicación del convenio sectorial con carácter prioritario sobre el de empresa era ya, en ocasiones, una condición exigida en algunos procesos de contratación pública anteriores a la entrada en vigor de la nueva LCP 9/2017. Prueba de ello es, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 31 de enero de 2018, dictada bajo la aplicación la ley anterior de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011), donde se convalida la exigencia contenida en el pliego de cláusulas administrativas particulares de aplicar, a las empresas concurrentes, las tablas salariales del Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad.

Pero estos pronunciamientos no eran pacíficos<sup>1</sup>. En contraposición, alguna Sentencia, como, por ejemplo, la del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 7 de junio 2017, declaraba nula la condición establecida en el pliego de condiciones que otorgaba puntos extra si se aplicaba por el licitador las retribuciones previstas en el convenio sectorial.

<sup>1</sup> Preciado Domenech, C.H, 2018, p.85-88.

La Ley 9/2017 de contratos públicos (LCP) intenta responder a este problema, cuando en su exposición de motivos menciona claramente la conveniencia de seleccionar las ofertas de mejor calidad/precio, evitar ofertas anormalmente bajas y luchar contra la competencia desleal en las contrataciones públicas. Existe, desde la Ley 9/2017, una toma de conciencia de esta derivada del nuevo art.84.2 ET, con una proyección específica en el ámbito de la contratación pública. La herramienta para corregir el problema es, de inicio, la recuperación del convenio sectorial, en especial en materia salarial, corrigiendo estos efectos negativos del art.84.2 ET<sup>2</sup>.

La idea fuerza de la medida legislativa, introducida en enmiendas durante el proceso de su elaboración, es que sentando un suelo sectorial convencional se desactiva la presentación de ofertas de baja tarifa conexas a salarios inferiores y se corrige, en parte, la competencia desleal en los contratos públicos. Se responde, en definitiva, a una problemática social-laboral detectada tras la prioridad del convenio de empresa del nuevo art.84.2 ET.

## **2. MARCO JURIDICO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS PÚBLICOS**

Es con base a las anteriores consideraciones por lo que la nueva LCP establece una serie de reglas que vienen a poner en cuestión la aplicación prioritaria del convenio colectivo de empresa prevista en el artículo 84.2 ET imponiendo, expresamente, la aplicación de los convenios colectivos sectoriales. Más concretamente, su incidencia está relacionada con los aspectos económicos (salarios y costes laborales) relativos a los contratos del sector público, en todas sus modalidades previstas en el artículo 12 LCP, sobre la base de considerar que la aplicación prioritaria de los convenios colectivos de empresa frente a los sectoriales del artículo 84.2 ET constituye una de las causas que han motivado las ofertas de bajo coste, lo que a la postre ha provocado los graves desajustes denunciados en el ámbito de la contratación pública.

Las bases jurídicas presentes en la Ley 9/2017 de contratos públicos (en adelante LCP) con esta dirección son las siguientes.

En unos preceptos, se menciona la obligación de cumplir el convenio colectivo aplicable, pero sin distinción entre sectorial o de empresa.

-Art.35.1.n LCP-contenido mínimo del contrato público: “La obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación”

-Art.201 LCP-adjudicaciones del contrato público: “Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de

<sup>2</sup> Martín Hernández, M.L, 2018; Rojo Torrecilla, E, 2017; Casas Baamonde, M.E y García Quiñones, J.C, 2018; Cavas Martínez, F, 2018; Vallecillo Gómez, M.R, 2018.

los contratos los contratistas cumplen con las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la UE, el derecho nacional, los convenios colectivos y las disposiciones de derecho internacional”

-Art.211.1.i LCP-resolución del contrato público: “el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores durante la ejecución del contrato”

-100.2 LCP-presupuesto base de licitación: “en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

En otros preceptos, se menciona ya expresamente al convenio colectivo sectorial aplicable.

-Art.101.2 LCP: “en los contratos de servicios y concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra... se tendrá especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación”

-Art.102.3 LCP: “en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de servicios”

-Art.122.2 LCP: “en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán ... las consideraciones sociales, laborales y medioambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o condiciones especiales de ejecución se establezcan y la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación”. Hay que recordar que los contratos públicos se ajustan al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art.112.4 LCP)

-Art.202.2 LCP: “los órganos de contratación podrán establecer condiciones de ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato... las consideraciones de tipo social o relativas al empleo podrán introducirse entre otras con las siguientes finalidades ... el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables”

-Art.149.4 LCP-rechazo de ofertas anormalmente bajas por “incumplimiento de los convenios sectoriales vigentes en aplicación de lo establecido en el art.201”

### **3. ESCENARIOS DE APLICACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

Se deben distinguir, por tanto, tres escenarios en la LCP.

### *1. Todos los contratos públicos*

Se aplica el convenio sectorial en salarios. En este marco jurídico, la LCP se refiere, sistemáticamente, a las “condiciones salariales” del convenio sectorial como contenido del pliego de condiciones de cualquier contrato público, por lo que, desde esta perspectiva, parece que la aplicación, al menos, de las tablas salariales del convenio de sector resulta clara.

En este sentido hay que tener en cuenta fundamentalmente el mencionado artículo 122.2 LCP, en el que se prevé que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán, entre otras consideraciones, “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”. A partir de este precepto, parece clara la aplicación de las tablas salariales del convenio colectivo sectorial, y por tanto la excepción material al art.84.2 ET, a cualquier contrato público. La delimitación salarial en estos casos excluye las partidas extrasalariales (dietas, kilometraje) o beneficios sociales (planes de pensiones, seguros médicos o de vida, premios de jubilación, etc.), así como otros costes laborales y condiciones convencionales que pudieran estar previstas en el convenio de empresa. Esta opción generalizada, exclusivamente salarial, es coherente con el art.149.4 LCP, que, en una interpretación sistemática del art.201 y 122.2 LCP, rechaza ofertas anormalmente bajas por incumplir los salarios del convenio sectorial aplicable.

Si se diera el supuesto de unos salarios mayores en el convenio de empresa, frente al de sector, una interpretación finalista del art.122.2 LCP conlleva a concluir que resultaría aplicable el convenio de empresa.

### *2. Contratos públicos donde la mano de obra sea relevante y los costes laborales constituyan el coste económico principal*

Se aplica el convenio colectivo sectorial en materia de costes laborales (concepto más amplio que el de salarios). Efectivamente, ya no en cualquier contrato público, sino tan sólo en aquéllos donde “la mano de obra sea relevante” (art. 101.2 LCP) y en los que “los costes laborales constituyan el coste económico principal” (art. 102.3 LCP) se aplica, “en los costes laborales”, el convenio sectorial. En estos casos, los pliegos de condiciones deberán tener en cuenta los costes laborales de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.

El supuesto implica una doble delimitación.

De un lado, diferenciar este tipo de contrato público. En los contratos de servicios (art.15-17 CP), como vigilancia o limpieza, existirán normalmente más indicios de ambos factores, operando entonces la aplicación del convenio sectorial en el coste laboral del contrato público. Mientras que en contratos, por ejemplo, de realización y ejecución de obras (arts.13-14 LCP) será más complicado el ha-

llazgo de este tipo de indicios, aún sin descartarlo, porque en la medida en que en esos contratos se incluyan determinados servicios (desde un topógrafo, un vigilante de seguridad, un recepcionista, personal administrativo, etc.), la aplicación de estos artículos 101.2 o 102.3 LCP podría ser más clara. La Administración correspondiente deberá tipificar este tipo de contrato público, para en consecuencia, respetar estos preceptos en el pliego de condiciones.

De otro lado, determinar el alcance de los costes laborales derivados de aplicar los convenios sectoriales. No se exige una aplicación íntegra del convenio sectorial frente al de empresa, sino que en los pliegos de condiciones se tengan en cuenta los costes laborales de dichos convenios. Es evidente que el término coste laboral es más amplio que los salarios y que se tendrán que aplicar condiciones sectoriales extrasalariales y sociales que determinen el conjunto de retribuciones recibidas por estos trabajadores. De ahí esta diferencia entre contratos públicos. Pero ello no implica aplicar todo el convenio sectorial y desplazar totalmente al convenio de empresa. Las condiciones convencionales ajenas a la determinación del coste laboral – clasificación profesional, sanciones disciplinarias, organización del tiempo de trabajo etc ...- pueden ser perfectamente las establecidas en el convenio de empresa.

De igual modo, si el convenio de empresa tiene unos costes laborales más altos que el de sector, la interpretación finalista de la LCP concluye con la prevalencia del convenio de empresa.

### *3. Contratos públicos con condiciones particulares sociales*

Finalmente, el artículo 202.2 LCP hace referencia a las consideraciones de tipo social que “podrán incluirse” en los contratos públicos. Entre las mismas, se mencionan aquellas que permitan garantizar “el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables”. Por tanto, los pliegos de condiciones en sus aspectos sociales particulares podrán exigir la aplicación del convenio colectivo sectorial, con carácter más amplio a estos supuestos. Habrá que observar la presencia en el pliego de este tipo de condiciones sociales, exigidas por la Administración Pública, que, en cualquier contrato público, puede conllevar tener que aplicar convenios sectoriales frente al de empresa.

Este tipo de pliegos con condiciones sociales entiendo puede determinar el alcance de esta exigencia. No necesariamente implica aplicar íntegramente todo el convenio sectorial y desplazar absolutamente el convenio de empresa. Ello puede ser una exigencia, pero no inevitable. Se pueden determinar condiciones concretas de los convenios sectoriales que la empresa se obliga en el pliego a cumplir. El art. 202.2 LCP es potestativo y con un gran margen de actuación para el órgano de contratación pública.

Estos tres escenarios determinan, por tanto, distintos grados de afectación al art.84.2 ET.

En cualquier contrato público, el convenio colectivo de empresa cede en las cuantías salariales, sin desplazarlo en el resto de materias donde tiene garantizada la prioridad aplicativa.

En contratos públicos donde resulte relevante la mano de obra y los costes laborales constituyan el coste principal, el convenio colectivo de empresa cede en los costes laborales que configuran toda la retribución de un trabajador, sin desplazarlo tampoco en el resto de materias donde tiene garantizada la prioridad aplicativa.

En contratos públicos sujetos a pliegos de condiciones sociales, habrá que estar a lo definido por el órgano de contratación. En estos casos, pueden quedar indicadas las materias en las que prevalece el convenio sectorial o obligar a aplicar íntegramente el convenio sectorial. Sólo en este último caso sería completamente desplazado el convenio de empresa y, por tanto, desactivado el art.84.2 ET.

En este marco, puede afirmarse que la aplicación de la prioridad material del convenio de empresa del vigente art.84.2 ET continúa siendo amplia en la ejecución de contratos públicos.

#### **4. LA AUSENCIA DE UNA CONTRARREFORMA LABORAL DEL ART.84.2 ET EN LA LEY 9/2017**

Estos escenarios desmienten, por tanto, que la LCP sea una contrarreforma de la prioridad aplicativa del convenio de empresa y que el art.84.2 ET haya quedado desactivado en los contratos públicos. Desde las consideraciones expuestas, los supuestos delimitados en la LCP y que han sido analizados creo son claros. La prioridad en salarios del convenio sectorial es la medida de mayor impacto. Pero luego se diferencia a los contratos públicos donde la mano de obra es relevante o su coste económico es el principal de los que no. Y se menciona en estos supuestos el coste laboral, no todas las condiciones del convenio sectorial. El art. 201 LCP, por su parte, establece la potestad de los pliegos de condiciones de establecer condiciones específicas, entre las que podría estar la aplicación del convenio sectorial, pero en ningún caso impone tal obligación. Y en estos supuestos, el órgano de contratación debe justificar y razonar la vinculación de esta opción con el contrato, sin ser una potestad administrativa discrecional.

Ello explica, como hemos apuntado de inicio, que en la LCP no se haga referencia en ocasiones al ámbito del convenio aplicable ni menciones literales a los convenios sectoriales<sup>3</sup>. No son errores técnicos, sino consecuencia de una decisión política de no desterrar de los contratos públicos el art.84.2 ET. Así, el art.

<sup>3</sup> Casas Baamonde, M.E y García Quiñones, 2018.

211.1.i LCP alude al respeto a las condiciones establecidas en los “convenios colectivos en vigor”, y el artículo 35.1.n LCP, que se refiere, al establecer el contenido mínimo del contrato con la Administración, a la “obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación”. En similares términos, el artículo 100.2 LCP, que regula el presupuesto base de licitación, establece que “en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

Partiendo de estas definiciones y del tenor legal, puede entenderse perfectamente incluido y respetado en las mismas un convenio colectivo de empresa negociado y acordado conforme a los requisitos del Título III ET. Y asumida esta premisa, resulta aplicable la garantía de su prioridad aplicativa del art.84.2 ET, como también, en su caso, la regla de prior in tempore del art.84.1 ET.

En todo caso, va a depender de la práctica administrativa de los pliegos de condiciones comprobar hasta qué punto se impone el convenio sectorial frente al de empresa y el alcance también material de este tipo de imposiciones. Pero este tipo de decisiones, que excepciona un marco laboral legal vigente, debe estar fundamentado y justificado en relación con el objeto del contrato, sin pertenecer a la discrecionalidad administrativa. El marco regulador de la LCP es condescendiente con la prevalencia del convenio de empresa, salvo las excepciones analizadas, sobre todo en materia salarial. Pero la práctica administrativa puede, de hecho y siempre que quede justificado, por la vía de condiciones sociales de los pliegos, imponer el convenio sectorial, y ser más radical que lo establecido en el LCP.

Desde un punto de vista técnico tampoco cabe hablar de contrarreforma laboral ni de desaparición del art.84.2 ET en el ámbito de los contratos públicos. La LCP no deroga el art.84.2 ET en ningún caso ni regula la concurrencia convencional. Es una ley administrativa especial<sup>4</sup> que establece técnicas de determinación del precio de las ofertas públicas en los pliegos, operando el convenio sectorial desde fuera como referencia económica de salarios de trabajadores con carácter general y de costes laborales en determinadas contrataciones públicas. En consecuencia, si una empresa quiere participar en la oferta pública debe cumplir los pliegos y aplicar el convenio sectorial correspondiente en la ejecución del contrato. Y si lo incumple se activan vías de penalidades y resolución contractual, previstas en la LCP, propias del Derecho Administrativo. Opera así un desplazamiento de la ley laboral frente a la especial administrativa, muy condicionada a cada supuesto puntual, que no deroga en ningún caso este precepto laboral, hoy en día, plenamente vigente.

<sup>4</sup> Cruz Villalón, J, 2018, 50-51; Casas Baamonde, M.E y García Quiñones, J.C, 2018.

## 5. UN REFERENTE ÚTIL PARA LA REFORMA DE LAS CONTRATAS PRIVADAS Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En conclusión, la excepción del art.84.2 ET en los contratos públicos, ha sido en ocasiones definida como una contrarreforma laboral o como el principio del fin de la primacía del convenio de empresa<sup>5</sup> cuando, en realidad, es una medida delimitada que responde al problema específico salarial que desajustó las tarifas a la baja con retribuciones inferiores a las sectoriales de los trabajadores, devaluando en ocasiones la prestación de un servicio adjudicado exclusivamente por este coste salarial. Por ello, la referencia de aplicación del convenio sectorial sobre el de empresa se refiere, con carácter general, exclusivamente a los salarios. Y, por ello también, sólo se aplica el convenio sectorial en los costes laborales cuando la mano de obra es relevante y el coste laboral es la base principal del contrato público, en el marco de cada pliego de condiciones. Aplicación en estos casos del convenio sectorial referida exclusivamente a los costes laborales, sin descartar tampoco, en lo que no incide en los mismos, el convenio de empresa aplicable.

Creo que este marco jurídico de la LCP, equilibrado en la excepción del art.84.2 ET, es un buen referente para futuras reformas tanto de las contratas privadas (art.42 ET) como del propio art.84.2 ET. Bien es cierto que la proposición de ley de contratas en actual tramitación parlamentaria, que no pretendo analizar aquí, va en dirección distinta y mucho más contraria al art.84.2 ET<sup>6</sup>. Como también son más radicales determinadas propuestas políticas de derogar este precepto y recuperar todo el poder de negociación en los sectores. Pero no parece que exista en la actualidad ninguna mayoría política que desmonte de esta manera, vía contratas o vía reforma laboral, la prioridad del convenio de empresa. Y, en cambio, con dificultades y debate, sí ha existido una mayoría política para aprobar la LCP con un mayor equilibrio.

Es por ello que creo que delimitar la excepción de la prioridad del convenio de empresa exclusivamente a los salarios, dejando en el resto de materias laborales espacios amplios a la negociación colectiva de empresa, puede ser el punto de encuentro de la necesaria complementariedad entre ambos ámbitos convencionales<sup>7</sup>. Porque, de un lado, evita posibles desajustes salariales sobre un suelo sectorial, y de otro, permite una gestión más adecuada de la organización del trabajo, en todos sus aspectos, por un convenio de empresa con garantías de aplicación. El tiempo dirá si una mayoría política amplia puede encontrarse en este tipo de solución equilibrada de complementariedad entre sector y empresa, a mi juicio conveniente en un modelo de eficacia general del convenio colectivo, o si prevalecerán posiciones más radicales contrarias al convenio de empresa, añadiendo rigidez al sistema de negociación colectiva.

<sup>5</sup> Rojo Torrecilla, E, 2017; Cavas Martínez, F, 2018; Vidal Pérez, 2017.

<sup>6</sup> He tenido oportunidad de analizar esta proposición de ley Lahera Forteza, J, 2018.

<sup>7</sup> Lahera Forteza, J, 2018.

## BIBLIOGRAFIA

Casas Baamonde, M.E y García Quiñones, J.C, “La negociación colectiva en la Ley 9/2017 de contratos del sector público”, ejemplar original, próxima publicación en *Derecho Relaciones Laborales* 2018.

Cavas Martínez, F, “Negociación colectiva y contratación pública: ¿el fin del principio de primacía del convenio colectivo de empresa?” Comunicación al Congreso Asociación Española de Derecho del Trabajo, Santiago 2018, en AA.VV, *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, 2018.

Cruz Villalón, J, “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de convenios colectivos” en dir. J. CRUZ, *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Cinca, Madrid, 2018.

Lahera Forteza, J, “Sector y empresa en negociación colectiva”, *El País*, 13 Agosto 2018.

- “La proposición de ley de reforma del art.42 ET: valoración y alternativas”, Comunicación al Congreso Asociación Española de Derecho del Trabajo, Santiago 2018, en AA.VV, *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, 2018

Martín Hernández, M.L, “Principales aspectos de la Ley 9/2017 de contratos del sector público”, *Trabajo y Derecho* 2018, nº 37.

Preciado Domenech, C.H, *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017 de contratos del sector público*, Bomarzo, 2018.

Rojo Torrecilla, E, “¿El inicio de la contrarreforma laboral? La prioridad de los convenios sectoriales en la ley de contratos del sector público”, *entrada blog* 22 Octubre 2017.

Vallecillo Gómez, M.R, “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos Públicos: innovaciones y puntos críticos”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº417, 2018.

Vidal Perez, P, “Ley de contratos del sector público, ¿el principio del fin de los convenios de empresa?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº395/2017.

# EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LAS PERSONAS SOCIAS EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE TRABAJO: UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LOS MODELOS NORMATIVOS

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*  
Universidad Pablo de Olavide

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Sociedad Cooperativa de Trabajo; personas socias trabajadoras; anticipos societarios

El presente estudio aborda un aspecto de primer orden del régimen profesional de las personas socias en las Sociedades Cooperativas de Trabajo: los anticipos societarios. A partir de la reflexión sobre la compleja caracterización del trabajo asociado y el análisis de los modelos normativos autonómicos, se describen los aspectos ambiguos e imprecisos del régimen jurídico de estas retribuciones y la respuesta jurisprudencial y doctrinal, poniendo de manifiesto un escenario dispar en el tratamiento jurídico de estas percepciones económicas, ante la ausencia de un marco legislativo armonizado y común para todo el territorio, en el que la influencia de la laboralización de algunos de sus elementos plantea interrogantes sobre el difícil equilibrio entre la primacía de la autonomía asociativa y la flexibilidad empresarial y el reconocimiento del derecho a unas retribuciones dignas.

## ABSTRACT

**Key Words:** Cooperative society of associated work; working partner; corporative advance

The present research addresses an important aspect of the professional regime which affects partners in Cooperative societies of associated work, the corporative advances. From the reflection about the complex characterization of associate work and the analysis of the autonomic normative models, ambiguous aspects are described imprecisely from the law regime of these retributions and the jurisprudential and doctrinal answer, bringing to light a different scenery in law treatment of these economic perceptions, next to the absence of a legislative and harmonized framework, common for all the territory, where the Labour Law influence of some of its elements sets out unanswered questions about the hard balance between the supremacy of the associative autonomy and the flexibility and the recognition of the right regarding to receiving worthy payment.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COMPLEJA CARACTERIZACIÓN DEL TRABAJO ASOCIADO: LA REPERCUSIÓN DE UN DEBATE AÚN ABIERTO
3. LA VIS ATRACTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ORDENACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA SOCIA TRABAJADORA
4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANTICIPOS SOCIETARIOS
  - 4.1. Delimitación de la figura
  - 4.2. La disparidad en la regulación de los anticipos societarios en la legislación cooperativa
  - 4.3. Criterios de determinación de la cuantía retributiva
  - 4.4. Estructura y devengo de los anticipos societarios
5. LA RELACIÓN DE COTIZACIÓN DE LAS PERSONAS SOCIAS Y SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO
  - 5.1. La condición de “asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena”
  - 5.2. Conceptos cotizables a los efectos de anticipo societario
6. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

El alto grado de precariedad del mercado de trabajo a resultas de la tan nombrada “salida” de la crisis económica, que camina a dos velocidades, se ha convertido en una de las preocupaciones centrales de la sociedad española. El deterioro de las condiciones de trabajo se advierte, sobre todo, en el repunte de la temporalidad de la contratación, la involuntariedad del tiempo parcial, las jornadas excesivas, así como la proliferación de las figuras de los falsos autónomos, falso becarios y falsas cooperativas.

En este contexto caracterizado por la persistencia de los índices elevados de desempleo y el escaso éxito de las políticas públicas de impulso del crecimiento económico, se promueven fórmulas que fomenten que los desempleados busquen nuevas transiciones al empleo a través del autoempleo individual, pero también asociado, como es el caso de organizaciones empresariales de tipo asociativo, que además de promover la ocupación, persiguen un fin con un interés social. De hecho, se constata en este último período cómo la política de empleo ha evolucionado, pasando de centrarse en incentivar el empleo en las empresas de economía social a promocionar, como forma alternativa, la creación de estas organizaciones, o su incorporación como socios trabajadores a las ya constituidas<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Orden ESS/739/2017, de 26 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las actividades de promoción del trabajo autónomo, de la economía social y de la responsabilidad social de las empresas y para sufragar los gastos de funcionamiento de las asociaciones de trabajadores autónomos, de cooperativas, de sociedades laborales, de empresas de inserción y de otros entes representativos de la economía social de ámbito estatal.

Dentro de este contexto cobran especial protagonismo las Sociedades Cooperativas de Trabajo (SCT), por su capacidad real de generación de empleo (autoempleo y por cuenta ajena) y como fórmula alternativa a la empresa capitalista para subsanar algunos defectos del mercado y corregir la distribución de los recursos, poniendo en primer plano a las personas.

Pero la actividad societaria en general siempre se ha observado con cautela por su utilización en ocasiones, a través de algunos de sus tipos como encubridores de auténticas relaciones laborales, con la finalidad de evadir las obligaciones legales; si bien en la actualidad, con la afluencia de distintos modos de trabajo asociado, se ha incrementado la preocupación, sobre todo, cuando la facultad de autoordenación de la sociedad rebasa los límites de lo aceptable en la regulación de las condiciones de trabajo de sus socios.

Particularmente, los rasgos caracterizadores de algunos tipos de sociedades, como las SCT, las sitúan en el punto de mira, puesto que la confluencia normativa que ordena su régimen jurídico y que pretende dar respuesta a una forma distinta de trabajar y de organizar el trabajo productivo, descubre como en algunos aspectos las fronteras de la actividad cooperativa con el trabajo subordinado resultan imprecisas, porque desde un punto de vista material o sociológico la diferencia entre socio trabajador y trabajador asalariado es casi imperceptible.

Esta dialéctica que surge en la relación de las personas socias trabajadoras por el desempeño de la actividad cooperativizada genera conflictos en orden a la aplicación de la normativa de varios órdenes jurídicos diferenciados (civil, mercantil, laboral, fiscal...), que afectan a distintos aspectos de dicha relación y cuya gestión dificulta el desarrollo de la actividad en el día a día de estas organizaciones. Una de las materias más controvertidas es la relativa al sistema retributivo, principalmente la ordenación de los denominados “anticipos societarios”, debido a sus semejanzas con el salario. La disparidad de su regulación por las legislaciones cooperativas autonómicas y su conexión directa con el régimen de cotización en el sistema de Seguridad Social requiere una respuesta adecuada en Derecho sobre aspectos como el concepto, contenido y estructura de las percepciones económicas de la persona socia en las SCT.

Aunque la intención del legislador nacional ha sido alejar su tratamiento del régimen jurídico salarial, el hecho de que se trate de una cuantía económica que compensa la actividad en proporción a la prestación realizada con rasgos de subordinación, mantiene abierta la cuestión sobre la idoneidad de trasladar al ámbito cooperativo reglas del régimen salarial en relación con la cuantía y el devengo de estas percepciones, como establecen una mayoría de legislaciones cooperativas.

Buena muestra de que parece que se inicia una tendencia más definida en la regulación de esta materia se observa en los Proyectos de Ley de las futuras Leyes de Cooperativas de Extremadura y de las Islas Canarias: en el primero se invierte

la corriente seguida de laboralización del régimen retributivo<sup>2</sup>; y en el segundo se regula la ordenación de los anticipos societarios en el marco estrictamente societario<sup>3</sup>.

## 2. LA COMPLEJA CARACTERIZACIÓN DEL TRABAJO ASOCIADO: LA REPERCUSIÓN DE UN DEBATE AÚN ABIERTO

El art. 129.2 de la Constitución española (CE) encomienda a los poderes públicos promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentar, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. En esta tipología de empresas participativas se encuadran las SCT, con el objeto de proporcionar a sus socios puestos de trabajo mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros (art. 80 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en adelante, LC). Asimismo, las Comunidades Autónomas, como resultado de la descentralización de competencias legislativas prevista en los artículos 148 y 149 de la CE, reconocen y regulan mediante ley estas sociedades, las cuales, aunque no dejan de compartir sus rasgos más característicos, tienen identidad propia<sup>4</sup>.

Uno de esos elementos comunes, como se establece expresamente por la LC y por la mayoría de las leyes autonómicas, es la calificación del carácter “*societario*” de la relación jurídica que une a la persona socia con la SCT, lo que en principio significa que son las normas cooperativas las que regulan el régimen jurídico de su actividad profesional, así como los principios cooperativos y los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa<sup>5</sup>. De la misma manera, la jurisprudencia refuerza esta idea, considerando que debe “...

<sup>2</sup> Art. 145.4 del Proyecto de Ley de Cooperativas de Extremadura, aprobada el 25 de septiembre de 2018: Desaparece la referencia del art. 113.6 para la fijación del anticipo societario que la fijaba en cuantía similar a las retribuciones normales en la zona y sector de actividad para los distintos puestos de trabajo o categorías profesionales: <http://www.asambleax.es/gdocparlamentario-OXxQTEVZLTE4-GP>

<sup>3</sup> Art. 99.4 del Proyecto de Ley: anexo-d44a1452-7290-4f3a-b6da-10a85c00f048 (5): <https://sede.gobcan.es>

<sup>4</sup> Ley 4/1993, de 24 de junio de Cooperativas del País Vasco; Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Cooperativas de Extremadura; Ley 5/1998, de 18 de diciembre de Cooperativas de Galicia; Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de Madrid; Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja; Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de Castilla y León; Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de Islas Baleares; Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra; Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia; Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas del Principado de Asturias; Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha; Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas; Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria; Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, que regula el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón; Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, que regula el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana.; Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña.

<sup>5</sup> STS de 12 de abril de 2006 (Rec. 2316/2005).

*descartarse todo atisbo acerca de que estemos en presencia de una relación laboral, ni siquiera como concurrente con la societaria o de naturaleza híbrida... ”*<sup>6</sup>.

No obstante, la apreciación de la naturaleza de la relación de trabajo de la persona socia trabajadora no ha sido una cuestión pacífica, como se deduce de la formulación de las posiciones jurisprudenciales y doctrinales distanciadas en torno a la misma durante años, considerándose una de las zonas grises del ordenamiento jurídico laboral. Se han defendido tres posturas claramente diferenciadas: la primera, sostenida, sobre todo, antes de la entrada en vigor de la LC de 1999, sitúa al socio trabajador como un trabajador asalariado más, con el argumento de la concurrencia en esta relación de las notas que tipifican el contrato de trabajo, así como por la competencia de los Tribunales de lo Social para resolver las controversias sobre dicha relación<sup>7</sup>. Frente a ésta, con base en el contrato que la origina, define dicha relación como genuinamente societaria, a pesar de la “vis atractiva” de la legislación laboral, considerando que las normas laborales, sustantivas y procesales sólo le son de aplicación en la medida en que estén expresa y específicamente contempladas en la legislación cooperativa<sup>8</sup>. Por último, más próxima a la defensa de la autonomía del Derecho Cooperativo, se mantiene una postura intermedia de los partidarios de su calificación como una relación mixta, al compartir elementos de una y otra figura contractual, en cuanto se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo, con tratamiento jurídico-laboral en varios aspectos<sup>9</sup>.

Aunque podría pensarse que la polémica en torno al tema quedó zanjada con la entrada en vigor de la LC, sin embargo, el debate se mantiene en el plano dogmático, aunque rebajado, a pesar de la clara intención del legislador de establecer una regulación propia y específica de la relación obligacional relativa al trabajo asociado<sup>10</sup>. Sin entrar en la polémica doctrinal, lo que resulta evidente es

<sup>6</sup> SSTs de 13 julio y 23 octubre de 2009 (Rec. Ud.: 3554/2008; 822/2009); de 15 de noviembre de 2005 (Rec. 3717/2004) y de 12 de abril de 2006 (Rec. 2316/2005).

<sup>7</sup> Entre todas, vid. STS de 4 de junio de 1974 (R.A.3005). Entre estos autores, vid. Álvarez Alcolea, M.: “La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción”, RPS núm. 107/1975, pp. 73 a 122. Pedrajas Pérez, F. y Prados De Reyes, F.J.: “Notas sobre la caracterización jurídico-laboral de los servicios prestados por el socio-empleado”, Revista de Trabajo núm. 52/ 1975, pág. 198; SSTs de 22 de febrero de 1990 y de 4 de diciembre de 1996

<sup>8</sup> Entre las sentencias anteriores a la Ley de 1999, vid. STS de 19 de mayo de 1987 (ROJ 3470/1987). Entre los autores, Valdés Dal-Re, F.: “Notas sobre el nuevo régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado”, REDT núm. 1/1980, pág. 71; Santiago Redondo, K.M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*. Madrid, 1998, pág. 130.

<sup>9</sup> Entre otras, STS de 29 de mayo de 1990 (RJ 1990\4516). En la doctrina, García Jiménez, M.: “El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 37/2014, pág. 115; Montoya Melgar, A.: “Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado”. En la obra colectiva *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, págs. 139 a 154.

<sup>10</sup> Espín Sáez, M.: *El socio trabajador. Criterios para sistematizar la realidad del autoempleo colectivo*. CES, 2000, pág. 135. La autora considera que tras la ley el debate se sitúa en el carácter de la exclusión de la relación del socio del ámbito del Derecho Laboral.

la afluente litigiosidad sobre aspectos relacionados con la prestación de servicios de la persona socia, que revela el “*carácter fronterizo*” de estas actividades profesionales y que desde la perspectiva técnico-jurídica condiciona su reglamentación. Las fronteras siempre móviles del contrato de trabajo se encuentra en la base de esta situación, por lo que el trabajo de las personas socias de las SCT ha sido a menudo un espacio de conflictos, siendo usual la aparición de pronunciamientos judiciales con la pretensión de seguir marcando las lindes entre ambos tipos de relaciones jurídicas: la relación laboral y la relación societaria<sup>11</sup>. Por ello, se trata de una realidad social que requiere una respuesta más adecuada por parte del Derecho.

La dificultad de configurar el régimen jurídico de la relación de trabajo asociado se evidencia porque, si bien a priori la actividad de la persona socia trabajadora constitutivamente queda fuera del ámbito laboral, sin embargo, se trata de una persona vinculada por un negocio jurídico societario mercantil que está obligada precisamente por dicho vínculo a realizar una prestación de trabajo poco diferenciable de la desarrollada por el trabajador por cuenta ajena, debido a la presencia de esa nota de ajenidad difusa que se observa en el ámbito cooperativo y que aproxima a ambas figuras<sup>12</sup>.

En efecto, aunque la naturaleza societaria de la relación implica que la persona socia presta servicios por cuenta propia, las exigencias lógicas de cualquier actividad productiva colectiva y organizada como la de la SCT imponen normalmente cierto grado de dependencia o subordinación técnica o funcional en el desempeño de la prestación coordinada, jerarquizada y dirigida del propio trabajo<sup>13</sup>. Por tanto, desde la formulación de contornos más flexibles de la noción de dependencia, entendida como sometimiento de la actividad de las personas trabajadoras a un plan de trabajo diseñado y controlado por la cooperativa, se plantea la oportunidad de establecer cautelas para proteger a este tipo de “trabajadores” dotados de cierta autonomía productiva.

El nivel de subordinación indirecta se percibe con más intensidad en unas SCT que en otras. A este respecto, atendiendo al objeto social se pueden distinguir dos variantes: la primera, recogida por la LC y por algunas leyes autonómicas, concibe a la SCT como motor de creación de empleo, en la línea de proporcionar puestos de trabajos a sus socios, quienes adoptan una posición más pasiva, próxima a la figura de la persona socia trabajadora por cuenta ajena y depen-

<sup>11</sup> Mercader Uguina, J.: “Contrato de trabajo y contrato de sociedad: una larga historia de encuentros y desencuentros”. Nueva Revista de Derecho del Trabajo núm. 172/2015, pág. 10.

<sup>12</sup> Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.A.: “La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social núm. 37/2014, pág. 18.

<sup>13</sup> López Gandía, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 48.

diente<sup>14</sup>. Frente a ésta, una segunda orientación, adoptada por otras Comunidades Autónomas<sup>15</sup>, se plantea más abierta a que sean las personas socias, como sujetos proactivos, quienes aporten su actividad profesional de forma asociada para su organización en común y posicionarse mejor en el mercado; posición, por tanto, más cercana a la persona trabajadora autónoma asociada, al emprendimiento colectivo<sup>16</sup>. En este grupo se encuadran nuevas fórmulas, como las cooperativas de emprendedores o de impulso empresarial, que prestan asistencia en la puesta en marcha y gestión de actividades profesionales autónomas, generalmente de carácter precario, con la finalidad de favorecer que emerjan de la economía sumergida en la que suelen desarrollarse<sup>17</sup>.

Por tanto, no existe una única fórmula de trabajo cooperativo, sino distintas realidades jurídicas que englobarían un nuevo concepto al que se podría denominar “autoempleo asociado”<sup>18</sup>. Esta posibilidad de que las personas socias aporten su trabajo de forma diversa, no sólo como un trabajo con plena autonomía, sino como un trabajo “subordinado”, organizado y dirigido dentro de la propia sociedad, no altera la naturaleza societaria de la relación; sin embargo, determina que un mismo fin, el “trabajo en común” y autogestionado, pero con una instrumentalización distinta, puede condicionar el modo de ordenar el régimen jurídico de la actividad cooperativizada e incluso la posición de la persona socia trabajadora frente a la SCT.

### 3. LA VIS ATRACTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ORDENACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA SOCIA TRABAJADORA

Si como se ha expresado, desde el punto de vista teórico la calificación de la relación del socio trabajador como societaria conlleva la exclusión del Derecho laboral y, por tanto, la capacidad de autorregulación de la relación del trabajo asociado, en el plano de la realidad jurídica el escenario es bien distinto, pues concurre un conjunto normativo complejo en el que confluyen, por un lado, el Derecho civil, que comprende todo lo relacionado con la condición de socio de la

<sup>14</sup> Encuadrables en la primera opción, las leyes de cooperativas de las Comunidades de Castilla y León, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid y Navarra.

<sup>15</sup> Esta segunda opción es adoptada por las leyes de Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Murcia y del País Vasco.

<sup>16</sup> García Jiménez, M.: “El concepto de cooperativa de trabajo asociado. Objeto social y principales características”. En la obra colectiva *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 195.

<sup>17</sup> Estas fórmulas han sido previstas sólo por algunas de las legislaciones autonómicas, como la andaluza, la cántabra y la catalana.

<sup>18</sup> Cuevas Gallegos, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado: otra forma de creación de empleo*. Comares, Granada, 2011, pág. 148.

cooperativa, y por otro lado, el Derecho cooperativo-laboral, integrado por normas de derecho cooperativo relacionadas con la actividad cooperativizada, bien inspiradas en la legislación laboral, o bien integradas por normas directamente laborales en aquellos supuestos en los que la propia ley cooperativa la considera aplicable.

Esta confluencia se ha visto favorecida por el fenómeno expansionista del Derecho laboral, cuya aplicación rompe la estricta frontera de la figura del contrato de trabajo, para extenderse al ámbito del trabajo autónomo, en cuyo marco se comprende la relación de las personas socias trabajadoras de las SCT<sup>19</sup>. Dentro de esta concepción amplia, como un derecho de protección y de reivindicación de la dignidad del trabajador, se reconocen unos derechos mínimos y fundamentales de la persona, que deben ser salvaguardados ya sea trabajador asalariado o no (derecho al descanso, a una limitación razonable de la duración del trabajo, a la salud laboral, etc.).

Esta idea de la necesidad de amparo del trabajo cooperativo ha ido cobrando peso en el ámbito internacional, sobre todo a raíz de la Recomendación 193/2002 de la OIT sobre la Promoción de las Cooperativas, que extiende la aplicación de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo de 1988 a todos los trabajadores de las cooperativas sin distinción alguna. En esta disposición se declara el reconocimiento del derecho fundamental al “trabajo decente”, entendido como *“el trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”*<sup>20</sup>. A su vez se dirige a los Estados para que velen por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para eludir la legislación del trabajo, ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, así como luchar contra las pseudo-cooperativas, o cooperativas de facturación, que violan los derechos de los trabajadores<sup>21</sup>. En suma, la OIT recomienda aplicar similares reglas de la legislación laboral a las relaciones entre la cooperativa y sus miembros para garantizar un trabajo digno.

El legislador estatal ha contribuido a este proceso ante la posibilidad de incluir al colectivo de trabajadores autónomos dentro de su ámbito, como recoge el Estatuto de los Trabajadores (ET), que prevé el sometimiento al Derecho del Trabajo de aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente. Y así, se ha extendido su campo de aplicación a aspectos importantes de la relación de las personas socias trabajadoras del conjunto de SCT del territorio español que afectan al derecho laboral necesario, así como se garantiza un orden mínimo

<sup>19</sup> Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez; L.A., op. cit. pág. 17. Según los autores, este colectivo formaría parte de un Derecho laboral extenso al que puede denominarse “Derecho de la actividad profesional”.

<sup>20</sup> OIT. Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. *Trabajo decente*. Ginebra. 1999, pág. 4.

<sup>21</sup> Capítulo II de la Recomendación “Marco político y papel de los Gobiernos” (apartado núm. 8): [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R193](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R193)

protector en otros ámbitos como la salud laboral, la prevención de riesgos laborales y la Seguridad Social<sup>22</sup>; sin olvidar la aplicación de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, así como la atribución de la competencia de la jurisdicción del orden social para la resolución de las cuestiones contenciosas en el seno de la cooperativa con las personas socias trabajadoras cuando se susciten por su condición de tales y hacer extensivas a éstos sus garantías procesales, por tratarse de cuestiones relacionadas con la rama social del derecho<sup>23</sup>.

Asimismo, el envío al ordenamiento laboral de algunos aspectos de la relación del trabajo cooperativo es adoptado por la legislación cooperativa nacional y es casi generalizado en las legislaciones autonómicas<sup>24</sup>. No obstante, este proceso de laboralización no se ha llevado a cabo de forma coherente y sistemática en las Comunidades Autónomas, sino que se presenta como un mapa complejo de distintos modelos normativos, que van desde las fórmulas de autogestión plena de la SCT, a través de la regulación de las condiciones de trabajo por la normativa cooperativa sin acudir al Derecho laboral, hasta las que extienden expresamente las garantías laborales a los socios trabajadores, pasando por las opciones intermedias que ordenan internamente las condiciones de trabajo de los socios y sus peculiaridades, sin perjuicio de que diversos aspectos del trabajo asociado sean garantizados en similares términos que el Derecho laboral. La falta de competencia de las Comunidades autónomas en materia de legislación laboral (art. 149.1.7.º CE), genera inseguridad jurídica generada cuando algunas legislaciones hacen suyos contenidos de la norma estatal, asumiendo su disponibilidad e incorporando sus enunciados literales al articulado de sus leyes como si de un mandato suyo se tratara<sup>25</sup>.

La irradiación de la normativa laboral en el proceso de configuración del régimen jurídico de la persona socia trabajadora de una SCT ha supuesto en términos generales una clara influencia de sus principios generales, permitiendo que en aquellas cuestiones en las que algunas leyes de cooperativas no han establecido un criterio propio<sup>26</sup>, pueda ser de aplicación directa o indirecta el orden laboral<sup>27</sup>, o bien se fije como mínimo o como límite general<sup>28</sup>, sin que dicho acercamien-

<sup>22</sup> Disposición Adicional Cuarta 1º de la Ley General de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

<sup>23</sup> Art. 2.c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de Jurisdicción Social.

<sup>24</sup> Aspectos como el régimen de suspensión y excedencias, la baja obligatoria por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o la sucesión de empresas, contratas y concesiones (arts. 84, 85 y 86 de la LC).

<sup>25</sup> García Jiménez, M.: "El desamparo del trabajo...", op. cit. pág. 118.

<sup>26</sup> Que son la mayoría, a salvo de las leyes de cooperativas de Cantabria, Navarra y el País Vasco.

<sup>27</sup> La Ley de Cooperativas de Extremadura en el primer caso y la Ley de Cooperativas en el segundo, importando disposiciones de Derecho laboral.

<sup>28</sup> Es el caso de la Ley Andaluza, aunque con limitaciones.

to resulte necesariamente de la aplicación supletoria del Derecho del Trabajo, aunque ésta haya sido una de las opciones adoptadas por una gran parte de las legislaciones autonómicas<sup>29</sup>.

La justificación de este modelo intervencionista, como limitación a la autonomía societaria, obedece, por un lado, a que el Estado regula medidas de apoyo y fomento para hacer viables las empresas de economía social. Desde los incentivos fiscales adicionales por su condición de sociedades cooperativas especialmente protegidas<sup>30</sup>, hasta la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y mejora de la competitividad<sup>31</sup>. Pero, sobre todo, hay que buscarla en la intención del legislador de tutelar la fuerza de trabajo y evitar los riesgos de la explotación de los individuos con independencia de la fórmula contractual utilizada, puesto que también el trabajo asociado se lleva a cabo mediante el “*esfuerzo personal y directo*” de las personas socias sobre el objeto social (art. 80.1 LC). Una intervención relativa, por cuanto la opción del legislador nacional en la regulación del trabajo en las SCT ha sido, sin embargo, diferente que en otros tipos de cooperativas, dejándola casi en exclusividad a disposición del legislador autonómico<sup>32</sup>.

La SCT se constituye por un conjunto de personas que voluntariamente deciden poner en común su trabajo para emprender un proceso productivo de bienes y servicios que van a gestionar y administrar directa y conjuntamente para colmar su aspiraciones económicas y sociales; pero al igual que en otras instituciones socio-económicas, las reglas del mercado determinan que la competitividad sea un valor propio de la naturaleza cooperativa, puesto que el mantenimiento de los valores sociales propios de su base mutualista (solidaridad, democracia, igualdad, vocación social), dependen de la rentabilidad de estas organizaciones empresariales. Por esta razón, como propietarios de la empresa, las personas socias trabajadoras se ven en la necesidad de adaptarse a las circunstancias, con una mayor flexibilidad en la determinación de las condiciones de trabajo para preservar la

<sup>29</sup> Leyes de Cooperativas de Asturias, Islas Baleares, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Galicia y La Rioja.

<sup>30</sup> Se establece como requisito para su calificación como especialmente privilegiada (art. 8.2 de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, de Régimen Fiscal de Cooperativas): “*Que el importe medio de sus retribuciones totales efectivamente devengadas, incluidos los anticipos y las cantidades exigibles en concepto de retornos cooperativos no excedan del 200 por 100 de la media de las retribuciones normales en el mismo sector de actividad, que hubieran debido percibir si su situación respecto a la cooperativa hubiera sido la de trabajadores por cuenta ajena*”. La bonificación otorgada es del 90% de la cuota íntegra del impuesto de sociedades, durante cinco años.

<sup>31</sup> ORDEN TAS/3501/2005, de 7 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y mejora de la competitividad en las cooperativas y sociedades laborales. Las acciones subvencionables son: la incorporación de socios trabajadores o socios de trabajo a cooperativas, la realización de inversiones que contribuyan a la creación, consolidación o mejora de la competitividad de cooperativas, la prestación de asistencia técnica y la realización de actividades de formación, difusión y fomento de la economía social vinculadas directamente al fomento del empleo.

<sup>32</sup> En el supuesto de las cooperativas de crédito y de seguros se aprueban mediante leyes de ámbito nacional, complementarias y simultáneas con la legislación específicamente cooperativa aplicable según el respectivo ámbito territorial.

continuidad de la empresa. De hecho el incremento de las sociedades cooperativas en España en los últimos años, particularmente las SCT, se debe en buena medida a su capacidad de absorber las oscilaciones de los ciclos económicos, resistiendo mejor la crisis económica<sup>33</sup>.

Ciertamente, los mecanismos de flexibilidad interna les permite hacer más fácilmente ajustes económicos rebajando principalmente el importe de sus retribuciones, o incrementando la jornada, como exigencia para el mantenimiento del empleo, claro está siempre que se trate de explotaciones que tienen como propósito desarrollar una “*actividad real en beneficio de sus socios*”, y no fórmulas societarias que puedan calificarse como falsas cooperativas<sup>34</sup>. En definitiva, se ajustan continuamente a un factor de “sostenibilidad”<sup>35</sup>, conformándose con mantener una retribución digna, aunque la rentabilidad de la empresa no sea la esperada.

Desde una perspectiva distinta, se considera que cuando surgen dificultades las personas socias son propensas a endurecer su propio trabajo en aras a la prosperidad de la cooperativa, con el riesgo de caer en la autoexplotación y la precariedad. En esta lógica puede pensarse que la ordenación de las condiciones de trabajo no debe fijarse únicamente atendiendo a criterios que regulen la vida interna de la sociedad, sino que la relevancia del trabajo en la estructura de la sociedad y la posición de la empresa cooperativa en una economía regida por las reglas del mercado, aconsejan la mediación del poder público con fines de protección de las personas socias trabajadoras<sup>36</sup>.

A estos efectos en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce un orden público profesional, mínimo, indisponible y protegido por el Estado, que asume el legislador societario, regulando determinados aspectos en términos muy similares a los previstos en la legislación laboral, y que ha ocasionado que la relación de la

<sup>33</sup> Su repercusión en el mapa empresarial español se pone de manifiesto en estos últimos años. Datos estimados a partir de las estadísticas publicadas, en el marco temporal 2014-2017, por la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES): constitución de 700 nuevas cooperativas (incremento medio del 3,43%) y 27.488 nuevos empleos (incremento medio del 9,4 %): <https://www.cepes.es/social/estadisticas&t=cooperativas>. Cabe subrayar que 271 de las cooperativas en dicho periodo son SCT, produciéndose un incremento medio del 27 % y elevándose el número de socios trabajadores en un 45% (1.498 en dicho periodo). Datos estimados a partir de los datos publicados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social: [http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/CoopConstituidasLaboRegistradas/2017/4TRIM/COO\\_G2.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/CoopConstituidasLaboRegistradas/2017/4TRIM/COO_G2.pdf)

<sup>34</sup> Vid. entre otras, STS de 18 de mayo de 2018 (Rec: 3513/2016). Se describen los elementos que concurren en la calificación de una falsa cooperativa, que pueden aplicarse a todas las modalidades de cooperativas. Vid. sobre las cooperativas de facturación el análisis realizado por Altés Tárrega, J.A.: *Nuevas manifestaciones del cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 46 a 51.

<sup>35</sup> Molina Navarrete, C.: “Las cooperativas como forma alternativa de creación de puestos de trabajo: el empleo cooperativo entre mitos y realidades”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social núm. 37/2014, pág. 77.

<sup>36</sup> García Jiménez, M.: “El desamparo del trabajo...”, op. cit. pág. 120.

persona socia cooperativista “posea una fuerte impregnación jurídico-laboral”<sup>37</sup>. En efecto, aunque estas consideraciones no pueden dar pie a la identificación plena del socio trabajador con el trabajador por cuenta ajena<sup>38</sup>, puede afirmarse sin temor a equivocarse que se ha llegado a una equiparación parcial entre ambas figuras, sobre todo, en aquellos supuestos en los que ha sido la legislación cooperativa la que ha remitido al orden laboral la regulación de determinados aspectos de la prestación de trabajo de la persona socia<sup>39</sup>. Incluso se ha extendido a las normas de naturaleza autónoma, favoreciendo aún más el fenómeno de laboralización de las condiciones de trabajo cooperativo; esto ocurre cuando la ley específica realiza un envío al convenio colectivo aplicable en el sector de actividad y ámbito geográfico de la cooperativa<sup>40</sup>.

Esta proyección se traduce en particular en la introducción de reglas protectoras que, con mayor o menor intensidad, regulan aspectos relativos a la organización del trabajo, como la clasificación profesional, el tiempo de trabajo, las modificaciones de las condiciones de la prestación de la actividad, las situaciones de suspensión y extinción de la relación de trabajo; incluso, el régimen retributivo.

Como resultado, surgen conflictos en torno a los aspectos vinculados a la actividad de la persona socia en las SCT, sobre todo, en aquellos casos en los que la doctrina judicial, abogando a la ausencia de protección, aplica directamente las normas laborales sin considerar el orden jurídico que regula la sociedad, que no siempre remite a la legislación laboral la regulación de las concretas condiciones de trabajo<sup>41</sup>. Lo cual permite comprender que el carácter lindante de la prestación de trabajo de las personas socias en las SCT dificulte su articulación, pues el legislador español no ha previsto, como en otras ocasiones, la regulación, bien de una categoría como sería una relación laboral especial del trabajo asociado, bien de una figura como la del trabajador “*parasubordinado*”<sup>42</sup>, sino que se discurre en una serie de mecanismos (de exclusión, remisión, asimilación, equiparación) que, con mayor o menor acierto, pretenden tutelar los derechos de las personas que desarrollan un trabajo bajo esta fórmula societaria, dentro de una pluralidad de subsistemas normativos a los que se ven sometidas, atendiendo a las preferencias del legislador autonómico.

<sup>37</sup> Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid 2017, pág. 535.

<sup>38</sup> STSJ de Madrid de 21 de junio de 2013 (Rec. 692/2013).

<sup>39</sup> Escribano Gutiérrez, J.: “Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios-cooperativistas”. *Revista de Derecho Social* núm. 49/2010, págs. 99 y ss.

<sup>40</sup> Leyes de Cooperativas de Asturias, Castilla-La Mancha, Valencia y Madrid.

<sup>41</sup> Fajardo García, G.: “Naturaleza jurídica de la realización entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio-trabajador”. En la obra colectiva *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores* (Dir. Fajardo García, G.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 239.

<sup>42</sup> Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez; L.A., op. cit. pág. 16. Los autores entienden por “parasubordinado” la persona que teniendo la condición de trabajador autónomo, se sitúa en una posición próxima a la ostentada por un trabajador asalariado o por cuenta ajena.

## 4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANTICIPOS SOCIETARIOS

### 4.1. Delimitación de la figura

El poder de autoordenación de las sociedades cooperativas de trabajo significa que los Estatutos Sociales regulan los derechos y deberes derivados de la prestación de trabajo de los socios, configurando el denominado “*estatuto jurídico de las personas socias trabajadoras*”. Y lo hacen en el marco que establece la legislación societaria, que contempla la posibilidad de que internamente estos derechos sean articulados respetando los derechos y valores cooperativos. Especial atención se dirige a los derechos de carácter económico de las personas socias trabajadoras de las SCT, derivados de su participación en la actividad cooperativizada, no sólo porque constituyan el principal medio de sostenimiento de sus necesidades, sino por la complejidad que presenta su ordenación.

La legislación cooperativa distingue dos tipos de percepciones económicas por la participación de la persona socia en la actividad común de la SCT: por un lado, el “*retorno cooperativo*” se reconoce como un derecho a participar en el reparto de los resultados económicos positivos de la sociedad, cuando al cierre del ejercicio y después de dotar reservas obligatorias, existe excedente disponible, el cual se puede adjudicar a las personas socias en proporción a las actividades cooperativizadas realizadas por cada uno de ellos. Por otro lado, se reconoce el derecho de a los “*anticipos societarios*”, consistentes en las cantidades percibidas por las personas socias, de carácter periódico, “*a cuenta*” de los excedentes estimados de la cooperativa en relación al trabajo efectuado por éstas. Al no tener conocimiento de lo obtenido por su participación en la actividad de la SCT hasta el cierre del ejercicio económico, se justifica como un adelanto de los futuros retornos cooperativos para que las personas socias puedan afrontar sus necesidades personales.

Ambas percepciones, de igual naturaleza, tienen su base en las actividades realizadas por las personas socias, pero se trata de beneficios económicos diferentes<sup>43</sup>. Su configuración y dinámica difieren, por cuanto los anticipos societarios, por su vinculación directa con la prestación de trabajo, se materializa como una contraprestación de la actividad realizada, frente al retorno cooperativo, que recompensa cualquier actividad en beneficio de la cooperativa. Constituyen pues, una verdadera retribución del trabajo, no únicamente un reparto de beneficios anticipado o retorno.

Esta diferencia en buena medida generó dudas sobre si el anticipo constituía una retribución de carácter salarial, una participación en beneficios puramente societaria, o una percepción mixta, con elementos de uno y otro, pues así planteado, los anticipos societarios y el salario guardan cierta similitud. De hecho, inicial-

<sup>43</sup> Morgado Panadero, P.: *Economía Social y Cooperativa*. Lex Nova, Barcelona, 2006, pág. 118.

mente se les denominaba “*anticipos laborales*”, pero el calificativo fue sustituido por el de “*societarios*”, con la intención del legislador de alejarse de la tendencia de laboralización de la relación del socio que se ha venido manteniendo durante mucho tiempo. También ha favorecido tal confusión el tratamiento de los anticipos en otros ámbitos, como la normativa contable a la hora de determinar los resultados del ejercicio, al considerar el importe de los anticipos como gasto de personal deducible, que se imputa en el periodo en el que se produce la prestación de trabajo<sup>44</sup>. Y en otro plano como el fiscal, en el que los anticipos societarios se consideran rendimientos del trabajo, siempre en cuantía no superior a las retribuciones normales en la zona para el sector de actividad correspondiente<sup>45</sup>.

Ciertamente, la descripción de los anticipos societarios que se extrae de la mayoría de las legislaciones cooperativas nos recuerda la noción de retribución salarial del trabajador por cuenta ajena: el derecho a su percepción, su periodicidad, su instrumentación mediante un abono mensual, su obtención en función de la actividad desempeñada. Los criterios de ordenación siguiendo este modelo obedecen a razones de tipo social, con el propósito de evitar desequilibrios e injusticias en el seno de la actividad económica de las SCT, puesto que en muchos supuestos estos anticipos constituyen la única fuente de ingresos de los socios trabajadores. Coinciden, por tanto, anticipos y salario, en que ambos tienen como finalidad permitir medios de subsistencia.

No obstante, esta proximidad instrumental no debe confundir la naturaleza de una y otra retribución, porque el salario constituye el derecho del trabajador a una cuantía económica por el trabajo desempeñado abonada por el empleador, con independencia de cuál sea la situación económica que atraviesa la empresa, cuyo riesgo asume, quedando el trabajador al margen del mismo. Se trata de una garantía que deriva de la ajenidad como rasgo identificativo de la relación de trabajo: la inmutabilidad del salario ante las vicisitudes de la actividad empresarial. Por el contrario, lo que distingue a la SCT con respecto otro tipo de sociedades es que los frutos del trabajo pertenecen al colectivo de la comunidad de miembros<sup>46</sup>. La integración de la persona socia trabajadora en la cooperativa se produce a través de una aportación profesional y económica al capital social en un régimen de participación y cotitularidad de pérdidas y ganancias y de codecisión y cogestión de la empresa en la que se integra, razón por la que soporta la eventualidad de no percibir retribuciones si no hay beneficios, asumiendo los riesgos de su actividad cooperativizada<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Orden EHA/3360/2010. Normas sobre Aspectos Contables de las Sociedades Cooperativas Norma 9ª.

<sup>45</sup> Art. 30.1 de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, de Régimen Fiscal de Cooperativas. El exceso se considerará rendimiento de capital mobiliario, tanto a la hora de determinar la base imponible del Impuesto de Sociedades, así como a efectos de las retenciones que deben ser practicadas en el IRPF (Arts. 15.2 y 28.1 de la Ley).

<sup>46</sup> De Nieves Nieto, N.: *Cooperativas de Trabajo Asociado: Aspectos jurídico-laborales*. CES, Madrid, 2005, pág. 95.

<sup>47</sup> STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 27 de febrero de 2008 (Rec. 19/2008).

Por tanto, aunque es cierto que estamos en presencia de una relación de intercambio del trabajo personal y directo de la persona socia por una contraprestación económica periódica abonada por la SCT, al convertirse en el objeto común de quienes constituyen la sociedad, los elementos cambiarios típicos de la prestación de trabajo por cuenta ajena quedan neutralizados<sup>48</sup>. En esta apreciación insisten los tribunales al hilo de los pronunciamientos que se han sucedido, concluyendo en su línea interpretativa que para que exista salario es necesario que el carácter remunerado de la prestación se circunscriba a una relación que presente las notas de ajenidad y dependencia; y en este caso la naturaleza de la relación que liga a la cooperativa con sus socios trabajadores es obligacional de carácter societario. En este orden, *“el trabajo del socio trabajador se retribuye con una compensación que se acuerda de forma estatutaria, pero ello no supone que es salario en sentido estricto jurídico-laboral”*<sup>49</sup>.

Queda clara, pues, la intención del legislador de establecer una reglamentación específica en materia de relación obligacional relativa al trabajo prestado en la SCT por las personas socias trabajadoras, circunstancia que queda de manifiesto en la retribución. La consecuencia que sigue a esta afirmación es la inaplicación a los anticipos societarios de los preceptos que regulan el salario en el ET<sup>50</sup>, así como de las normas pactadas del sector. Y similar efecto se produce cuando el objeto de la reclamación sea determinados derechos que tienen como base de cálculo el salario, declarando los tribunales que no tienen derecho al percibo de una indemnización legal por cese, ni a los salarios de tramitación, aunque la expulsión de la persona socia por motivos disciplinarios sea declarada improcedente<sup>51</sup>. En similar sentido, la posibilidad de que las personas socias causen baja obligatoria por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no conlleva consecuencias jurídicas indemnizatorias coincidentes con las que establece el ET para el despido objetivo, sino sólo a la devolución de sus aportaciones voluntarias y obligatorias al capital social. Ello no obsta, sin embargo, a que si la regulación específica de la Comunidad Autónoma importa reglas idénticas a las laborales, los tribunales admiten que se puedan reconocer los efectos propios del despido, incluyendo el derecho a los salarios de tramitación, o a indemnizaciones similares<sup>52</sup>.

Como resultado de lo anterior, estas retribuciones no disfrutaban de las garantías externas del salario. De modo expreso lo recoge el art. 11 del Real Decreto

<sup>48</sup> Espín Sáez, M., op. cit. pág. 136.

<sup>49</sup> STS de 23 de octubre de 2009 (Rec Ud. 822/2009); STSJ de Asturias, de 8 de febrero de 2008 (Rec. 3614/2007); STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2017 (Rec. 23/2017).

<sup>50</sup> Artículos 26 a 35.

<sup>51</sup> SSTS de 13 julio 2009 y 23 de octubre de 2009 (Rec. Ud: 3554/2009; 822/2009); STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2015 (Rec. 4161/2015).

<sup>52</sup> SAN de 17 de noviembre de 2017 (Rec. 277/2017); STSJ de Galicia de 29 de mayo de 2017 (Rec. 961/2017); STSJ de Andalucía, Granada, de 22 de mayo de 2014 (Rec. 766/2014); STSJ de Murcia de 26 de mayo de 2014 (Rec. 1106 /2013).

505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), que conforme al art. 14.3 de la LGSS, excluye a las cooperativas de trabajo asociado de la obligación de cotizar a este fondo, de forma que las personas socias trabajadoras no quedarán protegidas frente al riesgo de insolvencia de la cooperativa, por considerar el legislador que éstas no podrían ser responsables de las situaciones empresariales que habilitan la intervención del citado Fondo y a la vez ser beneficiarios del mismo (art. 14.3 LGSS)<sup>53</sup>, exclusión que no ha estado exenta de crítica, al revelar una cierta desconfianza en el fin mutualístico de la cooperativa, que procura la atribución de puestos de trabajo a sus miembros, pudiendo concederse privilegios similares a los del salario en la medida en que esas cantidades periódicas vienen a cubrir las necesidades fundamentales del cooperativista y de su familia<sup>54</sup>. Piénsese que sí gozan los anticipos de las garantías del régimen de inembargabilidad salarial, que hace extensible la Ley de Enjuiciamiento Civil a todas las rentas del trabajo sin distinción, justificándose en este caso la concesión porque la necesidad de cubrir las necesidades básicas es la misma para los trabajadores como para las personas socias trabajadoras, protección que se vincula al salario mínimo interprofesional (SMI)<sup>55</sup>.

En todo caso, la no aplicación de la garantía salarial externa referida no debe hacer pensar que las personas socias quedan totalmente desprotegidas, asumiendo sin más el riesgo de los resultados negativos de la empresa, pues las leyes cooperativas suelen articular un sistema de garantías interna, cuando regulan el régimen de imputación de pérdidas, destinado a evitar en lo posible su perjuicio económico, respetando los anticipos societarios y consecuentemente imputando las pérdidas a los retornos cooperativos. En cualquier caso, no existe una postura uniforme sobre la cuestión de si los anticipos societarios tienen otorgada o no, por su vinculación directa con el trabajo personal, alguna protección especial frente a las pérdidas de la SCT, por lo que en principio podría interpretarse que las personas socias quedarían obligadas a asumir pérdidas hasta el límite de sus aportaciones al capital social, salvo previsión legal o interna expresa. Aunque hay que subrayar que tampoco es un tema pacífico debido en gran parte a que no existe una concepción clara de lo que debe entenderse como anticipo societario, por lo que su tratamiento ha sido desigual por parte de las legislaciones coopera-

<sup>53</sup> STSJ de Murcia de 26 de mayo de 2014 (Rec. 1106 /2013). Declara el tribunal que resulta indiferente el hecho de que la cooperativa haya cotizado al FOGASA pues no existe obligación de hacerlo y de ello no pueden resultar derecho alguno de los socios trabajadores de la cooperativa.

<sup>54</sup> Ortiz Lallana, M.C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*. Bosch, 1989, pág. 46. La autora considera que de la misma forma que la cooperativa actúa como empresario con personalidad jurídica propia asumiendo plenos derechos y obligaciones a efectos de Seguridad Social también puede contribuir a la financiación del Fondo.

<sup>55</sup> Art. 607.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: "...salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no excedan de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional".

tivas<sup>56</sup>, y tampoco existe una posición de la doctrina judicial y científica unívoca en orden esta materia<sup>57</sup>.

En síntesis, la doctrina jurisprudencial, atendiendo a la naturaleza no salarial de los anticipos societarios, es unánime en declarar que la retribución de las personas socias trabajadoras será objeto de regulación por lo previsto en la legislación cooperativa y por las reglas decididas por las personas socias trabajadoras dentro del marco legal establecido, bien en sus estatutos, en los reglamentos de régimen interno o en acuerdos adoptados por la Asamblea general, salvo las normas legales indisponibles, como la que regula la garantía del FOGASA.

#### **4.2. La disparidad en la regulación de los anticipos societarios en la legislación cooperativa**

La libertad de configuración de la política retributiva en las SCT responde al principio de participación económica de sus miembros, de modo que el derecho a los anticipos societarios, su determinación y la forma de hacerse efectivos, deben formar parte del contenido mínimo obligatorio de los Estatutos Sociales de la cooperativa o de los acuerdos adoptados por la Asamblea General. Las legislaciones cooperativas establecen que las personas socias trabajadoras tienen derecho al anticipo societario *“en función de su participación en la actividad cooperativizada”*, pero en general, no regulan muchos más detalles sobre los criterios de determinación y distribución de estas percepciones económicas, que sirvan de guía a las empresas para su adecuada gestión en el día a día, situación que contribuye a la ambigüedad y confusión en la posible resolución de los conflictos que puedan surgir en este ámbito.

Se han planteado diversos modelos normativos en nuestro ordenamiento jurídico en orden al tratamiento jurídico de los anticipos societarios: Por una par-

<sup>56</sup> Por ejemplo, el art. 69.3 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana establece que *“si los estatutos sociales lo establecen, las pérdidas derivadas de la actividad cooperativizada con los socios que se imputen a éstos alcanzarán como máximo el importe total de los anticipos asignados a los socios en el ejercicio económico, más sus aportaciones al capital social y su participación en las reservas disponibles”*, lo que determina una imputación total de las pérdidas sobre la totalidad de los anticipos.

<sup>57</sup> Vid. entre otras, la STSJ de Madrid de 11 de septiembre de 2011 (Rec. 573/2011), que declara que las pérdidas podrían ser imputadas a las personas socias para ser compensadas con sus anticipos, sin que exista una parte asegurada. Por el contrario, la STSJ de Madrid de 21 de junio (Rec. 539/2013) declara que no se podría dejar de abonar los anticipos, salvo acuerdo de la Asamblea General, porque aunque la relación sea societaria, ello no obsta a que las personas socias tengan derecho a percibir mensualmente una compensación económica por sus servicios. Por lo que se refiere a la doctrina, un sector considera que el hecho de que los anticipos sean considerados un gasto sugiere que no deben responder de las pérdidas de cooperativa, al no depender de los resultados, considerándose al menos una parte asegurada (Santiago Redondo, K.M., op. cit. pág. 217). Otro sector, considera que una parte de los anticipos no puede ser afectada por las pérdidas sociales, constituida por la parte cuya cuantía coincide con la retribución normal de los trabajadores asalariados de igual categoría profesional a la del socio en la misma zona y sector productivo (Espín Sáez, M., op. cit. pág. 72). En contra, la opinión de que la falta de referencia legal expresa de sanciones por impago a la sociedad puede interpretarse como la falta de protección del anticipo (De Nieves Nieto, N., op. cit. págs.114-115).

te, algunas disposiciones autonómicas se inclinan por establecer una regulación *ex novo*, generalmente muy sucinta, delegando su concreción a los Estatutos o acuerdos sociales de la Asamblea General<sup>58</sup>. Por otra parte, otras legislaciones acogen la inercia expansiva del Derecho laboral, bien a través de la importación de normas del régimen del salario, bien mediante la técnica de la remisión a dicha legislación, para su aplicación directa o como límite a la ordenación interna de los derechos económicos de las personas socias trabajadoras. Esta segunda vertiente es la acogida por la mayoría de las legislaciones cooperativas, aunque la intensidad y la fórmula elegida por estas normas no es la misma<sup>59</sup>.

La facultad de autorregulación de los órganos internos de la SCT en este ámbito no es plena, de modo que aunque el salario es un concepto ajeno a la lógica cooperativa, se incorporan algunas reglas del régimen salarial con la finalidad de garantizar la tutela a quienes prestan servicios bajo esta fórmula societaria, principalmente relativas a la forma de llevarse a cabo la percepción de los anticipos societarios y a su cuantificación, utilizándolas como unidad de medida, bien para reconocer unos ingresos mínimos, bien para fijar un tope en el importe de estas retribuciones. La idea que subyace es la de que el Derecho del Trabajo funciona en general como un colchón de mínimos, con el propósito de que los socios de las SCT no resulten tratados peyorativamente en relación con los trabajadores por cuenta ajena contratados por la cooperativa, pues en última instancia, se trata también de una prestación de trabajo personal y directa<sup>60</sup>.

#### 4.3. Criterios de determinación de la cuantía retributiva de la persona socia trabajadora

En relación con la determinación de la cuantía de los anticipos societarios se aprecia que la mayoría de las legislaciones cooperativas, incluida la estatal, introducen como criterio retributivo la previsión de un anticipo “mínimo”, tomando como modelo el salario mínimo interprofesional (SMI) en cómputo anual<sup>61</sup>. Sólo la Ley de Cooperativas de Galicia adopta como criterio general para la fijación del monto de los anticipos un referente laboral: “*las retribuciones normales de la zona, sector y categoría profesional*” (art. 105.1), que se entiende referida a las establecidas por el convenio colectivo aplicable en el sector en el que se desarrolle la actividad de

<sup>58</sup> Ley de Cooperativas (arts. 80.4) y Leyes de Cooperativas autonómicas de Cantabria (art. 100.8), de Andalucía (art. 87.1), Murcia (art. 104.9), Castilla-León (art. 100.1), Islas Baleares (art. 102.4) y Cataluña (art. 132.1).

<sup>59</sup> Leyes de Cooperativas de Aragón, Asturias, Castilla-La Mancha, Galicia, Madrid, Navarra, La Rioja, Comunidad Valenciana, Murcia, País Vasco y Extremadura.

<sup>60</sup> Costas Comesaña, J.: “Cooperativas de trabajo asociado”. En la obra colectiva *Tratado de Derecho de Cooperativas* (Dir. Peinado Gracia, J.I.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1.226.

<sup>61</sup> Leyes de Cooperativas del País Vasco (art. 99.6), Madrid (art. 105.4), Aragón (art. 72.7) y La Rioja (art. 104) (salvo que la Asamblea General acuerde, con carácter transitorio, la reducción por debajo de dicho límite) y la de Navarra, que hace extensivas todas las garantías laborales.

la cooperativa<sup>62</sup>. Resulta más habitual la remisión a esta magnitud salarial para fijar los anticipos en aquellos supuestos en los que la cooperativa facture principalmente para un único cliente, concretamente cuando la cooperativa mantenga más del 80% de su facturación anual con un único o una única persona cliente o con un único grupo de empresas<sup>63</sup>. Esta regla se aplica en un supuesto determinado por una relación parecida a la de una empresa comitente y la SCT, posiblemente calificada como de “autónomo económicamente dependiente”, en el que se establece un concepto de dependencia económico-jurídico similar a algunas propuestas de regulación del “autónomo dependiente”. Precisamente se trata de una medida para evitar el uso abusivo de esta fórmula cooperativa que impulsa una empresa o persona con relación comercial que pretende mantener el control sobre ésta<sup>64</sup>.

Por otra parte, en ciertas modalidades de SCT, como es el caso de las cooperativas de interés social, o sin ánimo de lucro y de las cooperativas especialmente protegidas, se fijan topes cuantitativos a la cuantía de las retribuciones de los socios: como regla general, el 150 por ciento del salario de convenio o norma laboral, o el salario normal de la zona, máximo que se aplica igualmente al salario de los trabajadores por cuenta ajena contratados por la cooperativa<sup>65</sup>. El establecimiento de un límite máximo de la cuantía de los anticipos societarios se justifica en estos casos para garantizar la existencia de excedentes al final del ejercicio económico y por ende, generar una reserva que pueda garantizar al margen de los resultados de cada ejercicio, la estabilidad de las retribuciones de los socios. Aparte lo anterior, se utiliza un criterio similar para fijar un límite máximo a los anticipos en las SCT sin ánimo de lucro, cifrado en un porcentaje equivalente a las retribuciones que en función de la actividad y categoría profesional establezca el convenio colectivo aplicable a los trabajadores por cuenta ajena del sector<sup>66</sup>. Constituyen, por tanto, una minoría las legislaciones cooperativas que dejan a criterio de los órganos internos de la sociedad las reglas de determinación de los importes retributivos, sin establecer, al menos, un mínimo<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> La nueva Ley de Cooperativas de Extremadura, aprobada el 25 de septiembre de 2018 (aún no publicada en el boletín oficial), ha eliminado esta referencia, con la finalidad de flexibilizar el régimen de las retribuciones de las personas socias.

<sup>63</sup> Leyes de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (arts. 89.3), Castilla-La Mancha (art. 143), Asturias (art. 124.4) y Madrid (art. 105.3).

<sup>64</sup> López Gandía, J., “Las cooperativas y la descentralización productiva de la huida del derecho del trabajo a la huida de los Trades”. En la obra colectiva *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz* (Coord. Blasco Pellicer, A.A.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 113.

<sup>65</sup> Leyes de Cooperativas de Aragón (art. 77.1), Madrid (art. 107.3) y Reglamento de Sociedades Cooperativas de Andalucía [art. 80 1.b)].

<sup>66</sup> Leyes de Cooperativas de Aragón (art. 77.3) y de Madrid (art. 107.3).

<sup>67</sup> Leyes cooperativas de art. 87 Andalucía (art. 87), Castilla-León (art. 100.1), Baleares (art. 102.4), Cantabria (art. 100.8), Murcia (art. 104.9) y Cataluña (art. 132.1). Sólo esta última remite expresamente la fijación de los criterios retributivos a las normas internas de la cooperativa.

Ante la disparidad de criterios empleados es importante destacar dos aspectos que pueden concurrir en la determinación de una remuneración apropiada y proporcional de la persona socia trabajadora.

El primer aspecto apunta a si al anticipo societario, como cantidad económica que compensa el trabajo realizado por el socio trabajador para cubrir sus necesidades, le sería de aplicación el principio de suficiencia (art. 35 CE) y por ello, sería obligado en todo caso su sometimiento a la regla de la garantía de mínimo. Como ya se ha indicado anteriormente, la Recomendación de la OIT, establece como objetivo combatir el uso de las cooperativas como instrumento para flexibilizar y hacer más precarias las condiciones laborales no afecta sólo a los trabajadores contratados, sino también a las personas socias trabajadoras, pues el amplio margen en la ordenación de las condiciones de trabajo que permite la legislación cooperativa tiene el riesgo de desembocar en una forma de autoempleo colectivo precario; es por ello que se ha instado a los Estados a que regulen medidas para asegurar el logro del trabajo decente, lo que se traduce en la esfera de los derechos económicos, como la obtención de una retribución digna, suficiente.

A pesar de que se ha discutido sobre la aplicabilidad al trabajo cooperativo del reconocimiento constitucional del derecho la garantía de una retribución justa y suficiente para el trabajador, recogido en el artículo 35 de la CE, la referencia constitucional a la remuneración contempla al salario en su concepción tradicional: objeto de la obligación del empresario por la apropiación del trabajo de otro, que compensa la labor en sí o los resultados del esfuerzo en régimen de dependencia, por tanto, sólo exigible en el seno de la relaciones de trabajo por cuenta ajena. Es por ello que se comprende que el legislador español haya hecho un uso extensivo del Derecho laboral con el propósito de tutelar ciertos derechos básicos al conjunto de quienes realizan un trabajo personal y directo más allá de la fórmula contractual elegida, pero con carácter más restrictivo en el régimen retributivo.

En este contexto, no debe ignorarse cuál es la realidad de la mayoría de las SCT de nuestro país. En general el período inicial de puesta en marcha de muchas de estas empresas suele ser difícil desde el punto de vista económico, sobre todo, de aquéllas que surgen a partir de los restos de una reestructuración o cierre de empresa en crisis. Y no puede olvidarse que un número nada despreciable de SCT pertenece a sectores de actividad vulnerables<sup>68</sup>. En estos supuestos, cabe reflexionar sobre si el establecimiento de retribuciones mínimas puede llegar a ser contraproducente para la propia supervivencia de la cooperativa. El argumento que se esgrime en ciertas ocasiones, cuando concurren circunstancias de dificultad en la empresa, que pueden incluso afectar a su viabilidad, es que los socios “prefieren” mantener a flote la explotación viendo mermados sus derechos económicos durante un período transitorio. Los motivos pueden ser variados, a saber:

<sup>68</sup> Cabe mencionar la regulación de nuevos tipos de cooperativas, como las de impulso empresarial, cuyo objetivo es prestar asistencia en la creación o gestión de trabajos autónomos, que suelen ser incipientes y precarios, como el de los artesanos, músicos y artistas en general.

que no existan mejores opciones en el mercado de trabajo por cuenta ajena; que tengan cubiertas sus necesidades personales y familiares a través de otras fuentes de recursos; que conozcan los riesgos de la puesta en marcha de un proyecto en común y a pesar de ello les compense continuar en condiciones precarias; o que como cualquier otra organización tenga la necesidad de iniciar un proceso de modernización tecnológica para ser competitiva y decidan sufragar los costes con el sacrificio de parte de sus ingresos.

El otro aspecto que interesa destacar versa sobre la idoneidad o no de los referentes laborales elegidos como módulo para fijar el importe de estas retribuciones (fijo, o mínimo). En primer lugar, desde la posición dominante de las legislaciones que han optado por regular un anticipo mínimo, si se analiza la adecuación de la cuantía del SMI como criterio de fijación, no resulta un mecanismo extraño, por cuanto tradicionalmente ha sido utilizado por el Gobierno no sólo como importe del salario mínimo garantizado, sino también como instrumento conectado con la política social y con repercusión sobre el acceso y la cuantía de las prestaciones sociales; es decir, se ha empleado como magnitud de múltiples usos, tanto para fijar otros conceptos laborales, como otros valores sociales<sup>69</sup>. Y en ambas vertientes ha sido objeto de crítica, cuyos argumentos pueden ser extrapolados al ámbito objeto de estudio. De modo que por un lado, como indicador de una remuneración digna por el trabajo desempeñado, se trata de un importe que fija el Ejecutivo en base a una serie de criterios con un alto grado de abstracción y discrecionalidad<sup>70</sup>; por otro lado, como referente para la fijación del umbral de pobreza, no se considera un indicador de renta “suficiente” en la medida en que se sitúa por debajo del 60 por ciento del salario neto medio europeo<sup>71</sup>, o del fijado por Eurostat<sup>72</sup>. Por tanto, aunque modelo de referencia frecuente, no constituye un criterio totalmente seguro para definir un nivel de retribución en los términos de lo que correspondería al concepto de “trabajo decente”.

En segundo lugar, sobre la idoneidad de recurrir al importe del salario medio de la zona, sector y categoría profesional o el salario del convenio colectivo, para determinar el importe de los anticipos, cabe subrayar que doctrina autorizada se muestra a favor de la razonabilidad de regular estas percepciones económicas

<sup>69</sup> Se ha utilizado como criterio para la: limitación de la responsabilidad salarial del FOGASA, determinación de la protección de los créditos salariales, acceso a los beneficios de la justicia gratuita, concesión de subvenciones al empleo, garantía financiera de las empresas de trabajo temporal, determinación de las bases mínimas de cotización a la Seguridad Social, fijación de las condiciones de acceso y base de cálculo de determinadas prestaciones de la Seguridad Social y otras prestaciones o beneficios de protección social tales como ayudas para vivienda, becas de estudios, etc.

<sup>70</sup> El art. 27 ET establece que se van a “tener en cuenta” aspectos tales como el índice de precios al consumo, la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general.

<sup>71</sup> Art. 4 de la Carta Social Europea.

<sup>72</sup> Este umbral se fija en un 60 por ciento de la mediana de la distribución de los ingresos por unidad de consumo.

atendiendo a los principios de equidad e igualdad, fijando la cuantía en proporción a las funciones efectivamente realizadas. La definición de estas funciones se encuentra, por lo general, recogida en los sistemas de clasificación profesional que regulan los convenios colectivos de los distintos sectores de actividad, atribuyendo los consiguientes conceptos retributivos establecidos en base a la adscripción funcional del trabajador<sup>73</sup>. No obstante, se puede objetar a este recurso que la estructura salarial es el resultado de un proceso de negociación entre partes con intereses contrapuestos, los empresarios o sus representantes y los representantes de los trabajadores; por tanto, procede de un contexto bien distinto al que se plantea en el seno de las cooperativas, con valores y dinámicas muy diferentes, donde son las personas socias, como iguales, quienes acuerdan, como interés común, las reglas que las regulan.

Esta opción obedece a una razón básicamente funcional, pues desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos puede interesar a la SCT articular formalmente de manera similar la mecánica retributiva de los socios trabajadores a la de los trabajadores contratados. Sin embargo, dicha opción sólo resulta coherente desde la perspectiva de su distinto régimen jurídico en razón al diferente vínculo de estos sujetos con la sociedad.

Por último, no conviene perder de vista que existen otras magnitudes que pueden influir en la conveniencia de fijar un importe mínimo en la fijación del anticipo societario, concretamente la vinculada con la legislación de Seguridad (art. 14.1 LGSS). A estos efectos, en el supuesto de que la cooperativa haya optado por su integración en el RGSS o en alguno de los RESS, según proceda, de acuerdo con su actividad, los socios trabajadores serán considerados “*asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena*” [art. 92.1.a) LCA]. Y habida cuenta de la obligatoriedad de someter los anticipos a las mismas reglas de cotización, podría considerarse que la base de cotización conformada a partir de las retribuciones obtenidas por los socios trabajadores fuera al menos igual al importe de las bases mínimas de cotización establecidas por la normativa según la categoría profesional<sup>74</sup>.

Desde el análisis efectuado y partiendo de una posición más cercana a la justificación del reconocimiento de los derechos económicos de todas las personas que realizan un trabajo con su esfuerzo por tratarse de la base de su sostenimiento, sería recomendable regular un modelo retributivo compatible con la seña de identidad del tipo de actividad de las SCT realizado por cuenta propia, de manera asociada y autogestionada, la cual debería partir del establecimiento de un anticipo fijado en una cuantía mínima que asegurara un nivel de vida digno a los socios

<sup>73</sup> De Nieves Nieto, N., op. cit. pág. 116.

<sup>74</sup> Art. 3 Orden ESS/55/2018, de 26 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2018 (en adelante, Orden de Cotización ESS/55/2018).

trabajadores, que no necesariamente debiera tomar como referente los mencionados. Y que incorpore algunos mecanismos de excepcionalidad que facultaran a la Asamblea General para el descuelgue temporal del límite por causas económicas, previamente definidas, con la finalidad de incorporar un elemento de flexibilidad que favoreciera la supervivencia de la organización empresarial. Este planteamiento resultaría coherente con la configuración de los excedentes cooperativos y con la especial relación de trabajo de la persona socia.

### 4.3. Estructura y devengo de los anticipos societarios

Partiendo de la consideración de que las normas laborales sustantivas y procesales sólo son de aplicación a las condiciones de trabajo en las SCT en la medida y con el alcance con el que estén expresa y específicamente contempladas en el vínculo societario cooperativo<sup>75</sup>, es razonable pensar que la normativa interna de esta fórmula asociativa no tendría por qué ajustar la estructura de los anticipos societarios, ni aplicar las reglas salariales de tiempo, lugar y forma de pago conforme a lo previsto en los artículos 26.3 y 29.1 del ET respectivamente.

Esta circunstancia exige abordar una cuestión previa, que afecta a las reglas de valoración de la actividad cooperativizada a efectos del devengo de anticipos societarios; en concreto, implica conocer si debe valorarse únicamente la prestación efectiva de trabajo, o si el anticipo contempla otros períodos computables como de trabajo de los que se beneficia la persona socia trabajadora.

Una primera aproximación previene sobre la falta de uniformidad en el conjunto de las legislaciones cooperativas en la consideración como períodos retribuidos a estos efectos del período de vacaciones y días festivos: por un lado están las que remiten la regulación a las normas internas de la cooperativa<sup>76</sup>, o las que reconocen la autonomía colectiva siempre dentro del marco que recoge la LC<sup>77</sup>, o fijando ésta como supletoria en caso de no se establezca previsión al respecto<sup>78</sup>; en la otra vertiente se encuentran aquellas que exigen que dicha articulación se lleve a cabo respetando la norma laboral común<sup>79</sup>, o considerándola como supletoria<sup>80</sup>.

El art. 83.1 d) de la LC considera expresamente a ambos como períodos retribuidos, aunque con limitaciones: Por un lado, en cuanto a los festivos la norma las restringe a las fiestas de carácter nacional [art. 83.1 c) LC], dejando en manos de las normas internas la posibilidad de incluir otros días. Por otro lado, respecto

<sup>75</sup> STS de 12 de abril de 2006 (Rec. 2316/2005).

<sup>76</sup> Leyes de Cooperativas de Cantabria, Murcia y País Vasco.

<sup>77</sup> Leyes de Cooperativas de Aragón, Asturias y Comunidad Valenciana.

<sup>78</sup> Leyes de Cooperativas de Cataluña y Madrid.

<sup>79</sup> Leyes de Cooperativas de Andalucía, Castilla-León.

<sup>80</sup> Leyes de Cooperativas de Islas Baleares y Castilla-La Mancha.

a las vacaciones, sólo cuando se trata de personas socias menores de dieciocho años y mayores de sesenta se prevé la duración establecida para los trabajadores por cuenta ajena, previsión indisponible por su conexión con la seguridad y salud en el trabajo<sup>81</sup>; por tanto, se deja en manos de la autonomía colectiva la determinación de su duración para el resto de socios trabajadores. No obstante, atendiendo a la finalidad de este derecho que debe ser efectivo (STC 324/2006 de 20 de noviembre)<sup>82</sup>, como derecho a vacaciones retribuidas enmarcado en la relación individual de trabajo, debe contemplarse dentro del contexto socio jurídico del Estado Social y democrático de derecho que proclama y garantiza la CE (art.1). Se pues acoger así una interpretación integradora de la normación ordinaria del derecho constitucional (art. 40.2 CE), además de concebirse como tiempo de descanso que corresponde al que trabaja a fin de que pueda recuperarse de la fatiga física y anímica causada por el trabajo y como garantía de un tiempo de ocio y convivencia social y familiar, necesidad que existe de idéntica manera en una relación laboral por cuenta ajena y en una relación societaria como la del socio cooperativista<sup>83</sup>.

Concerniente a la cuestión de fondo, a saber, si el contenido de los anticipos societarios debe conformarse siguiendo una estructura similar a la estructura salarial, distinguiendo como componentes, uno básico y fijado en atención a las categorización de la actividad cooperativizada realizada por la persona socia, y otros complementarios que responden a determinados modos de prestar la actividad, la doctrina judicial ha respondido de manera uniforme que, salvo previsión expresa al respecto (se entiende, legal o estatutariamente), no se reconoce a las personas socias trabajadoras el abono de conceptos equivalentes salariales, tales como: el complemento de antigüedad<sup>84</sup>; el plus de nocturnidad<sup>85</sup>; las gratificaciones extraordinarias<sup>86</sup>; la retribución por horas extraordinarias<sup>87</sup>; o el complemento de incapacidad temporal<sup>88</sup>. En el mismo sentido, se ha pronunciado en lo relativo a las aportaciones estrictamente empresariales a planes de previsión por Seguridad Social complementaria, así como a las cotizaciones empresariales, a pesar de que

<sup>81</sup> STS de 3 de octubre de 2007 (5068/2005).

<sup>82</sup> (Rec. 3205/2003).

<sup>83</sup> SJS de la Sala 4ª de Pamplona de 19 de diciembre de 2016 (Res. 000446/2016).

<sup>84</sup> STSJ de Asturias de 31 de marzo de 2006 (Rec. 1053/2006); STSJ del País Vasco de 20 mayo 2003 (Rec. 619/2003).

<sup>85</sup> STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2015 (Rec. 3084/2015)

<sup>86</sup> STSJ de Islas Canarias, Tenerife, de 9 de julio de 2007 (Rec. 396/2007); STSJ de Andalucía, Granada, de 16 de julio de 2008 (Rec. 702/2008); SSTS de 10 de diciembre de 2013 y de 24 de junio de 2015 (Rec. 3256/2013; 1451/2014).

<sup>87</sup> STSJ del País Vasco de 1 de febrero de 2005 (Rec. 2301/2004); STSJ de Andalucía, Granada de 24 de junio de 2003 (Rec. 131/2003).

<sup>88</sup> SSTSJ de Canarias-Santa Cruz de Tenerife de 27 de febrero de 2008 (Rec.19/2008) y de 9 de junio de 2009 (Rec. 120/2009).

las citadas cuotas sean detalladas en el documento que, equivalente a la nómina salarial de los trabajadores por cuenta ajena, se entregue mensualmente a cada cooperativista<sup>89</sup>.

En síntesis, si los aspectos societarios de la relación son los que priman a la hora de determinar la naturaleza jurídica del vínculo existente entre la persona socia y la cooperativa, cualesquiera que sean los términos utilizados en las actas de la Asamblea General, no se le puede atribuir carácter salarial a ninguno de los componentes del anticipo societario<sup>90</sup>.

Sentado lo cual, cuando se indica que las personas socias tienen derecho a percibir el anticipo en proporción a la actividad cooperativizada, no debe interpretarse sólo en términos de cantidad del trabajo realizado, sino también se debe retribuir en función de la calidad, debiendo plasmarse los criterios retributivos en los Estatutos o en el Reglamento de Régimen Interno. Conociendo los pros y contras de las posibles alternativas, ciertamente puede llegarse a la conclusión de que en las SCT no existe a priori un modelo retributivo ideal, sino que debe elegirse el que mejor se adapte a las variables que puedan concurrir en el momento de la constitución de la sociedad, como, entre otras, la dimensión de la empresa, el sector de actividad, o la fase en la que se encuentre.

En esta apreciación, una opción recomendable en las empresas con un número de socios reducido podría ser el establecimiento de un sistema de anticipos igualitarios, de manera que todos los socios trabajadores perciban mensualmente la misma cuantía, siempre en función de los rendimientos obtenidos, en el que la única variación de las percepciones dependiera del número de horas trabajadas, ajustándose al criterio de proporcionalidad con la actividad cooperativizada. En cambio, en sociedades de mayor dimensión, con varios centros, serían más aconsejables fórmulas de fijación de los anticipos a través de un sistema de valoración de la prestación de trabajo. Ciertamente, este modelo retributivo resulta más complejo al incluir variables retributivas en función de las tareas realizadas: establecimiento interno de una clasificación profesional de los socios trabajadores en función del tipo de actividad desarrollada y de su eficacia y rendimiento; asignación de un índice a cada uno de los factores de la actividad que se valora y se materializa en una expresión cuantitativa, llegando al resultado final de la suma que será el índice profesional retributivo de cada persona socia dependiendo de las horas trabajadas.

Finalmente, por lo que se refiere al devengo de los anticipos societarios, existe uniformidad de criterio en las legislaciones cooperativas, salvo algunas excepciones<sup>91</sup>. Con la previsión de que los anticipos deben hacerse efectivos mediante devengo periódico "*en plazo no superior a un mes*" se cumple la función

<sup>89</sup> STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2014 (Rec. 213/214); STSJ de Navarra de 8 de febrero de 2010 (Rec. 3/2010).

<sup>90</sup> STS de 21 de noviembre de 2011 (Rec. 4419/2010).

<sup>91</sup> Leyes de Cooperativas de Cataluña, Navarra y la Comunidad Valenciana.

instrumental de facilitar a la persona socia trabajadora la ventaja mutualística de forma fraccionada, sin tener que esperar a la determinación de los resultados del ejercicio. Con ello, una parte de las presuntas ganancias se abonan corrientemente “*para subvenir a sus necesidades ordinarias*”<sup>92</sup>. La adecuación de esta regla obedece a que se trata de percepciones que reciben las personas socias como contraprestación por su trabajo personal, de modo que sería difícilmente admisible que su devengo y abono se hiciese con una periodicidad que no les permitiese atender lo que se considera ingreso normal para hacer frente a su economía personal. Pero se insiste en que esta obligación de abono periódico no significa que los anticipos constituyan un derecho incondicionado como el salario, pues, por un lado, a diferencia de éste, puede pactarse el aplazamiento de su percepción por los órganos internos de la SCT<sup>93</sup>; y por otro lado, su devengo se supedita a la existencia de excedentes netos, pudiendo verse afectado cuando el resultado económico de la empresa resulta deficitario<sup>94</sup>.

## **5. LA RELACIÓN DE COTIZACIÓN DE LA PERSONA SOCIA Y SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO**

### **5.1. La condición de “*asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena*”**

La conformación de un determinado modelo retributivo en el seno de las SCT trasciende a la relación de cotización de las personas socias trabajadoras, comprometidas como otros prestadores de trabajo, al sostenimiento del sistema de Seguridad Social; de ahí la necesidad de clarificar el contenido y naturaleza de las percepciones económicas por su participación en la actividad cooperativizada, con la finalidad de determinar su sometimiento o no a las normas generales de cómputo establecidas por la normativa de la Seguridad Social, así como conocer la posible repercusión de las reglas de cotización sobre el diseño de dichas retribuciones. A estos efectos se plantean algunos interrogantes, aunque para su adecuado abordaje conviene realizar un apunte previo sobre las particularidades de la relación de las personas socias trabajadoras de este tipo de cooperativas como sujetos incluidos en el sistema de Seguridad Social.

La complejidad que alberga la naturaleza jurídica societaria de la relación de la persona socia de las SCT ha determinado su tratamiento específico en el ámbito de la Seguridad Social (Preámbulo del Real Decreto 1043/1985, de 19 de

<sup>92</sup> STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2015 (Rec. 7108/2015).

<sup>93</sup> STSJ de Madrid de 21 de junio de 2013 (Rec. 692/2013).

<sup>94</sup> STSJ de Cantabria de 31 marzo de 2009 (Rec. 182/2009); STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 27 de febrero de 2009 (Rec. 19/2008); STSJ de Asturias de 31 de marzo de 2006 (Rec. 1688/2005).

junio, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado), respondiendo a la evolución tortuosa y confusa, carente de criterios unitarios y decididos por parte del legislador<sup>95</sup>. La Ley General de Seguridad Social de 1966 incluyó inicialmente en el sistema a los socios trabajadores de cooperativas de producción, articulando un régimen especial que no se desarrolló reglamentariamente. Posteriormente, la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, estableció la posibilidad de optar a los socios de cooperativas de trabajo asociado a estar incluidos en el Régimen especial de trabajadores autónomos o en el Régimen general o algunos de los Regímenes especiales de la Seguridad Social de acuerdo con su actividad, opción que después fue recogida por las posteriores modificaciones de la Ley General de Seguridad Social (art. 14.1 del actual texto legal).

La relación de Seguridad Social de las personas socias trabajadoras se somete así a un régimen particular, en cuanto se permite de forma excepcional el encuadramiento alternativo en un sistema de pertenencia obligatoria. A diferencia de otros colectivos integrados en el sistema que no prestan su trabajo en régimen de dependencia, en el encuadramiento de este colectivo se prescinde totalmente de los caracteres de la prestación de servicios a realizar, quedando la decisión de su afiliación a uno u otro Régimen al arbitrio de la propia cooperativa a través de sus Estatutos<sup>96</sup>. Además, es distinta la condición con la que acceden en uno y otro caso al sistema, pues si bien en el RETA lo hacen propiamente como *“personas trabajadoras autónomas”*, en cambio, cuando se trata del RGSS o RESS, lo hacen como *“asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena”*; opción se rige por un principio de solidaridad, al alcanzar a todos los socios trabajadores de la SCT<sup>97</sup>.

Como dato previo, conviene recordar que el Derecho de la Seguridad Social no tiene elaborado un concepto de trabajador por cuenta ajena, a pesar de que tal sujeto de derecho tiene una gran importancia en la delimitación del campo subjetivo de aplicación. Aunque su concepto se extrae del fijado en el Derecho laboral individual (art. 1.1. ET), esta referencia se toma con las cautelas oportunas, pues cuando el art. 7 1.c) LGSS incluye a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, parte de la premisa de que la relación entre los primeros y la segunda no es de naturaleza laboral: *“sin que el encuadramiento altere la naturaleza societaria reconocida en la Ley de Cooperativas”*<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Olarte Encabo, S.: “Sociedades cooperativas de trabajo asociado y trabajo a tiempo parcial: la adaptación de las normas de Seguridad Social”. Temas Laborales núm. 64/2002, pág. 175.

<sup>96</sup> STS de 29 de enero de 1997 (RecUd: 2557/1995).

<sup>97</sup> Gómez Caballero, P.: “La adaptación de las normas de la Seguridad Social al trabajo a tiempo parcial en las sociedades cooperativas de trabajo asociado (a propósito del RD 1278/2000, de 30 de junio)”. Revista Trabajo. Universidad de Huelva núm. 8-9, 2000, pág. 91.

<sup>98</sup> STS de 10 de diciembre de 2013 (Rec: 3201/2012).

Cuando la SCT opta por el encuadramiento en el RGSS o en uno los RESS, la incorporación se realiza a través de la técnica de la “*asimilación*”, en virtud de la cual se atribuye a los integrantes de un determinado colectivo la condición que anteriormente no tenían de sujetos protegidos<sup>99</sup>. Se produce así una “*integración*” por decisión del legislador de sujetos que no desarrollan una actividad profesional por cuenta ajena, concediéndoles el mismo tratamiento. En principio, dicha integración se produce a todos los efectos, pudiendo el Gobierno regular el alcance, términos y condiciones de dicha opción, aunque puede adaptar las normas a las peculiaridades de la actividad cooperativa (art. 14.4 LGSS). Por tanto, según lo establecido, le son aplicables las normas en materia de encuadramiento y de cotización del RGSS<sup>100</sup>.

En relación con los actos de encuadramiento, el art. 8 del RD 84/1996 establece expresamente que serán de aplicación “*en su integridad*” las normas reguladoras del correspondiente Régimen; por tanto, en iguales términos y condiciones que los aplicables al conjunto de los colectivos que formen parte de su campo de aplicación. Con respecto a las normas de cotización, no existe previsión expresa al respecto, pero se puede llegar a la misma conclusión a partir de la interpretación *a sensu contrario* del art. 14.3 LGSS, al establecer que no serán de aplicación las normas en materia de cotización y prestaciones del FOGASA, por lo que cabe deducir en principio que, salvo esta excepción u otras reglas adaptadas a la particularidad de este colectivo, se aplicará íntegramente el régimen jurídico relativo a la cotización.

## 5.2. Conceptos cotizables a los efectos de anticipo societario

En el objeto de la relación de cotización de la persona socia trabajadora rigen las reglas generales en orden a la aplicación de dos de los elementos estructurales de la relación (el tipo de cotización y la cuota); sin embargo, se plantea el interrogante sobre las reglas aplicables para la determinación de la “base de cotización”, pues ésta viene determinada por las retribuciones percibidas mensualmente. Concretamente la duda surge en torno a cuáles deben ser los conceptos cotizables, pues no se establecen al respecto reglas específicas en la normativa de la Seguridad Social, salvo las relativas a la cotización de socios trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial, en relación con la base mínima de cotización<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Hurtado González, L.: “Las técnicas de extensión del ámbito subjetivo de protección del Sistema español de Seguridad Social: La asimilación a trabajador por cuenta ajena”. En la obra colectiva *Constitución y proceso de trabajo. Balance y perspectivas de la Seguridad Social en España*. (Coord. Prados De Reyes, F.J.) Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, pág. 360.

<sup>100</sup> Real Decreto 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social y Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, respectivamente.

<sup>101</sup> Art. 41 de la Orden ESS/55/2018, de 26 de enero, por la que se desarrollan las normas legales

El legislador maneja un concepto totalizador de la base de cotización, sin tener como parámetro definidor la institución del salario; viene a establecer una concepción propia y específica, al indicar que abarca la “*remuneración total*” que tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o las que efectivamente perciba, de ser éstas superiores, por razón del trabajo, cualquiera que sea la forma o denominación de estas retribuciones, sin otras excepciones que las que corresponden a los conceptos retributivos excluidos (arts. 147 LGSS, 23.1 RD 2064/1995 y 1 Orden ESS/55/2018). Las reglas de cotización tienen un fuerte componente profesional, existiendo una relación muy directa entre la base de cotización y las retribuciones reales, de manera que comprende cualquier percepción, en dinero o en especie, tenga naturaleza salarial o no, siendo ajena a la denominación que las partes puedan atribuir a las distintas percepciones. Por tanto, a falta de previsiones específicas sobre la cotización de las personas socias de SCT asimiladas, la base de cotización estaría integrada por todas las remuneraciones obtenidas por éstos, calculados conforme a la participación del socio en la actividad cooperativizada. Precisamente, los conflictos se originan a la hora de identificar cuáles son los conceptos retributivos cotizables.

La primera cuestión apunta a la posible inclusión en la base de cotización de los retornos cooperativos, pues al igual que los anticipos societarios, son retribuciones que perciben las personas socias por su condición de persona socia trabajadora; como ya se indicó, los anticipos societarios son percepciones a cuenta de los retornos cooperativos<sup>102</sup>. Por consiguiente, consisten en dos formas de determinar su derecho a participar en los excedentes cooperativos: uno de manera anticipada y periódica y el otro al final, al acabar el ejercicio económico, cuando exista un beneficio disponible y repartible<sup>103</sup>.

La incertidumbre en torno a su inclusión en la base de cotización obedece en cierta medida a la confusión generada por la normativa fiscal, al considerar que los anticipos deben computarse como gastos deducibles a efectos del Impuesto de Sociedades, entendiéndose que no forman parte de los excedentes de la sociedad, a diferencia del retorno cooperativo (art. 2.8. Ley 20/1990, de Régimen Fiscal de Cooperativas). Asimismo, la Administración de la Seguridad Social mantuvo inicialmente la postura de que los retornos cooperativos no se computan en la base de cotización del RGSS, por considerar que no tienen carácter remuneratorio, sino lucrativo<sup>104</sup>; sin embargo, posteriormente, ha mantenido una línea de interpretación distinta, en atención al carácter totalizador de la base de cotización,

de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2018.

<sup>102</sup> STS de 15 de junio de 1992 (Rec. 1289/1991); STSJ de Galicia de 6 de febrero de 2004.

<sup>103</sup> Espín Sáez, M., op. cit. pág. 150.

<sup>104</sup> Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 18 de junio de 1993.

considerando que debe otorgarse el mismo tratamiento a las referidas retribuciones anuales. En este caso, por su carácter anual, se aplicarían las reglas recogidas en el art. 27 de la Orden de Cotización, referidas al cómputo de “*supuestos de abono de retribuciones con carácter retroactivo*”, que se lleva a cabo a través de una liquidación complementaria. A estos efectos, al tratarse de cantidades que se perciben una vez transcurrida la anualidad a que corresponden, se prorratearán en los doce meses del ejercicio anterior y se realizarán las liquidaciones mensuales complementarias conforme a la base y tipos que correspondan<sup>105</sup>.

La segunda cuestión que se plantea, pues ya se ha advertido sobre la disparidad de criterios para fijar la cuantía y estructura de los anticipos societarios en las distintas Comunidades Autónomas, es si la opción de encuadramiento que conlleva la asimilación de la persona socia a la persona trabajadora por cuenta ajena, obliga en cierta medida a que la SCT tenga que adoptar una fórmula retributiva que se aproxime lo más posible al régimen salarial, pues como se ha concluido en el apartado anterior, en principio, las SCT no tendrían por qué ajustar la cuantía ni su estructura a lo previsto en las normas laborales, legales o pactadas, salvo que la ley cooperativa haya importado un régimen igual o se haya remitido su regulación a la legislación laboral, el tratamiento de esta materia.

No falta doctrina autorizada que se muestra a favor de la alternativa de la acomodación de los anticipos a una estructura similar a la salarial, por considerar que la “asimilación” determinaría por sí misma la existencia de una determinada estructura del anticipo próxima a la configuración del salario, lo que supondría una cierta limitación a la autonomía societaria<sup>106</sup>. Incluso, en el plano puramente formal, la Orden que regula el modelo de recibo individual de salario<sup>107</sup>, en su exposición de motivos, establece que el modelo se ajusta a las exigencias de la normativa de la Seguridad Social (art. 142.2 LGSS), razón por la cual desde el punto de vista de la liquidación formal del anticipo societario, se podrían entender también aplicables las reglas propias del recibo de salario. De hecho, resulta frecuente que se expidan formalmente nóminas mensuales a los socios trabajadores, a los efectos de que estas sociedades cumplan la obligación impuesta de practicar las cotizaciones de la Seguridad Social y la retención fiscal sobre las retribuciones. En cualquier caso, sigue siendo ésta una cuestión abierta.

Ciertamente, las SCT de Comunidades Autónomas que han proyectado el orden laboral en este ámbito, desde el punto de vista de la gestión tendrán menos dificultades para aplicar, en el fondo y en la forma, las reglas de cotización establecidas (art. 147 LGSS, arts. 23 a 26 RD 2064/1995, arts. 1 a 3 Orden

<sup>105</sup> Contestación a la Consulta elevada a la Tesorería General de la Seguridad Social nº 19/2006, de 12 de enero de 2006, a través de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>106</sup> López Gandía, J.: *Cooperativas y Seguridad Social*. Bomarzo, Valladolid, 2017, pág. 45.

<sup>107</sup> ESS/2098/2014, de 6 de noviembre, por la que se modifica el anexo de la Orden de 27 de diciembre de 1994, por la que se aprueba el modelo oficial del recibo de salarios.

ESS/55/2018). Por el contrario, a las que no han recurrido a estas magnitudes laborales para la fijación de los anticipos, les resultará más complicado, sobre todo, cuando se haya abonado un importe inferior a la base mínima de cotización, o una retribución global en la que no se distinguen conceptos cotizables y no cotizables.

La normativa de Seguridad Social es clara cuando establece que la suma de las retribuciones computables para obtener la base de cotización está sujeta a unos límites mínimo y máximo que establece anualmente la Ley de Presupuestos Generales del Estado *“con independencia del número de horas que trabajen o realicen su actividad los sujetos por los que exista obligación de cotizar, salvo cuando éstos se encuentren vinculados por contratos de trabajo o incursos en una relación jurídica conexa con el trabajo, respecto de los cuales, por disposición legal se establezca expresamente otra cosa”* (art. 9.2.2º LGSS). Y añade a estos efectos, que si estas retribuciones no superan las cuantías mínimas fijadas por la Ley *“para cada grupo de categorías profesionales o actividades en cada ejercicio económico, en relación con las contingencias y situaciones protegidas por el Régimen en que resulten aplicables”*, será de aplicación dicha base mínima (art. 9.2.3º LGSS); y en los mismos términos se aplicarán las reglas sobre tope mínimo, referidas a la cuantía del SMI vigente en cada momento, incrementado por el prorrateo de las percepciones de vencimiento superior al mensual percibido (arts. 148 LGSS y 25.3 RD 2064/1995). Con lo cual, sin el establecimiento de normas específicas para los sujetos asimilados (a salvo de los que prestan trabajo a tiempo parcial) que permitan ajustar la cotización al importe de los anticipos realmente percibidos que no alcancen los límites establecidos, parece que se está admitiendo la disociación entre las retribuciones de las personas socias trabajadoras y la base de cotización, ya que como normas de orden público, se justifica la exigencia de la aplicación de las bases mínimas y máximas para garantizar un nivel de protección social adecuado, a pesar de que no se correspondan con lo efectivamente percibido.

En el supuesto de las personas socias trabajadoras que desempeñen su trabajo a tiempo parcial sí existe esa acomodación a las bases mínimas de cotización (art. 41 Orden ESS/55/2018). Se trata con ello de adecuar la cotización a la situación real de estas personas, incluidas en este RGSS o en los RESS de la Minería o del Mar, determinándose la base de cotización en función de la remuneración que perciban por las horas de actividad cooperativa, de modo que pueden obtener una reducción en la cotización acorde con su tiempo de trabajo<sup>108</sup>.

Por último, en relación con la estructura de conceptos cotizables, se plantea otro interrogante en cuanto al alcance de las reglas de cotización sobre los

<sup>108</sup> A estos efectos, la LGSS se remite para calificar la actividad como parcial al art. 12.1 ET: *“Cuando las horas de trabajo al día, a la semana, al mes o al año, sean inferiores al 77 por 100 de la jornada a tiempo completo fijada en el convenio colectivo aplicable de aplicación (se entiende el del sector de actividad y ámbito geográfico de la cooperativa), o, en su defecto, de la jornada laboral ordinaria máxima legal”*.

anticipos societarios, pues la estructura y contenido de estas retribuciones no se acomoda a la estructura prevista para los trabajadores por cuenta ajena. A este respecto, resulta problemático, por ejemplo, el cómputo de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, teniendo en cuenta que éste no es un concepto retributivo que se reconozca automáticamente, sino que se reconoce por los órganos internos de las cooperativas, en el marco de la normativa específica de referencia, problema que puede extrapolarse con similar apreciación sobre otros complementos retributivos.

En suma, aunque no exenta de dificultad, corresponde determinar a la SCT cuáles son los conceptos que deben integrar la base de cotización de sus miembros, previo encuadramiento en los grupos de cotización y declarando la cuantía de los anticipos societarios y otros derechos económicos percibidos, sin incorporar aquellas otras percepciones económicas que como consecuencia de su participación en la actividad cooperativizada pueda considerarse excluida de cotización de conformidad con lo establecido en el art. 147.2 LGSS. Esto no significa que la condición de “*asimilado*” del socio trabajador por sí misma determine una concreta estructura del anticipo societario próxima a la configuración de la retribución del trabajador por cuenta ajena<sup>109</sup>.

## CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto, a pesar de que la idea del legislador ha sido la de establecer una regulación propia y específica relativa al trabajo asociado, para evitar la confusión entre las figuras de la persona socia de SCT y persona trabajadora por cuenta ajena, siguen planteándose problemas a la hora de su delimitación, circunstancia propiciada por la propia normativa cooperativa, que ha acudido a la norma laboral para regular total, o parcialmente, algunas de sus instituciones. En este contexto, caracterizado por la disparidad de modelos autonómicos en el tratamiento de los aspectos vinculados a la prestación de trabajo, cobra especial significación el tratamiento jurídico de los derechos económicos de las personas socias trabajadoras. También, aunque con menor intensidad, la vis atractiva de las normas reguladoras del salario influye en la ordenación de los anticipos societarios, pero sin que la existencia de similitud instrumental entre ambas tipologías de retribuciones puedan albergar dudas sobre la naturaleza de los anticipos societarios, de carácter netamente societario.

En materia de Seguridad Social, el carácter de norma de orden público otorga un contenido no siempre preciso a la condición de persona socia asimilada, que condiciona la relación de cotización para aplicar íntegramente las reglas generales, generando distorsiones por su falta de adecuación a las particularidades de un

<sup>109</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: *Cooperativas y Seguridad Social*, op. cit. pág.47.

colectivo que no encaja en los estándares de la figura a la que se asimila. Aunque dicha asimilación no determina que la SCT tenga que seguir los patrones laborales para configurar internamente los anticipos societarios, el sometimiento a los límites que impone la ley a las personas socias trabajadoras como sujetos obligados al sostenimiento del sistema, condiciona en buena medida su regulación.

Quizás el modelo ideal de trabajo asociado sea al que disponga de su propio sistema legal de protección amparado por el derecho cooperativo, que implique reconocer la autonomía y flexibilidad que deben ostentar las personas cooperativistas para decidir cómo gestionar la sociedad y como regular su participación en la actividad económica y los derechos que la hacen posible. Para ello debe llevarse a cabo una gestión eficiente y participativa, regulando la constitución de reservas que aseguren la solvencia de la empresa, y a la vez garanticen una remuneración estable y suficiente a las personas socias por su trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *Nuevas manifestaciones del cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Álvarez Alcolea, M.: “La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción”, RPS núm 107/1975, pp. 73 a 122.

COSTAS COMESAÑA, J.: “Cooperativas de trabajo asociado”. En la obra colectiva *Tratado de Derecho de Cooperativas* (Dir. Peinado Gracia, J.I.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE NIEVES NIETO, N.: *Cooperativas de Trabajo Asociado: Aspectos jurídico-laborales*. CES, Madrid, 2005.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios-cooperativistas”. *Revista de Derecho Social*, núm. 49/2010.

ESPÍN SÁEZ, M.: *El socio trabajador. Criterios para sistematizar la realidad del autoempleo colectivo*. CES, 2000.

FAJARDO GARCÍA, G.: “Naturaleza jurídica de la realización entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio-trabajador”. En la obra colectiva *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores* (Dir. Fajardo García, G.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 37/2014.

- “El concepto de cooperativa de trabajo asociado. Objeto social y principales características”. En la obra colectiva *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GÓMEZ CABALLERO, P.: “La adaptación de las normas de la Seguridad Social al trabajo a tiempo parcial en las sociedades cooperativas de trabajo asociado (a propósito del RD 1278/2000, de 30 de junio)”. Revista Trabajo. Universidad de Huelva núm. 8-9/ 2000.

HURTADO GONZÁLEZ, L.: “Las técnicas de extensión del ámbito subjetivo de protección del Sistema español de Seguridad Social: La asimilación a trabajador por cuenta ajena”. En la obra colectiva: *Constitución y proceso de trabajo. Balance y perspectivas de la Seguridad Social en España*. (Coord. Prados De Reyes, F.J.) Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991.

LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- “Las cooperativas y la descentralización productiva de la huida del derecho del trabajo a la huida de los Trades”. En la obra colectiva *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz* (Coord. Blasco Pellicer, A.A.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- *Cooperativas y Seguridad Social*. Bomarzo, Albacete, 2017.

MERCADER UGUINA, J.: “Contrato de trabajo y contrato de sociedad: una larga historia de encuentros y desencuentros”. Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 172/2015.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Las cooperativas como forma alternativa de creación de puestos de trabajo: el empleo cooperativo entre mitos y realidades”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social núm. 37/2014.

MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ; L.A.: “La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social núm. 37/2014.

MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado”. En la obra colectiva *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*. Tecnos, Madrid, 1980.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid 2017.

MORGADO PANADERO, P.: *Economía Social y Cooperativa*. Lex Nova, Valladolid, 2006.

OLARTE ENCABO, S.: “Sociedades cooperativas de trabajo asociado y trabajo a tiempo parcial: la adaptación de las normas de Seguridad Social”. Temas Laborales, núm. 64/2002.

ORTIZ LALLANA, M.C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*. Bosch, Barcelona, 1989.

PEDRAJAS PÉREZ, F. y PRADOS DE REYES, F.J.: “Notas sobre la caracterización jurídico-laboral de los servicios prestados por el socio-empleado”. Revista de Trabajo núm. 52/1975.

SANTIAGO REDONDO, K.M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*. Ibidem, Madrid, 1998.

SERVENT VIDAL, M.J.: “Derechos y obligaciones de la persona socia trabajadora de la cooperativa de trabajo asociado en la ley. En la obra colectiva *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores* (Dir. Fajardo García, G.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

VALDÉS DAL-RE, F.: “Notas sobre el nuevo régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado”, REDT núm. 1/1980.



# LA NECESARIA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL AL EMPRESARIO: UN ANÁLISIS LABORAL Y PREVENTIVO

PABLO LÓPEZ ROLDÁN

*Profesor Máster Prevención de Riesgos Laborales. Doctorando*  
Universidad de Córdoba

**EXTRACTO** **Palabras Clave:** Maternidad, estado biológico; comunicación del embarazo; derecho fundamental

El estudio pretende ofrecer un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la comunicación del embarazo o lactancia natural de la trabajadora al empresario y cómo repercute este acto en la protección del empleo y en la puesta en marcha de la acción preventiva y protectora de la maternidad. Así, en materia de protección del empleo, el acto de comunicación no es necesario que se produzca para evitar la nulidad de un despido, existiendo un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas o lactantes. El TC dispensa a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada. En materia preventiva, el conocimiento por parte del empresario es fundamental para garantizar la efectiva protección de la maternidad en el ámbito laboral, puesto que es la única forma de adoptar medidas preventivas específicas que protejan no sólo la salud de la mujer, sino la del embrión primero y la del feto e hijo después. Sin embargo, el deber preventivo empresarial no surge desde el momento en el que la trabajadora comunique su estado biológico, sino que la LPRL exige la adopción inmediata de medidas preventivas sobre la situación de embarazo, que puede ser desconocido por el empresario, e incluso por la madre.

**ABSTRACT** **Key Words:** Maternity protection; known biological state; pregnancy, communication, fundamental right

The study aims to provide a normative, doctrinal and jurisprudential analysis on the pregnancy or breastfeeding communication from the worker to the employer and how this act affects on the protection of employment and the start-up of the preventive and protective action of maternity. Thus, in terms of employment protection, the act of communication doesn't need to occur to avoid the nullity of a dismissal, there being a mechanism of enhanced guarantee in the guardianship of pregnant or lactating workers. The TC exempts the worker from a test that can sometimes be enormously complicated. In preventive matters, knowledge on the part of the employer is essential to ensure effective protection of maternity in the workplace, since it is the only way to take specific preventive measures that protect not only the health of the woman, but also that of the embryo first and that of the fetus and son later. However, the business preventive duty does not arise from the moment in which the worker communicates its biological status, but the LPRL requires the immediate adoption of preventive measures on the situation of pregnancy, which may be unknown by the employer, and even by the mother.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ESTADO BIOLÓGICO CONOCIDO
3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL
  - 3.1. Comunicación del embarazo y la lactancia natural vs despido de la trabajadora
  - 3.2. La carga de la prueba
4. LA ACTUACIÓN PREVENTIVA EMPRESARIAL FRENTE A LAS SITUACIONES DE MATERNIDAD
  - 4.1. La comunicación del embarazo y la lactancia natural y el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo
  - 4.2. Propuestas preventivas para afrontar la problemática
5. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Para garantizar el cumplimiento del deber empresarial de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales —establecido en el art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)—, el empresario deberá tener constancia de todas las particularidades del personal a su cargo, al objeto de poner en funcionamiento su actividad preventiva y evitar posibles daños a la salud como consecuencia del trabajo realizado. En el supuesto de la mujer trabajadora embarazada o durante la lactancia natural, es fundamental que el empleador —y el servicio de prevención de riesgos laborales de la empresa— conozca el estado biológico en el que se encuentra la mujer, pues será la única forma de adoptar medidas preventivas específicas que protejan no sólo la salud de la mujer, sino la del embrión primero y la del feto e hijo después. El objetivo es que el empresario pueda cumplir con sus obligaciones legales —entre otras, realizar la evaluación de riesgos laborales del puesto que ocupa la mujer conforme a lo establecido en los arts. 16 y 26 LPRL—, de forma que se puedan evitar o minimizar los daños derivados del trabajo.

El empresario podrá tener constancia del embarazo o la lactancia de la mujer a través de diferentes vías: 1) Comunicación directa —verbal o por escrito— de la trabajadora o de terceras personas, en la que se manifieste su estado biológico y el estado de la gestación. Entendemos que el medio escrito es el más adecuado desde el punto de vista probatorio y de seguridad jurídica, respecto a un posible incumplimiento empresarial de la acción protectora de la maternidad<sup>1</sup>. En este sentido, es recomendable que el escrito vaya acompañado de un certificado

<sup>1</sup> Garrigues Jiménez, A., “La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social”, *Consejo Económico y Social de España*, Madrid, 2004, pp. 56-57.

médico del facultativo que supervise el embarazo<sup>2</sup>. Esta comunicación deberá ir dirigida al empleador o a los responsables de la prevención de riesgos laborales de la empresa, ello en función de la modalidad preventiva escogida; y 2) Comunicación indirecta: conocimiento empresarial por cualquier otro medio o manera, entre el que se encuentra el momento a partir del que será perceptible, por el inevitable aumento del abdomen o bien que el hecho del embarazo sea conocido en el centro de trabajo. Este último hecho será necesario que quede probado, puesto que no es suficiente que la trabajadora lo hubiera comunicado a sus compañeros, sino que debe quedar claro que sea una noticia de público conocimiento por parte de los responsables de la empresa, no bastando el argumento de que personas con cargo en la organización tuvieran noticias del embarazo<sup>3</sup>. En definitiva, cualquier medio puede ser válido siempre que así le conste al empresario de manera fehaciente<sup>4</sup>. Otros autores van más allá y estiman que debido a la importancia de los intereses objeto de protección, si existiera la sospecha del embarazo de la mujer trabajadora, el empresario deberá realizar las gestiones necesarias para confirmar o desmentir la situación y proceder en consecuencia<sup>5</sup>.

No podemos olvidar que la situación de embarazo o la lactancia de la mujer trabajadora forma parte de su intimidad personal y se encuentra recogido como un derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución Española (CE) (derecho a la intimidad personal y familiar) y como un derecho de los trabajadores recogido como tal por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), en su art. 4.2.e); por ello, es necesario alcanzar un adecuado equilibrio entre la garantía del cumplimiento de este derecho fundamental y la protección de la seguridad y salud de la mujer embarazada y la de su descendencia.

## 2. ESTADO BIOLÓGICO CONOCIDO

En la normativa europea, el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con

<sup>2</sup> Solé Gómez, M.D., et al, “Nota Técnica de Prevención (NTP) 959: La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales”, *Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo* (INSST), 2012, p. 3.

<sup>3</sup> STC 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003) (F.J. 6).

<sup>4</sup> Sánchez Trigueros, C., “El riesgo durante el embarazo (Régimen Laboral y de Seguridad Social)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 54, 2004, p. 190; Pérez del Río, M.T., Ballester Pastor, “Mujer y salud laboral”, *Wolters Kluwer*, 1999, pp. 62-63.

<sup>5</sup> Mella Méndez, L., “Situación de riesgo durante el embarazo. Aspectos laborales y de seguridad social”, *Aranzadi Social*, 5/1999, pp. 1211-1222.

arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), define a la trabajadora embarazada como “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”; estableciendo idénticas definiciones para la “trabajadora que ha dado a luz” y la “trabajadora en periodo de lactancia”. Es decir, el legislador europeo introduce el matiz de la comunicación de su estado biológico –embarazo, parto reciente o lactancia– al empresario sin el que no cabe concebir a la mujer trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en situación de lactancia. Esta comunicación no es un requisito meramente formal, sino que le atribuye una eficacia constitutiva de las obligaciones empresariales con relación a la protección de la maternidad, en la medida en que la incluye en la definición de los sujetos protegidos<sup>6</sup>. Además, el objetivo último de esta obligación de comunicación no es sólo la protección de la salud de la mujer embarazada y la de su feto, sino la protección de su empleo, puesto que esa comunicación hace que se “ponga en marcha el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba debiendo el empresario, en caso de despido, de no contratación o de no renovación, justificar que su comportamiento se debe a hechos no relacionados con el estado de la mujer, debiendo alegar por tanto otra causa que sea justa y objetiva”<sup>7</sup>.

En cuanto a las “legislaciones y/o prácticas nacionales”, son interesantes las conclusiones contenidas en el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, en el que se afirma que la mayoría de los Estados miembros no definen el concepto de trabajadora embarazada; y a diferencia de España, la puesta en marcha del mecanismo preventivo empresarial de la mayor parte de los Estados miembros, “requiere que la trabajadora informe a la empresa de su embarazo, o del hecho de que ha dado recientemente a luz o que está amamantando, y el plazo de protección no comienza hasta que se haya hecho”. El informe explícitamente determina que “en España, la trabajadora cuya empresa tiene constancia de su embarazo, aun cuando no se le haya informado oficialmente al respecto, queda automáticamente al amparo de la normativa de maternidad”<sup>8</sup>. En este sentido, debe quedar claro que la obligación del empresario de adoptar medi-

<sup>6</sup> Sánchez Castillo, M.M., “La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo”, *Bomarzo*, 2009, p. 82.

<sup>7</sup> Castellano Burguillo, E., “Igualdad de trato entre hombres y mujeres: concepto de trabajadora embarazada”, *Temas Laborales*, 96/2008, p. 261.

<sup>8</sup> Comunicación COM (1999) 100 final, de 15/03/1999. Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, p. 7. Se trata de un documento interesante desde el punto de vista del Derecho Comparado que nos permite establecer analogías y diferencias entre los diferentes sistemas preventivos de la mujer trabajadora embarazada en la Unión Europea. Plantea que hay grandes discrepancias y diferencias entre los Estados miembros en cuanto a la obligación de informar a la empresa, estableciendo una cuestión general: si es evidente que la mujer está embarazada pero no lo ha comunicado formalmente al empresario, queda excluida del ámbito de la Directiva, aunque en la práctica éste tenga constancia del embarazo. Continúa el informe determinando que la Comisión reflexionará para hallar una solución a este problema.

das preventivas, no surge desde el momento en el que la trabajadora comunique su estado biológico, como así han establecido algunos Estados miembros, en clara contravención de la Directiva<sup>9</sup>.

La transposición de esta Directiva al Derecho español se efectuó principalmente por la LPRL (art. 26) y por el Real Decreto 298/2009, sobre todo en lo concerniente a los Anexos I y II de la Directiva: “Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo”<sup>10</sup> (mencionada en el art. 4) y “Lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo” (mencionada en el art. 6)<sup>11</sup>.

En el ámbito internacional, la Recomendación núm. 95 de la OIT sobre la protección de la maternidad, hace referencia en su art. 4.1 al periodo antes y después del parto, durante el cual es ilegal para el empleador despedir a una mujer, mencionando que tendrá constancia del mismo por medio de un certificado médico.

En la legislación española, el estado biológico conocido se menciona en el art. 25 LPRL (Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos), en el que se determina que “El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, (...) sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”. Estos trabajadores no serán empleados en puestos en los que debido a su estado biológico conocido puedan exponerse a situaciones de peligro a nivel personal o hacia el resto de trabajadores.

Centrándonos en el contenido del art. 26 LPRL –protección de la maternidad–, el legislador no incluyó el requisito de la comunicación como una condición *sine qua non* para el despliegue de toda la acción preventiva del empresario. Ello no significa que se produzca un incumplimiento de la Directiva por la normativa interna, puesto que remite a las legislaciones y/o prácticas nacionales la configuración de esta comunicación. En este sentido, entendemos que no es necesaria una comunicación formal del estado biológico, pudiendo ser la misma bajo distintas modalidades. Al contrario, se produce una mejora sustancial con respecto al requisito de la comunicación, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida

<sup>9</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (COM (1999) 100 1 C5-0158/1999 1999/2151(COS)).

<sup>10</sup> El Anexo I fue modificado por la Directiva 2014/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) n° 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

<sup>11</sup> Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL), “superando los niveles mínimos de protección” y la STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000)<sup>12</sup>. Igualmente las modificaciones de este precepto efectuadas por la LCVFL y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), no incluyeron la obligación de la comunicación por parte de la trabajadora<sup>13</sup>. Por tanto, se deduce que “al omitir esta definición, se ha de entender que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85”<sup>14</sup>. Además, cualquier exigencia a la trabajadora podría ser calificada de atentatoria a la dignidad de la mujer embarazada e incluso contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional que en ningún momento ha exigido esa comunicación<sup>15</sup>.

Desde un punto de vista exclusivamente preventivo, se debe plantear la siguiente cuestión: *¿está obligada la trabajadora a comunicar su embarazo al empresario en base a la protección de la seguridad y salud personal y la de su feto?* Hay casos en la bibliografía que defienden que esta obligatoriedad debe estar justificada únicamente por razones preventivas, pero no por cualquier otro motivo empresarial. Es decir, se plantearía una excepción a la norma general de no obligatoriedad y siempre que: 1) el empresario haya cumplido con su obligación de evaluar los riesgos, y que de tal evaluación se hayan desprendido datos que permitan entender la existencia de un riesgo real o potencial para la madre o el feto; y 2) haya comunicado tal información a la trabajadora. En estos casos, entienden que hay un motivo por el que la trabajadora está obligada a comunicar su embarazo al empresario<sup>16</sup>.

El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) va más allá y es más preciso, recomendando esta comunicación en los siguientes casos<sup>17</sup>:

- a) Preconcepción: si la trabajadora tiene intención de quedarse embarazada y su trabajo implica la manipulación de agentes que puedan producir malformaciones congénitas, deberá saber que el riesgo es máximo entre la 3ª y 8ª semana de gestación. Por ello, teniendo en cuenta que un retraso

<sup>12</sup> Interesante defensa sobre este asunto realiza Sánchez Castillo, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pp. 83-84.

<sup>13</sup> En este sentido, Mella Méndez, L., “Situación de riesgo...”, op. cit., pp. 1211-1222, critica el desaprovechamiento de la reforma del art. 26 LPRL, en el que, al menos, se debería haber incluido la necesidad de que la trabajadora “informe cuanto antes al empresario sobre su situación, a efectos de la inmediata evaluación de los riesgos y, en su caso, adopción de las medidas protectoras correspondientes que puedan evitar la irreversibilidad de posibles daños tanto para la madre como para el hijo”.

<sup>14</sup> STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) (F.J. 6º).

<sup>15</sup> SSTC 41/2002 de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002) y 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003).

<sup>16</sup> Fabregat Monfort, G., “¿Obligación de comunicar el embarazo? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de Febrero del 2003. C-320/2001. Busch contra Klinikum Neustadt GmbH -Co. Betriebs- K)”, *Derecho Social*, 24/2003, p. 105.

<sup>17</sup> Solé Gómez, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915: Embarazo, lactancia y trabajo: vigilancia de la salud”, *INSST*, 2011, p. 3.

de 7 días significa que la mujer se halla en la 3ª semana de gestación, la comunicación por parte de la trabajadora de su intención de quedar embarazada o la determinación de la gonadotrofina coriónica en sangre a los 2-3 días de retraso podrían considerarse como elementos para poner en marcha las medidas preventivas oportunas.

- b) Sospecha de embarazo: si la trabajadora, con ciclos menstruales regulares y espontáneos, tiene un retraso de diez días, deberá ponerlo en conocimiento del empresario, en función de los factores de riesgo presentes en el lugar de trabajo.
- c) Embarazo: sería recomendable que lo comunicara cuando tuviera la confirmación del embarazo por los diferentes medios que puedan identificarlo, normalmente por determinación en orina de la gonadotrofina coriónica.
- d) Postparto: sería aconsejable que el empresario tuviera constancia cuando la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo antes de la finalización de las catorce semanas posteriores al parto, o las que le pudieran corresponder en los casos de parto múltiple.
- e) Lactancia materna: si la trabajadora, durante la lactancia materna pudiera amamantar a su hijo o extraerse la leche en el lugar de trabajo, sería recomendable que lo comunicara al empresario lo antes posible, para que se pudiese disponer de una sala habilitada al efecto.

No debe operar la obligatoriedad aun cuando su propósito fuera la protección integral de la mujer, de su feto o de su hijo, puesto que la acción preventiva empresarial no debe estar supeditada a la previa comunicación al empresario de la situación de embarazo o lactancia, hecho que no puede generar ningún tipo de duda. Es decir, el empresario debe actuar y poner en funcionamiento los mecanismos preventivos adecuados con independencia del conocimiento previo del embarazo de la trabajadora. Por tanto, la comunicación del embarazo no tiene carácter constitutivo ni se le puede exigir a la mujer para su tutela efectiva, siendo su valor “puramente instrumental”, debiendo “prevalecer, en principio, el derecho a la intimidad de la trabajadora”<sup>18</sup>. Sin embargo, a pesar de esta voluntariedad con carácter general, no podemos obviar lo aconsejable que es desde el punto de vista preventivo realizar esta comunicación a la mayor brevedad posible, todo ello en beneficio de la trabajadora y de su descendencia.

Llegados a este punto y ante la no obligatoriedad de comunicar el embarazo o la situación de lactancia por parte de la trabajadora, se plantean varios interrogantes:

- a) En primer lugar, *¿se produciría un incumplimiento sancionable de sus obligaciones?* En el art. 26 LPRL, no se exige expresamente a la trabajadora el deber de comunicar su embarazo o su situación de lactancia natural. Sin embargo, el art. 29.2.6º LPRL establece que “los trabajadores, con arreglo

<sup>18</sup> Benavente Torres, M. I., “El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo”, *Ediciones Laborum*, Murcia, 2016, p. 43.

a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán (...) cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores”. En el mismo sentido, el art. 29.2.4º LPRL determina que los trabajadores deberán “informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores”. Las resoluciones judiciales determinan que estos deberes de información y cooperación no pueden interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación<sup>19</sup>. Como ya se ha citado, la situación de embarazo o lactancia de la mujer trabajadora forma parte de su intimidad personal y se encuentra recogido y protegido como un derecho fundamental en el art. 18.1 CE (derecho a la intimidad personal y familiar). Por tanto, no existiendo obligación, tampoco puede haber un incumplimiento sancionable, puesto que, de lo contrario, se produciría una discriminación directa por razón de sexo<sup>20 21</sup>. Así pues, no se quebrantaría el art. 29.3 LPRL, que determina que “el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos (...) tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores”; una sanción por ocultar su estado biológico sería tan grave como despedirla por estar embarazada<sup>22</sup>. Esta es la línea argumental que tiene mayor consistencia jurídica y la que mayor refrendo jurisprudencial la avala, como se verá en el siguiente apartado. Por el contrario, hay un sector doctrinal que considera que la ocultación del embarazo puede tener la consideración de incumplimiento laboral, pudiendo ser sancionada la trabajadora por tal motivo. Entienden que podría llegarse incluso al despido por el quebrantamiento de la buena fe contractual y las órdenes empresariales<sup>23 24</sup>.

<sup>19</sup> STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) (F.J. 6º).

<sup>20</sup> Benavente Torres, M. I., “El riesgo durante...”, op. cit., pp. 43-44.

<sup>21</sup> Lousada Arochena, J.F., “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, *Actualidad Laboral*, 3/1998, p. 712.

<sup>22</sup> Nevado Fernández, M.J., “El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de seguridad social) (I)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 105/2001, p. 391.

<sup>23</sup> Entre otros, Gorelli Hernández, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995* (Coords. Ojeda-Avilés, A., Alarcón Caracuel, M.R., Rodríguez Ramos, M.J.), *Aranzadi*, 1996, pp. 189-254.

<sup>24</sup> Sobre ambas posiciones doctrinales realiza una descriptiva situación Pérez Campos, A.I., “Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL/2007, pp. 213-214.

b) En segundo lugar, *¿se produciría un quebrantamiento del deber de buena fe y por tanto un incumplimiento contractual?*<sup>25</sup> La buena fe contractual se debe entender como la actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes<sup>26</sup>. El art. 5 a) LET establece que los trabajadores tendrán el deber básico de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, estableciendo que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. (art. 20.2 LET)<sup>27</sup>. Asimismo, la doctrina del TS determina que “la buena fe, en su sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento”<sup>28</sup>. Es decir, para que se produzca una transgresión de la buena fe contractual, debe producirse un incumplimiento contractual sancionable, hecho que no se produce en nuestro supuesto<sup>29</sup>. Por ello, es claro que no existe ninguna infracción de la buena fe contractual por el hecho de que se omita la comunicación de la situación de embarazo, hecho que debe serle indiferente al empresario<sup>30</sup>. Siguiendo esta línea, *¿se produciría un incumplimiento del deber de lealtad (susceptible de justificar un despido) por no comunicar el embarazo al empresario?* Las resoluciones judiciales del TJUE estiman que su estado biológico pertenece al ámbito de la intimidad de las trabajadoras y que por tanto carece de obligatoriedad ponerlo en conocimiento del empresario, sin que se pueda justificar un despido por el quebrantamiento del deber de lealtad<sup>31</sup>. Asimismo, entendemos igualmente que la ocultación del embarazo o la lactancia natural al empresario no supone una ruptura del vínculo de confianza que debe presidir toda relación laboral<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> Art. 54.2.d) LET, despido disciplinario: incumplimiento contractual por la transgresión de la buena fe contractual.

<sup>26</sup> SSTs de 20/11/1989 (ROJ STS 6544/1989) y 26/02/1991 (rec. 33/1990).

<sup>27</sup> STC 4/1996 de 16 de enero (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1996) y STS de 19/07/2010 (rec. 2643/2009).

<sup>28</sup> STS de 15/06/2009 (rec. 2660/2004) (F.D. 1º). Citado igualmente en la STS de 19/07/2010 (rec. 2643/2009).

<sup>29</sup> STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) (F.J. 6º).

<sup>30</sup> Fabregat Monfort, G., “¿Obligación de comunicar el embarazo?...”, op. cit. pp. 105 y ss.

<sup>31</sup> STJCE de 04/10/2001, *Asunto Tele Danmark C-109/2000* (2001\265); STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09* (2010\339).

<sup>32</sup> Sánchez Castillo, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., p. 86.

c) Por último, ¿se activaría la acción protectora del empresario conforme al art. 26 LPRL? Esta sería la principal consecuencia de la inacción de la trabajadora, eximiendo al empresario de cualquier tipo de responsabilidad por no haber tomado medidas, que en principio no era necesario que adoptara. Sin embargo, si el embarazo es notorio, el empresario debe cumplir con sus obligaciones preventivas de acuerdo al art. 26 LPRL y actuar –si fuera necesario– aún en contra de la voluntad de la trabajadora<sup>33</sup>. Ello se traduce en la elaboración de la evaluación de riesgos laborales y la planificación de las medidas preventivas, adoptando en su caso las acciones necesarias, incluso adaptando las condiciones de trabajo<sup>34</sup>. Todo ello, sin perjuicio del nacimiento de las responsabilidades que puedan derivarse cuando esta trabajadora sufra una lesión, ya sea física o psíquica, pero sin que se pueda tener en cuenta el estado de embarazo<sup>35</sup>. La acción protectora empresarial no es una acción automática, sino que requiere del conocimiento previo del estado de embarazo de la trabajadora, por comunicación directa de la misma o porque el empresario tenga constancia del mismo. Así, la prueba del conocimiento del estado biológico es suficiente para que nazca la obligación y en su caso, la responsabilidad laboral y administrativa<sup>36</sup>.

Ahora bien, con independencia de que el empresario conozca esta información, el empleador no puede eludir su deber de protección general de los trabajadores especialmente sensibles (art. 25 LPRL), desplegando todo el sistema preventivo que le otorga la LPRL. Así, deberá aplicar los principios de la acción preventiva (art. 15 LPRL) eliminando o minimizando todos los riesgos que puedan afectar a la mujer embarazada y a su descendencia, evaluando aquellos que no hayan podido evitarse e implementando medidas preventivas para que no afecten a la salud de las trabajadoras o su descendencia<sup>37</sup>. En definitiva, el empresario deberá prevenir en la evaluación de riesgos –inicial o periódica– de cualquier puesto de trabajo, el hecho de que pueda ser ocupado circunstancialmente por una mujer embarazada o en situación de lactancia natural, suponiendo ello una mejora respecto a la Directiva 92/85/CEE que parte del supuesto

<sup>33</sup> Pérez Campos, A.I., “Salud laboral...”, op. cit. p. 213.

<sup>34</sup> STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) (F.J. 5º y 6º).

<sup>35</sup> García Viña, J., “La obligación del empresario de prevenir los riesgos físicos y psico-sociales en relación a la mujer embarazada. ¿Qué relación existe entre esta protección y el conocimiento del embarazo después de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio?”, *Aranzadi Social*, 14/2008, pp. 63-77.

<sup>36</sup> Cabeza Pereiro, J., “Maternidad y riesgos laborales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 17/2006, p. 244.

<sup>37</sup> INSST, “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, 2011, p. 11.

de hecho de embarazo, postparto o lactancia ya existentes. En cambio, el art. 26 LPRL exige medidas preventivas aunque no hubiese certeza de riesgo, sino probabilidad del mismo sobre la situación de embarazo de la mujer que puede ser desconocido por el empresario e, incluso, por la madre<sup>38</sup>; realizando a posteriori la evaluación de riesgos adicional cuando el empresario conozca la situación de embarazo de la trabajadora<sup>39</sup>. En otras palabras, la trabajadora sólo podrá beneficiarse de forma íntegra de la protección específica prevista en el art. 26 LPRL si informa de su embarazo o lactancia al empresario o el mismo tiene conocimiento previo del estado biológico de la trabajadora<sup>40</sup>. Lo que no puede generar ningún tipo de duda es que la acción preventiva empresarial no debe estar supeditada a la previa comunicación al empresario de la situación biológica concreta<sup>41</sup>.

Con relación a la responsabilidad empresarial ante la falta de adopción de medidas preventivas, la normativa determina que el incumplimiento del empresario ante estas obligaciones podrá constituir una infracción muy grave; concretamente tendrá esta calificación la no observación de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia. Asimismo, será igualmente una infracción muy grave la adscripción de trabajadores a puestos cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo<sup>42</sup>. En este sentido, parece que queda claro que si el empresario adscribe a una trabajadora embarazada a un puesto de trabajo incompatible con su estado biológico, cuando el mismo es conocido, podría cometer una infracción muy grave. Asimismo, si el empresario realiza esta adscripción –incompatible con su estado biológico– sin tener constancia del embarazo de la trabajadora, en principio, el empleador carecerá de responsabilidad, salvo que se evidencie que podía haber conocido el estado de la trabajadora por ser público y notorio<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Apilluelo Martín, M., “Avances legislativos y judiciales en la protección de la maternidad”, *Documentación Laboral*, 86/2009, p. 15.

<sup>39</sup> INSST, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., p. 16.

<sup>40</sup> Conde Colmenero, P., “La trabajadora embarazada y los riesgos laborales: entre la plena incorporación femenina al mercado de trabajo y las emergentes patologías profesionales”, Comunicación presentada en el *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla, 2011, pp. 11-12.

<sup>41</sup> Sánchez Castillo, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., p. 84. En referencia a Moreno Gené, J., Romero Burillo, A.M., “Maternidad y salud laboral”, *Tirant Lo Blanch*, 2000, p. 40. Similares argumentos expone Lousada Arochena, J.F., “La protección de...”, op. cit. p. 713.

<sup>42</sup> Art. 13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<sup>43</sup> García Viña, J., “La obligación del empresario...”, op. cit., pp. 63-77.

Por último, el Código Penal determina que los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, pueden cometer un delito contra los derechos de los trabajadores<sup>44</sup>. Se trata de un delito de difícil configuración, que obliga a acudir a la normativa laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo para comprender mejor su efectividad. Se castiga el poner en peligro la vida o salud de los trabajadores al no facilitar los medios para que ese colectivo desempeñe su actividad en condiciones adecuadas. Se deben producir tres elementos: 1) “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”; 2) la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales; y 3) la puesta en peligro grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores<sup>45</sup>.

Como situación específica, el art. 21.1 c) del Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, establece que la empresa externa deberá informar a las trabajadoras expuestas, antes de iniciar su actividad, sobre “la necesidad de efectuar rápidamente la declaración de embarazo y notificación de lactancia, habida cuenta de los riesgos de exposición para el feto, así como el riesgo de contaminación del lactante en caso de contaminación radiactiva corporal”. Asimismo, el art. 10 determina que se desplegará la acción protectora cuando la trabajadora comunique su embarazo o informe de su estado en caso de lactancia, todo ello en el marco de la protección especial durante el embarazo y la lactancia. En este sentido, el reglamento considera una infracción grave “incumplir las prescripciones relativas a embarazo y lactancia (...), una vez que la trabajadora haya comunicado su estado al titular de la práctica” (art. 69.2.b.7º)<sup>46</sup>. Es decir, en el supuesto de trabajadoras expuestas a radiaciones ionizantes, se plantea como una “necesidad” la comunicación de la trabajadora de su embarazo o de la situación de lactancia natural para que el empresario pueda desplegar toda su acción protectora. Hay que tener en cuenta que las radiaciones ionizantes constituyen un riesgo importante para toda la clase trabajadora en general y para la madre gestante o lactante en particular que no puede ser ignorado. El daño que causa la radiación en los órganos y tejidos depende de la dosis recibida, o dosis absorbida, pudiendo afectar al funcionamiento de órganos y tejidos, y producir efectos agudos tales como enrojecimiento de la piel, caída del cabello, quemaduras por radiación o síndrome de irradiación aguda. En el caso de mujeres embarazadas, la radiación ionizante puede

<sup>44</sup> Art. 316 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este caso, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

<sup>45</sup> Rillo Peralta, E., “El delito contra la seguridad y salud en el trabajo”, *Revista Técnico Laboral*, 144/2015, pp. 259-261.

<sup>46</sup> Normativa e información recogida en la ficha de riesgo “Agentes físicos AF1: radiaciones ionizantes”, *INSSST*, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., p. 77.

producir daños cerebrales en el feto tras la exposición prenatal aguda a dosis elevadas, debiendo adoptarse medidas preventivas y protectoras enérgicas para evitar que se produzcan daños derivados del trabajo<sup>47</sup> <sup>48</sup>. Por todo ello, el legislador atendiendo a la especial gravedad de este riesgo, y aunque no venga impuesto como un deber, considera fundamental que la mujer embarazada o lactante comunique su estado lo antes posible para adoptar las medidas preventivas o protectoras adecuadas<sup>49</sup>.

En la misma línea se pronuncia el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) que estima “imprescindible” que la trabajadora expuesta gestante, en cuanto tenga constancia de su embarazo, lo comunique al encargado de la protección radiológica del centro en el que trabaja y al responsable de la instalación radiactiva, con el objetivo último de proteger adecuadamente al feto<sup>50</sup>.

### 3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

#### 3.1. Comunicación del embarazo y la lactancia natural vs despido de la trabajadora

La protección de las trabajadoras embarazadas frente al despido es una garantía objetiva y automática (art. 55.5. b) LET), vinculada exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo. En estos supuestos, la cuestión central se halla en la determinación de la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

<sup>47</sup> Información publicada por la Organización Mundial de la Salud (OMS):

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs371/es/> (Consulta realizada 16/09/2018). Así, por ejemplo determina que cuando se produzca una emergencia nuclear, las embarazadas deben tomar pastillas de yoduro de potasio cuando así lo indiquen las autoridades competentes para proteger tanto su tiroides como el del feto. Cuando esté indicado, las mujeres lactantes también deben tomar pastillas de yoduro de potasio para protegerse a sí mismas y proporcionar al lactante yoduro de potasio con leche materna.

<sup>48</sup> El feto resulta especialmente vulnerable frente a las radiaciones ionizantes, puesto que su exposición conlleva riesgos específicos, como las malformaciones, que no se dan en la exposición de los seres ya nacidos. Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), *Protección de las trabajadoras gestantes expuestas a radiaciones ionizantes en el ámbito sanitario*, Madrid, 2003.

<sup>49</sup> Con relación a la exposición a radiaciones ionizantes de trabajadoras embarazadas, Lousada Arochena, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Tirant Lo Blanch*, 2014, pp. 350-351, citando la opinión manifestada por Jean Jacquain, que se cuestiona retóricamente si “¿puede un empleador no infringir la ley... si continúa exponiendo a radiaciones ionizantes a una trabajadora encinta de 8 meses que no le ha informado de su estado?”, “Protection de la maternité. L’execution de la directive européenne 92/85”, CGSP, Bélgica, 1995, pp. 8 y 9. En este sentido el autor expone que “si el empresario conoce el estado de la trabajadora –por ser notorio o conocerlo de otro modo distinto a la comunicación de la trabajadora–, la conclusión más lógica es que estará obligado a cumplir con la norma”.

<sup>50</sup> Información publicada por el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN):

<https://www.csn.es/proteccion-radiologica/trabajadores/trabajadoras-gestantes> (Consulta realizada 16/09/2018).

Los pronunciamientos judiciales sobre este asunto tienen su origen en la extinción del contrato de trabajo de la mujer embarazada o durante la lactancia natural, siendo la cuestión principal la calificación del despido de la trabajadora.

Así, a nivel comunitario, la STJCE de 04/10/2001, *Asunto Tele Danmark C-109/2000* (2001\265), determina en su apartado 24 que “la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado, puesto que este último no puede tenerlo en cuenta en el momento de la contratación”. Asimismo, estima que “si se admitiera dicha obligación de informar al empresario, se correría el riesgo de privar de efecto a la protección de las trabajadoras embarazadas establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, cuando el legislador comunitario ha deseado que dicha protección sea especialmente elevada”. En el mismo sentido se manifiesta la STJCE de 27/02/2003, *Asunto Busch C-320/2001*, en la que se estima que “puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta”. La STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09* (2010\339), justifica el carácter autónomo del concepto de trabajadora embarazada contemplado en la Directiva 92/85/CEE, en la que remite a las legislaciones y/o prácticas nacionales las modalidades de comunicación del estado de la trabajadora al empresario<sup>51</sup> 52.

La doctrina del TC –a partir de la STC 92/2008 de 21 de julio<sup>53</sup>– insiste en que la Directiva 92/85/CEE prevé expresamente la necesidad de comunicar el embarazo al empresario, a efectos de poder calificar a la mujer como “trabajadora embarazada” o en situación biológica análoga. Sin embargo, explica que el legislador español en su transposición al ordenamiento jurídico interno, omitió expresamente el requisito de la comunicación “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva. Por ello, para que se produzca la nulidad de un despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE (art. 55.5 LET), no es necesario el cumplimiento de este requisito, puesto que se trata de una garantía objetiva y automática, que otorga la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, en el supuesto de que el empresario desconozca el embarazo de la trabajadora en el momento de producirse el despido. Por tanto, se dispensa a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Se configura así

<sup>51</sup> Apartado 53. Similar argumento se expuso en la STJCE de 20/09/2007, *Asunto Kiiski C-116/06* (2007\237) (apartado 24). Véase Miranda Boto, J.M., “La Directiva 92/85/CEE como instrumento fundamental de protección de la mujer embarazada: jurisprudencia reciente”, en AA.VV., *Mujer, trabajo y Seguridad Social* (Dir. Borrajo Dacruz, E.) La Ley, Madrid, 2010, p. 722-724.

<sup>52</sup> Sobre la posición de la jurisprudencia comunitaria en esta materia, véase Gómez Caballero, P., “La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, 130/2015, pp. 187-193.

<sup>53</sup> (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008).

por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional<sup>54</sup>.

Los pronunciamientos iniciales del TS sobre esta cuestión establecían que el empresario debía tener conocimiento del embarazo para que en el supuesto de un despido, se pudiera alegar un posible trato discriminatorio<sup>55</sup>. No se exigía la comunicación del estado de embarazo al empresario –por parte de la trabajadora–, sino que bastaba con que éste tuviera constancia del mismo<sup>56</sup>, bien porque fuera apreciable a simple vista por el evidente aumento del abdomen o bien porque fuera conocido en el centro de trabajo<sup>57</sup>. Es decir, a diferencia de la doctrina que marcó la STC 92/2008, hubo una corriente jurisprudencial que determinó que el empresario debía conocer el embarazo de la trabajadora para poder declarar el despido nulo, en caso de que se produzca el mismo, hecho que no implica necesariamente la obligación de la mujer de comunicarlo al empresario.

Como se afirmaba en la STS de 12/03/2008 (rec. 1695/2007), “el supuesto para que un despido sea discriminatorio, es decir, causado o motivado por el embarazo de una trabajadora, es el conocimiento de dicho estado de gestación por parte del empresario que despide”. La sentencia ahonda más en esta tesis, afirmando que otra de las razones en las que se apoya que el conocimiento del empresario es requisito imprescindible es que debe producirse el principio de “seguridad jurídica” (art 9.3 CE), hecho que no sucedería en caso contrario.

Sin embargo, a raíz de la STS de 17/10/2008 (rec. 1957/2007), se produjo un cambio de doctrina respecto a la STS de 19/07/2006 (rec. 387/2005), en la que el TS se ve obligado a cambiar sus pronunciamientos sobre esta materia debido

<sup>54</sup> SSTC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008); 124/2009 de 18 de mayo (BOE núm. 149 de 20 de junio de 2009) y 173/2013 de 10 de octubre (BOE núm. 267 de 7 de noviembre de 2013). Hasta la STC 92/2008 de 21 de julio, el TC planteaba una postura contraria como se pone de manifiesto en la STC 41/2002 de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002), en la que se establecía que si se quiere poner de manifiesto que la causa del despido es el embarazo, el empresario debe tener conocimiento previo de este hecho o bien, según establece la STC 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003), que el embarazo sea conocido en el centro de trabajo o por directivos de la empresa. Sobre la STC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008), véase comentario de Elorza Guerrero, F., “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas”, *Temas Laborales*, 98/2009, pp. 239-248. Sobre la nulidad objetiva, véase aportación que realiza sobre la STC 173/2013 Rodríguez Copé, M.L., “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? de la jurisprudencia constitucional”, *Temas Laborales*, 123/2014, pp. 185-196.

<sup>55</sup> SSTC de 26/02/2004 (rec. 2569/2003) y 24/07/2007 (rec. 2520/2006); STSJ de Andalucía de 08/01/2003 (núm. 21/2003), STSJ de Cataluña de 20/07/2007 (núm. 5520/2007). Sobre la STS de 24/07/2007 (rec. 2520/2006), véase comentario de Rodríguez Copé, M.L., “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción «iuris et de iure» del móvil discriminatorio ¿en todo caso?”, *Temas Laborales*, 96/2008, pp. 229-239.

<sup>56</sup> STS de 19/07/2006 (rec. 387/2005).

<sup>57</sup> STC 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003).

a la doctrina marcada por el TC a través de su STC 92/2008<sup>58</sup>. A partir de este pronunciamiento judicial, se produce un cambio drástico en la jurisprudencia del TS, en la que se estima que la declaración de nulidad del despido de una trabajadora embarazada no precisa el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario. Desvincula el deber de comunicación –que se establece en la Directiva 92/85/CEE como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la misma–, con las exigencias en la aplicación del art. 55.5 b) LET, sobre despidos discriminatorios. Es decir, que el deber de comunicación sea un requisito de la Directiva 92/85/CEE para que se produzca la activación de los derechos y garantías previstos en esa norma, no implica que deba exigirse esta idéntica condición en la aplicación del art. 55.5 b) LET<sup>59</sup>.

En definitiva, la norma no establece como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora, la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado<sup>60</sup>. En estos supuestos, se excusa a la trabajadora de las pruebas de indicios de la discriminación por razón de embarazo y al empresario de que tiene constancia del embarazo. La STC 92/2008 revocó la doctrina marcada hasta el momento por la jurisprudencia y que determinaba que conocer esta información constituía un requisito para justificar una discriminación por sexo con relación al despido; la existencia del conocimiento debía probarlo quién lo alegaba<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Fabregat Monfort, G., “El embarazo en el Derecho del Trabajo: la nueva tutela jurídica en el despido de la trabajadora embarazada”, *Derecho Social*, 48/2009, pp. 167-169, mantiene una postura radicalmente opuesta, estimando que a raíz de la STC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008) y STC 124/2009 de 18 de mayo (BOE núm. 149 de 20 de junio de 2009) (sentencia que comenta en su artículo), no se ha producido un cambio en la doctrina constitucional, sino que se ha originado un cambio legal como consecuencia de la modificación del art. 55 LET –donde expresamente consta la nulidad del despido de la trabajadora embarazada– que ha propiciado el cambio jurisprudencial que se ha producido en el TS y TC. En este sentido afirma que se trata de proteger el embarazo sin más, sin necesidad de que exista intencionalidad, mala fe, voluntad de daño, etc. adquiriendo el embarazo y la maternidad autonomía por mandato legal.

<sup>59</sup> Comparten la misma doctrina las SSTS de 16/01/2009 (rec. 1758/2008); 17/03/2009 (rec. 2251/2008); 13/04/2009 (rec. 2351/2008); 30/04/2009 (rec. 2428/2008); 06/05/2009 (rec. 2063/2008); 18/04/2011 (rec. 2893/2010), 25/01/2013 (rec. 1144/2012), 31/10/2013 (rec. 3279/2012), 14/01/2015 (rec. 104/2014) y 28/11/2017 (rec. 3657/2015). Las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes comunidades autónomas siguieron la misma senda, entre otros: SSTSJ de Castilla La Mancha de 06/04/2009 (núm. 586/2009) y 09/12/2011 (núm. 1353/2011); SSTSJ de las Islas Canarias de 07/06/2011 (núm. 407/2011), 18/12/2012 (núm. 2325) y 15/01/2015 (núm. 9/2015); SSTSJ de Cataluña de 13/07/2011 (núm. 5002/2011) y 21/03/2016 (núm. 1846/2016); SSTSJ de Madrid 05/11/2010 (núm. 871/2010), 22/12/2011 (núm. 865/2011), 16/03/2012 (núm. 243/2012) y 14/02/2014 (núm. 143/2014); SSTSJ de Andalucía de 19/04/2012 (núm. 749/2012), 17/12/2015 (núm. 1951) y 22/11/2017 (núm. 1962/2017); y STSJ de Aragón de 14/01/2014 (núm. 8/2014). Sobre la STS de 06/05/2009 (rec. 2063/2008), véase comentario de Rodríguez Copé, M.L., en “Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial...¿con efectos perversos?”, *Temas Laborales* 103/2010, pp. 209-218.

<sup>60</sup> STC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008) (F.J. 8).

<sup>61</sup> Entre otras: STC 41/2002 de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002); STC 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003); STS de 26/02/2004 (rec. 2569/2003); STS de 19/07/2006 (rec. 387/2005); STS de 24/07/2007 (rec. 2520/2006); STS de 29/02/2008; STS de 12/03/2008 (rec. 1695/2007).

Si el empresario, sin tener comunicación formal del embarazo de la trabajadora, conociese del embarazo de ésta, se la debería dotar con el nivel de protección contra el despido recogido en dicho art. 10 de la Directiva 92/85/CEE<sup>62</sup>.

### 3.2. La carga de la prueba

En cuanto al hecho probatorio del embarazo de la trabajadora en los casos sobre discriminación por su estado biológico, el art. 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social establece que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, (...) y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. En este sentido, el TC viene determinando en estos casos que “cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga, recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”<sup>63</sup>. Es decir, si no se acredita esa constancia empresarial, se rompe la conexión lógica entre el hecho base y el hecho consecuencia; no basta con que la trabajadora estime que su despido es discriminatorio, sino que tiene que acreditar prueba de indicio o principio de prueba que generen una sospecha razonable. A partir de ahí, la empresa asume la carga de la prueba, en la que tendrá que demostrar que la decisión extintiva obedece a una causa legítima y que es ajena a todo móvil discriminatorio. Lógicamente, si la trabajadora comunica su embarazo al empresario, ya se activa la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empresario justificar que su comportamiento se debe a hechos no relacionados con el estado biológico de la mujer, teniendo que alegar por tanto, otra causa que sea justa y objetiva<sup>64</sup>.

Sobre la prueba de indicio, el TC ha considerado que “el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace

<sup>62</sup> Apartado 55 de la STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09* (2010/339).

<sup>63</sup> STC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008) (F.J. 3).

<sup>64</sup> Castellano Burguillo, E., “Igualdad de trato...”, op. cit., p. 261.

al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto”. Es decir, para que se produzca la inversión de la carga de la prueba, “no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio”<sup>65</sup>.

#### **4. LA ACTUACIÓN PREVENTIVA EMPRESARIAL FRENTE A LAS SITUACIONES DE MATERNIDAD**

La Protección de las trabajadoras embarazadas en materia de salud laboral, no es una garantía automática, sino que, está condicionada al previo conocimiento empresarial del estado biológico de la trabajadora. Por ello, en nuestro caso lo que nos interesa, es determinar cómo puede verse afectada la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural en materia de prevención de riesgos laborales, en todos los supuestos que giran en torno al conocimiento empresarial del embarazo o la lactancia. La cuestión de fondo es resolver sobre el incumplimiento de las medidas preventivas dirigidas a la mujer trabajadora embarazada (art. 40.2 CE).

##### **4.1. La comunicación del embarazo y la lactancia natural y el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo**

Continuando con los pronunciamientos jurisprudenciales, comentados en apartados anteriores, nos detenemos en la relación que existe entre el requisito de comunicar el embarazo establecido en el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE y el despliegue de la actuación preventiva empresarial del art. 26 LPRL. Así, la comentada STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09* (2010\339), flexibiliza en cierta manera el requisito de la comunicación exigido en el art. 2 de la Directiva, de forma que explica en su apartado 55 que “si el empleador, sin haber sido informado formalmente del embarazo de la trabajadora por la propia interesada, tuviese conocimiento del embarazo de ésta, sería contrario a la finalidad y al espíritu de la Directiva 92/85 interpretar restrictivamente los términos del artículo 2, letra a), de esta Directiva y denegar a la trabajadora afectada la protección contra el despido recogida en dicho artículo 10<sup>66</sup>.”

<sup>65</sup> Son numerosas las SSTC que se refieren a la inversión de la carga de la prueba, entre otras: 41/2002 de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002); 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003); 175/2005 de 4 de julio (BOE núm. 186, de 05 de agosto de 2005); 342/2006 de 11 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2007) y 17/2007 de 12 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2007). Ésta última, anula la STSJ del País Vasco de 11/03/2003 (rec. 155/2003).

<sup>66</sup> Similar argumento defiende Navarro Nieto, F., “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, *Relaciones Laborales*, 5/2012, pp. 58-59.

Encontramos en la STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) una resolución judicial muy descriptiva de esta conexión en la que, en primer lugar, desarrolla unos fundamentos jurídicos similares a la doctrina actual que sobre esta materia ha emanado del TC y TS –a pesar de que aquella es muy anterior a la opinión jurisprudencial actual, que tiene su origen en la STC 92/2008 y STS de 17/10/2008 (rec. 1957/2007)–; determinando que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85/CEE. En segundo lugar, incide en que la actuación empresarial preventiva dirigida a la protección de la maternidad (art. 26 LPRL) se pone en marcha desde el momento en que la trabajadora comunica su estado de embarazo o lactancia al empresario, pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso. Es decir, la acción preventiva se desplegará ante un caso concreto de maternidad, careciendo de sentido una protección ad cautelam de todas las trabajadoras en edad fértil por si en algún momento pudieran estar embarazadas<sup>67</sup>. En el supuesto de desconocimiento real, no se puede exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar. Y en tercer lugar, determina que el art. 29.2.6º LPRL no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación. No existiendo este deber, no puede hablarse tampoco de un incumplimiento sancionable conforme al art. 29.3 LPRL, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora<sup>68</sup>.

Por todo lo expuesto, entendemos que es necesario que todas las medidas que se adopten tiendan a alcanzar un adecuado equilibrio entre el derecho a la intimidad de la trabajadora –protegido en la CE– y el despliegue efectivo y específico de la acción preventiva empresarial dirigida a la protección de la maternidad en sus dos vertientes principales: embarazo y lactancia natural. Así, a raíz de la normativa y jurisprudencia mayoritaria que hemos analizado, entendemos que la trabajadora embarazada no tiene la obligación de comunicar su estado de gestación al empresario, porque: 1) no hay norma legal o reglamentaria que así lo exija; los deberes que se imponen al trabajador en la LPRL son genéricos, no referidos en exclusiva a las situaciones referidas a la maternidad. No estamos en sintonía con parte de la doctrina científica que ha considerado que sobre la trabajadora pesa la obligación de índole preventiva de informar al empresario de su estado, a tenor del art. 29.2.4º y art. 29.2.6º LPRL, con la consiguiente sanción disciplinaria en caso de que no

<sup>67</sup> García Viña, J., “La obligación del empresario...”, op. cit., pp. 63-77.

<sup>68</sup> Sobre la STS de 18/05/2000 (núm. 206/2000), véase Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles”, *Tirant Lo Blanch*, 2010, pp. 210-219.

se produzca (art. 58 LET)<sup>69</sup> 70. El hecho de que la mujer no comunique su estado biológico al empresario, no debe interpretarse como un incumplimiento del art. 29 LPRL, que en cualquier caso, no debe prevalecer sobre el derecho fundamental a la intimidad contemplado en la CE. Por tanto, a nuestro juicio debe quedar claro que la acción de no comunicar el embarazo, parto o lactancia, o de ocultarlo, no podrá ser sancionada, puesto que se produciría una discriminación por razón de sexo; y 2) en un nivel específico hallamos el Real Decreto 783/2001, que si bien no obliga ni establece deber de comunicación e información de la trabajadora hacia el empresario, debido a la importancia del riesgo laboral en cuestión, el legislador estima necesaria esta comunicación previa a la implantación de medidas preventivas y proteccionistas de la mujer embarazada o en periodo de lactancia.

Por ello, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, es fundamental que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario, para que todo el sistema preventivo y proteccionista empresarial en materia seguridad y salud laboral de la trabajadora embarazada o durante la lactancia se ponga en funcionamiento. La cuestión central no debe ser el hecho de que la mujer oculte su estado biológico al empresario, sino el perjuicio en la salud que puede originarle para ella misma y para su feto o hijo que no comunique su situación personal al empleador. El derecho a la salud de la trabajadora es –como regla general– un bien disponible para ella, que se basa en su libertad individual, expresado por ejemplo en el art. 22.1 LPRL. Ahora bien, nos encontramos ante un caso de responsabilidad y de protección ante el no nacido o el recién nacido, de forma que el silencio voluntario de la madre, no debería constituir un riesgo para la salud de su hijo. Asimismo, si la trabajadora ha recibido la información sobre los riesgos a los que se encuentra expuesta –el empresario evalúa sus riesgos y se lo comunica a la trabajadora–, entendemos que su derecho a la intimidad debe ceder en favor de la protección de la seguridad y salud de su hijo<sup>71</sup>. En nuestra opinión, la trabajadora tiene una “obligación personal” de esta comunicación, en tanto las condiciones de trabajo pudieran ser perjudiciales tanto para ella como para el feto o hijo. Sin embargo, debe quedar claro que la norma no condiciona la protección de la trabajadora a la previa comunicación del embarazo, debiendo el empresario adoptar medidas específicas, con independencia del estado biológico de la trabajadora. Es decir, a diferencia de la Directiva 92/85/CEE, el art. 26 LPRL no vincula la

<sup>69</sup> Entre otras: Igartua Miró, M. T., “Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer”, *Temas Laborales*, 91/2007, p. 270; Morgado Panadero, P., “La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 144/2009, p. 960; Sánchez Castillo, M. M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pp. 88-89; Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., p. 217; Moreno Gené, J., Romero Burillo, A.M., “Maternidad y salud...”, op. cit., p. 41; y Rodríguez Bravo de Laguna, J.J., “Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Thomson Reuters Aranzadi*, 2015, p. 83.

<sup>70</sup> Misma opinión se comparte en Benavente Torres, M. I., “El riesgo durante...”, op. cit., p. 44; y Lousada Arochena, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., p. 378.

<sup>71</sup> Sánchez Castillo, M. M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., p.88.

protección –en materia de prevención de riesgos laborales– a la comunicación de la trabajadora de su embarazo<sup>72</sup>.

Es evidente que el nivel preventivo no podrá ser el mismo que si tuviera constancia del embarazo; por ejemplo, no se podrá realizar la evaluación de riesgos adicional que así establece el INSSST. Asimismo, entendemos que en materia de salud laboral, las consecuencias de la comunicación siempre serán más beneficiosas que perjudiciales para la trabajadora embarazada<sup>73</sup>. Sin embargo, no podemos olvidar que probablemente la mayoría de los motivos por los que la mujer decide no comunicar su embarazo están relacionados con el deseo de proteger su derecho a la intimidad y con el miedo al despido, a una posible discriminación laboral<sup>74</sup> (por ejemplo en los supuestos de periodos de prueba<sup>75</sup>), a la no prórroga del contrato, a cambios en sus condiciones laborales o a la discriminación en el empleo; en definitiva se trata de temores a posibles perjuicios en sus derechos y expectativas, por lo que se deberá hacer especial hincapié en las consecuencias positivas frente a las negativas que presenta esta comunicación. A modo de ejemplo, en términos generales y en presencia de agentes biológicos, los efectos más graves ocurren durante el primer trimestre de embarazo; periodo en el que la mujer embarazada se puede encontrar más desprotegida frente a los riesgos laborales, ya que con frecuencia no ha comunicado su estado al empresario y éste no es evidente a simple vista<sup>76</sup>.

#### 4.2. Propuestas preventivas para afrontar la problemática

Para la efectiva ejecución del derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, es necesario el fomento de iniciativas que muestren a las trabajadoras la enorme importancia de esta comunicación y a los empresarios, que una pronta actuación preventiva podría evitar importantes daños derivados del trabajo tanto para la mujer como para el feto y futuro hijo. Bajo un prisma preventivo, se deben articular dos tipos de medidas:

- a) Acciones formativas e informativas, dirigidas tanto a las trabajadoras que estén asignadas a puestos de trabajo con riesgo para la maternidad (es decir, no incluidos en el listado de puestos de trabajo exentos de riesgo)<sup>77</sup>,

<sup>72</sup> Lousada Arochena, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., p. 360.

<sup>73</sup> Opinión extendida entre diversos autores, entre los que destacamos: Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., p. 217; y Fernández López, M. F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, 79/2005, p. 37.

<sup>74</sup> Navarro Nieto, F.; Vaquero Abellán, M., “Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia”, *Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales*, 2012, pp. 41-42.

<sup>75</sup> SSTSJ de Cataluña de 20/06/2011 (núm. 4358/2011) y 21/03/2016 (núm. 1846/2016).

<sup>76</sup> INSSST, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., p. 36.

<sup>77</sup> Art. 26.2 LPRL.

como al personal directivo de las empresas y a los técnicos de prevención de riesgos laborales, todo ello de acuerdo a los arts. 18 y 19 LPRL. Estas acciones se deben centrar en los riesgos específicos de los puestos de trabajo que pueden resultar nocivos para el embarazo y la lactancia y en la necesidad de la pronta comunicación de la situación (embarazo, parto reciente o lactancia materna y, en ciertos casos, pre-concepción) para que se puedan poner en marcha las medidas preventivas adecuadas al objeto de salvaguardar su salud y la de su descendencia<sup>78</sup>. Así, en primer lugar, la formación e información dirigida a la población trabajadora femenina en edad fértil, es esencial para que sean conscientes de la trascendencia de informar al empresario para evitar riesgos para su salud o la de su futuro hijo; si desconoce los riesgos que puede implicar para su embarazo o lactancia el desarrollo de una actividad concreta (propia de su puesto de trabajo), difícilmente será exigible el deber de colaboración de la trabajadora<sup>79 80</sup>. Asimismo, si no lo comunica y el empresario adopta medidas específicas cuando ya es notorio el embarazo, puede tener consecuencias negativas, pues los primeros meses de la gestación son los que concentran el mayor peligro para el feto, coincidiendo con el periodo de la organogénesis<sup>81 82</sup>. Para dotar de la importancia debida al acto de la “comunicación del estado biológico”, la trabajadora debe conocer que los cambios fisiológicos que se producen en la maternidad (cardiocirculatorios, endocrinológicos, metabólicos, etc.), junto con la presencia de riesgos específicos en el lugar de trabajo, dotan a la mujer de una “especial sensibilidad” que justifica la singular protección jurídica laboral de la trabajadora con relación a determinados estados biológicos<sup>83</sup>. En segundo lugar, es igualmente necesaria la implementación de programas formativos dirigidos a los directivos y mandos intermedios empresariales. En muchas ocasiones, los responsables directos de las trabajadoras

<sup>78</sup> INSST, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., pp. 11 y 37. En el mismo sentido, Sánchez Trigueros, C., “El riesgo durante...”, op. cit., p. 190; Pérez del Río, M.T., Ballester Pastor, M.A., “Mujer y salud...”, op. cit., pp. 62-63.

<sup>79</sup> Navarro Nieto, F., “La problemática jurídica...”, op. cit. p. 49.

<sup>80</sup> Navarro Nieto, F.; Vaquero Abellán, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., p. 42.

<sup>81</sup> Igartua Miró, M. T., “Prevención de riesgos laborales...”, op. cit., p. 270.

<sup>82</sup> Moreno Solana, A., *La prevención de riesgos laborales...*, op. cit., p. 217.

<sup>83</sup> Las principales alteraciones cardiocirculatorias están relacionadas con el aumento de una serie de parámetros como el pulso (de 10 a 15 latidos/minuto), el volumen sanguíneo (de un 25-45% como media) y el volumen espirado por minuto. En cuanto a los cambios endocrinológicos, se pueden producir alteraciones en el metabolismo basal, y en el consumo de oxígeno (incremento del 20% y entre el 20-30% respectivamente) (Bascuas Hernández, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión de los fundamentos legales y técnicos relativos a los agentes de riesgo para la reproducción humana”, *Mapfre Medicina*, 2004, vol. 15, núm. 1, pp. 32-33).

carecen de la formación mínima necesaria que les permita saber actuar ante situaciones de riesgo laboral para la maternidad<sup>84</sup>. Su papel será determinante para crear un ambiente de trabajo que propicie que la trabajadora no encuentre perjuicios en comunicar su estado biológico a su superior jerárquico. De esta forma, facilitarían la comunicación entre las trabajadoras y el técnico de prevención, convirtiéndose por tanto, en un “factor prioritario para una gestión eficiente del riesgo laboral”<sup>85</sup>. En nuestra opinión, la mayor presencia de la mujer en puestos de responsabilidad empresarial, podría ser un estímulo para facilitar la comunicación del estado biológico por parte de la trabajadora<sup>86</sup>. Y en tercer lugar, la formación del técnico de prevención de riesgos laborales debería incluir contenidos específicos relacionados con los trabajadores especialmente sensibles (art. 25 LPRL) y concretamente sobre aspectos relacionados con los riesgos que pueden ser perjudiciales para la maternidad. Se trata de una materia regulada con el máximo nivel de detalle por los anexos IV, V y VI del RSP, en los que se especifican los contenidos formativos y su duración en horas para los técnicos básicos, intermedios y superiores en prevención de riesgos laborales. Una simple revisión del Reglamento, nos permite apreciar la falta de contenidos formativos relacionados con este tema, por lo que, en nuestra opinión, el legislador debería plantearse incluirlos bajo un prisma protector de la maternidad, definiendo al máximo nivel de detalle los elementos formativos básicos para el técnico de prevención. De esta forma, el prevencionista podrá disponer de las herramientas necesarias para saber evaluar un puesto de trabajo y adoptar las

<sup>84</sup> De los resultados de un reciente estudio realizado por Sierra Hernáiz, E., “Prevención de Riesgos Laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural”, *Thomson Reuters Aranzadi*, 2016, pp. 93-120; en el que tras analizar los contenidos preventivos –en materia de protección de la maternidad– de numerosos convenios colectivos y planes de igualdad, únicamente se detectó un caso en el que se establecía como una medida específica “incluir contenidos que contemplen la perspectiva de género en la prevención de los riesgos laborales en la formación que reciben los y las miembros de los comités de seguridad y salud laboral así como los y las delegadas de prevención” (Plan de igualdad de oportunidades para empleadas y empleados públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (*Diario Oficial de Castilla La Mancha*, núm. 42, de 2 de marzo de 2011)).

<sup>85</sup> INSST, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., p. 14.

<sup>86</sup> Entendemos que en determinadas circunstancias, los cargos directivos ocupados por mujeres podrían tener una “mayor sensibilidad” en estos temas. Aunque este estudio no analiza asuntos relacionados con el género y la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, creemos conveniente poner de manifiesto algunos datos que muestran la mayor presencia masculina en puestos de responsabilidad empresarial. Se trata por tanto, de datos objetivos facilitados por el *Instituto Nacional de Estadística*, en el que un estudio de 2017, determina que “en el año 2016, el porcentaje de mujeres en el conjunto de Consejos de Administración de las empresas que forman parte del Ibx-35 era del 19,1%, (...), casi el doble que el del año 2010, y superior en casi un punto al del año 2014. Dicho porcentaje desciende tres puntos respecto al alcanzado en 2015”. (<http://www.ine.es>. Consulta realizada 20/09/2018). En cualquier caso, para realizar una afirmación de este tipo, se deberán realizar los estudios oportunos para determinar si la presencia femenina en puestos de responsabilidad facilitaría la comunicación del estado biológico.

medidas preventivas adecuadas en presencia de situaciones relacionadas con la maternidad biológica.

En cuanto a las acciones formativas e informativas, es interesante citar a modo de ejemplo, la propuesta del INSSST, que estructura estas acciones en tres grupos: i) empleo de material divulgativo para informar sobre la maternidad saludable en el puesto de trabajo; ii) formación de mandos intermedios en técnicas de apoyo a las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural; y iii) formación del personal sanitario del servicio de prevención (ya sea propio o ajeno: art. 10 RSP) en la mejora de conocimientos y habilidades para realizar el seguimiento de las trabajadoras<sup>87</sup>.

- b) Elaboración e implantación de un procedimiento o protocolo de prevención de riesgos laborales y protección de la maternidad en el lugar de trabajo<sup>88</sup>. Es fundamental que el servicio de prevención elabore este documento, en el que se deberá prestar especial atención a que el acto de comunicación del embarazo o la lactancia al empleador, se realice a la mayor brevedad posible. Se deben destacar los efectos beneficiosos que puede tener tanto para la mujer como para el feto la pronta actuación de la trabajadora. Este documento debe ser sencillo y ágil para evitar retrasos en la acción preventiva y protectora. A tal efecto, el INSSST ha elaborado un documento, que en nuestra opinión es muy completo, en el que trata de ofrecer a las empresas una propuesta de procedimiento para la gestión de los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural<sup>89</sup>. En el procedimiento, se debe especificar que para realizar cualquier intervención, es esencial que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario. Esta comunicación deberá realizarse por la trabajadora embarazada y lactante; hacerla siempre por escrito (de hecho el procedimiento debería contemplar algún impreso al efecto); y dirigirse al servicio de prevención propio. En caso que este no exista, al responsable inmediato superior.

<sup>87</sup> Solé Gómez, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 914: Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud”, *INSSST*, 2011, p. 3.

<sup>88</sup> Un procedimiento es un documento que contiene todas las actuaciones previstas en el sistema de gestión de la prevención, con sus correspondientes protocolos específicos, en los que han de indicarse fundamentalmente sus objetivos, los responsables de realizarlos y en qué circunstancias son exigibles y cómo han de aplicarse, con los registros a cumplimentar para evidenciar y controlar lo realizado (*INSSST*, “Manual de procedimientos de prevención de riesgos laborales. Guía de elaboración”, 2003, p. 8).

<sup>89</sup> Neus Moreno, S., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 992: Embarazo y lactancia natural: procedimiento para la prevención de riesgos en las empresas”, *Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSSST)*, 2013.

## 5. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

En resumen, con relación a la comunicación del embarazo o la situación de lactancia natural al empresario, destacamos que la información sobre su estado biológico forma parte de su intimidad personal y se encuentra recogido como un derecho fundamental en el art. 18.1 CE y como un derecho de los trabajadores en el art. 4.2.e) LET. Por ello, es necesario alcanzar un adecuado equilibrio entre la garantía del cumplimiento de este derecho fundamental y la protección laboral de la trabajadora en sus vertientes preventiva –protección eficaz en materia de seguridad y salud de la mujer embarazada y la de su futuro hijo– y laboral –garantía de estabilidad en el empleo y condiciones de trabajo–.

La Directiva 92/85/CEE establece como requisito esencial que la trabajadora embarazada comunique su estado biológico al empresario con el objetivo no sólo de proteger la salud de la mujer embarazada y la de su feto, sino igualmente la protección de su empleo. La transposición de esta norma al ordenamiento jurídico interno, omitió expresamente el requisito de la comunicación “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva.

En materia de protección del empleo, para que se produzca la nulidad de un despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE (art. 55.5 LET), no es necesario que se lleve a efecto el acto de comunicación del estado biológico al empresario. La doctrina del TC dispensa a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Se trataría por tanto, de un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional. Por tanto, si no hay obligación, no puede producirse un incumplimiento sancionable y por ello, no se produciría una trasgresión de la buena fe contractual ni del deber de lealtad; una sanción por ocultar su estado biológico sería tan grave como despedirla por estar embarazada.

En materia de prevención de riesgos laborales, destacamos la STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000), que se revela como una sentencia esencial para comprender la conexión que existe entre el requisito de comunicar el embarazo establecido en el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE y el despliegue de la actuación preventiva empresarial del art. 26 LPRL, en la que se incide en la no obligatoriedad de comunicar el estado biológico.

Por tanto, la acción preventiva empresarial no debe estar supeditada a la previa comunicación de la situación de embarazo o lactancia, por lo que el empresario deberá prever en la evaluación de riesgos –inicial o periódica– de cualquier puesto de trabajo, el hecho de que pueda ser ocupado circunstancialmente por una mujer embarazada o lactante; realizando a posteriori la evaluación de riesgos adicional cuando conozca la situación biológica de la trabajadora. La acción

preventiva y protectora –completa y específica– que debe adoptar el empresario de acuerdo al art. 26 LPRL deberá ponerla en marcha aun cuando no tenga conocimiento del embarazo de la trabajadora, dejando la evaluación que plantea el INSST cuando sea conocido el estado biológico.

Sin embargo, desde el prisma del técnico de prevención, entendemos que es fundamental que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario, para que todo el sistema preventivo y proteccionista empresarial en materia seguridad y salud laboral de la trabajadora se ponga en funcionamiento. La cuestión debe centrarse en el perjuicio en la salud que puede originarle para ella misma y para su feto o hijo lactante que no comunique su situación personal al empleador<sup>90</sup>.

Nuestra propuesta se resume en dos tipos de medidas: 1) acciones formativas e informativas dirigidas a trabajadoras –que estén asignadas en puestos con riesgo para la maternidad–, a directivos empresariales y a técnicos de prevención; y 2) elaboración e implantación de un protocolo o procedimiento o de comunicación del embarazo o la lactancia al empleador, destacando los efectos beneficiosos que puede tener tanto para la trabajadora como para el feto la pronta actuación de la misma. En cualquier caso, no creemos efectivas las medidas muy proteccionistas de la mujer trabajadora embarazada o lactante, puesto que pueden generar un problema añadido: dificultades de las mujeres para el acceso al mercado de trabajo, especialmente las que se encuentren en edad fértil<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> En este sentido, Nores Torres, L.E., “Protección de la maternidad”, en AA.VV. *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español* (Coord. Ballester Pastor, M.A.), *Tirant lo Blanch*, 2010, p. 137, establece que el “coste” de la medida, no sería tan elevado, teniendo en cuenta que en pocos meses el embarazo será conocido por el empresario sin necesidad de comunicarlo.

<sup>91</sup> García Viña, J., “La obligación del empresario...”, op. cit., pp. 63-77.

# 2

## Mercado de Trabajo



# LA RETRIBUCIÓN EN ESPAÑA DEL PRINCIPAL EJECUTIVO DE LA EMPRESA (CEO) Y LA TEORÍA DEL PODER DIRECTIVO

MANUEL ALCAIDE CASTRO  
*Catedrático de Organización de Empresas*  
Universidad de Sevilla

IGNACIO FLÓREZ SABORIDO  
*Profesor Titular de Organización de Empresas*  
Universidad de Sevilla

MARÍA ÁNGELES RODRÍGUEZ SERRANO  
*Profesora Sustituta Interina*  
Universidad de Sevilla

**EXTRACTO** **Palabras Clave:** CEO, compensación, bonus, opciones sobre acciones, poder directivo. Clasificación JEL: M12

El trabajo comienza con la discusión de dos de las principales teorías que tratan de explicar la compensación de los *Chief Executives Officers* (CEOs) o primer Ejecutivo del Consejo de Administración: la teoría del mercado de trabajo y la del poder del directivo. Posteriormente, con base en una regresión con datos de panel y en el programa de *software* estadístico *Stata* 12, se obtienen conclusiones acerca de la capacidad de la segunda de estas aproximaciones teóricas para explicar la cuantía de la compensación de los CEOs de las empresas cotizadas en España. Para lograr este objetivo se ha construido una base de datos con información sobre 64 CEOs que han permanecido en sus cargos durante los cuatro años que van de 2013 a 2016.

**ABSTRACT** **Key Words:** CEO, compensation, bonus stock options, managerial power. Classification JEL: M12

The work begins with the discussion of two of the main theories that try to explain the compensation of the Chief Executives Officers (CEOs) or the first Executive of the Board of Directors: the theory of the labor market and the power of the manager. Subsequently, based on a regression with panel data and in the statistical software program *Stata* 12, conclusions are obtained about the capacity of the second of these theoretical approaches to explain the amount of compensation of CEOs of listed companies in Spain. To achieve this goal, a database has been built with information on 64 CEOs who have remained in their positions during the four years from 2013 to 2016.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS
2. EL MERCADO DE TRABAJO COMO FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN DEL CEO
3. LA APROXIMACIÓN DEL PODER DEL CEO
4. LA COMPENSACIÓN DE LOS CEOS EN LAS EMPRESAS COTIZADAS EN ESPAÑA
  - 4.1. Fuentes de información y metodología de investigación utilizada
  - 4.2. Análisis de la variable explicada y su estructura: La Retribución Total del CEO
  - 4.3. Variables explicativas e hipótesis
    - 4.3.1. Variables relativas al poder del CEO
    - 4.3.2. Variables de control
  - 4.4. Análisis descriptivo de las variables
  - 4.5. Modelo objeto de estudio
5. RESULTADOS
6. CONCLUSIONES
7. LIMITACIONES Y FUTURAS INVESTIGACIONES

## 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Durante las tres últimas décadas los incrementos que ha experimentado la retribución de los CEOs de las empresas cotizadas han sido objeto de atención y controversia continuada en las revistas académicas, en la prensa económica e incluso en los medios de comunicación de carácter más general (Nichols, D., Subramaniam, Ch., 2001, p:339). Se trata de un debate que se inicia en Estados Unidos a comienzos de la década de los 90, que se intensifica con el considerable incremento de las retribuciones que tiene lugar en este mismo país entre 1995 y 2001 y que, posteriormente, se extiende a la mayoría de los países desarrollados. Nadie discute que las retribuciones de los CEOs de las empresas cotizadas son muy elevadas, lo que se discute es si son excesivas e injustas<sup>1</sup>.

- De una parte, se encuentran los que consideran que las elevadas compensaciones de los CEOs se explican con base en el funcionamiento del mercado de trabajo y que, por ello, están justificadas<sup>2</sup>.

- De otra parte, se encuentran los que consideran que la compensación de los altos ejecutivos, en general, y de los CEOs, en particular, resulta exce-

<sup>1</sup> En general se considera que en Estados Unidos las retribuciones de los CEOs son más elevadas que en la mayoría de los países (Nichols, D., Subramaniam, Ch., 2001, p: 343; Kolb, R., 2006, p: 2). H. Tosi y T. Greckhamer han puesto de manifiesto la importancia de los factores culturales (distancia de poder, individualismo, etc.) en la explicación de las diferencias existentes entre países en la cuantía y la estructura de la compensación de los CEOs (Tosi, H., L., Greckhamer, T. 2004, p: 662).

<sup>2</sup> Entre otros: Core, J., E., Guay, W., R., Thomas, R., S., 2005; Gabaix, X., Landier, A., 2008; Kaplan, S., N., 2008.

siva, injusta<sup>3</sup> e incluso perjudicial para la buena marcha de las empresas y el bienestar general (Néron, P-Y, 2015, p: 172).

Los objetivos del presente trabajo son los siguientes:

- De una parte, exponer las dos principales teorías que explican la compensación<sup>4</sup> de la alta dirección de las empresas y que, con elevada frecuencia, se encuentran en la base de los puntos de vista discrepantes que se acaban de mencionar. Se trata concretamente de las teorías del mercado de trabajo y del poder directivo o poder del CEO (Van der Laan, G., 2010, p: 158)<sup>5</sup>.

- De otra parte, recurriendo a una regresión con datos de panel y al programa de *software* estadístico *Stata 12*, obtener conclusiones acerca de la capacidad de la segunda de las aproximaciones teóricas mencionadas para explicar la cuantía de la compensación de los CEOs de las empresas cotizadas en España.

## 2. EL MERCADO DE TRABAJO COMO FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN DEL CEO

El CEO, al igual que cualquier empleado, percibe una compensación por su contribución al desarrollo de la actividad productiva. Esta compensación puede ser inicialmente interpretada como el resultado de un intercambio entre derechos que tiene lugar libremente en el mercado. Desde esta perspectiva, la retribución del CEO se explica a través de un proceso negociador desarrollado en un plano de igualdad e independencia, entre éste y el Consejo de Administración de la empresa (CA)<sup>6</sup>, y a través del cual toman forma concreta las fuerzas de la oferta y la demanda que operan en un mercado de trabajo (Shaw, W., H., 2006, pp: 97-98).

<sup>3</sup> “La prensa económica está repleta de artículos que sugieren que los CEOs se encuentran sobrepagados y que su paga es injusta” (Nichols, D., Subramaniam, Ch., 2001. p: 339). Véase también a este respecto: Wade, J., B., O’Reilly, III, Ch., A., Pollock, T., G., 2006, p: 527. El argumento más popular en contra de las elevadas retribuciones de los CEOs gira en torno a su exceso de codicia y su falta de virtud (Potts, M, 2006, p: 113-114).

<sup>4</sup> Los términos de compensación, salario, paga y retribución se van a utilizar a lo largo de este documento de forma intercambiable. Las diferencias que pudieran existir entre estos conceptos son irrelevantes a efectos de los objetivos de este trabajo (Moriarty, J., 2012, p: 64).

<sup>5</sup> Aunque no son las únicas teorías que abordan la problemática de la retribución de los CEOs, sí son las más relevantes a la hora de explicar el proceso de determinación de la compensación, mientras que otras teorías se centran, sobre todo, en los resultados finales (Néron, P-Y, 2015, p: 173). Entre estas últimas destacan especialmente la teoría del deber fiduciario del CEO (Moriarty, J., 2009) y la teoría de la “objeción igualitaria” en sus variantes distributiva y relacional (Véase, entre otros: Néron, P-Y, 2015).

<sup>6</sup> En España, en general, el CA se compone del Presidente, los Consejeros y un Secretario, siendo frecuente en las grandes empresas que existan también Vice-presidencias e incluso Vice-secretarías. Los Consejeros a su vez pueden ser: dominicales (que representan un porcentaje de acciones de la empresa), independientes (que velan los intereses de los accionistas desde una posición de independencia y profesionalidad) y ejecutivos (miembros del equipo directivo de la empresa que tienen un puesto en el CA).

- Del lado de la oferta del recurso trabajo se encuentran los CEOs potenciales, propietarios de su capital humano individual (conocimientos, habilidades, actitudes y competencias), con determinados salarios de reserva<sup>7</sup> y niveles de aspiración en materia retributiva.

- Del lado de la demanda se encuentran, actuando en nombre de los accionistas, propietarios del capital, los CAs de las empresas, dispuestos a ofrecer una cantidad que no exceda el valor que el CEO aporta a la empresa. Con frecuencia existe en el seno del CA un Comité de Compensación (CC) compuesto por varios consejeros (Bebchuk, L., A., Fried, J., M., Walker, D., I., 2002, p: 765) que suelen actuar asesorados por los Departamentos de Recursos Humanos de las empresas y por las Consultoras contratadas por las mismas. Independientemente de que algunos componentes de la compensación se sometan a la aprobación de la Junta General de Accionistas (JGA) o que ésta establezca las reglas para retribuir al CEO.

Cuando el CA ofrece una cantidad que, sin exceder el valor que el CEO aporta a la empresa, supera su salario de reserva, existe margen para el acuerdo y la contratación voluntaria.

No obstante, la explicación de la retribución a través de esta línea argumental requiere tener presente la existencia de imperfecciones en el funcionamiento del mercado de trabajo. Entre estas imperfecciones destacan especialmente en el caso de los CEOs, de una parte, la asimetría de la información y, de otra, la información incompleta. Si para cualquier empresa es difícil conocer el nivel de compromiso productivo y de capital humano relevante para el desarrollo de la actividad productiva de un trabajador, este problema se ve agravado en el caso de los CEOs.

- De un lado, el CA experimenta importantes dificultades para conocer *ex ante* el compromiso del CEO con su trabajo y la empresa, por lo que, suponiendo que este último posea este conocimiento, se está en presencia de una situación de asimetría de la información, ya que sólo una parte la posee.

- De otro lado, tanto el CA como el CEO experimentan importantes dificultades para conocer *ex ante* el capital humano necesario para la obtención de los resultados deseados. De aquí que la información sea incompleta para ambas partes en el momento de la contratación, ya que los dos carecen de la información necesaria (Spence, M., 1973, p: 357).

La vinculación de la retribución del CEO a la valoración de su desempeño permite paliar, al menos en parte, los problemas derivados de las imperfecciones comentadas. No obstante, hay que tener presente que el trabajo del CEO no está sometido a la misma supervisión convencional que la mayoría de las actividades de la empresa, por lo que su valoración es necesaria hacerla a través de resultados de carácter general y no a través de comportamientos o características personales.

<sup>7</sup> Se entiende por salario de reserva el nivel de salario por debajo del cual el empleado no está dispuesto a trabajar.

El problema radica en las dificultades que existen para saber si estos resultados, buenos o malos, son debidos realmente al CEO o a factores externos sobre los que éste carece de control. Así, la vinculación de la retribución a los resultados supone un riesgo adicional (Hill, Ch., W., L., Phan, P., 1991, p: 709) para el CEO que es necesario compensar con una retribución más elevada que si el salario fuera fijo y estuviera al abrigo de cualquier contingencia no controlada por el propio CEO (Boatright, J., R., 2010, p: 176; Fulmer, I., S., 2009, p: 663).

Una variante de esta aproximación a la retribución del CEO, basada en el mercado, es la Teoría de la Agencia<sup>8</sup>. Este enfoque considera que los CEOs son pagados no solo por el valor que aportan a la empresa sino también para superar ciertos problemas de agencia relacionados con la separación entre la propiedad (accionista-principal) y la dirección (CEO-agente) de la empresa<sup>9</sup>. Esta separación abre la posibilidad de que el CEO anteponga sus propios intereses a los intereses de los accionistas o, al menos, a que no persiga los objetivos de los accionistas con la diligencia esperada (pérdidas de agencia). Para lograr que los CEOs sean agentes leales (Boatright, J., R., 2010, p: 178), los accionistas deben pagar un plus o extra con respecto a lo que sería la retribución de puro mercado y que recibe la denominación de costes de agencia. Vincular la retribución del CEO a los resultados de la empresa supone tratar de dar una solución al problema de agencia, trasladando parte del riesgo empresarial al CEO y dando lugar a que este prospere solamente cuando la empresa también lo haga (Kolb, R., 2006, p: 6). Esta vinculación se considera la “segunda mejor opción” ya que la primera sería realizar un control estricto de la actividad del CEO con base a una observación que en la práctica es tanto imposible, por no tener superior jerárquico directo, como carente de operatividad, dada la naturaleza de su trabajo<sup>10</sup>.

Los argumentos que en esta aproximación con base en el mercado se utilizan para explicar las elevadas compensaciones de los CEOs de las empresas cotizadas en la actualidad, son los siguientes:

- En primer lugar, se considera que el incremento de su retribución obedece a un problema de escasez de oferta del recurso por dos razones de diferente índole:
  - De una parte, porque el trabajo de los CEOs resulta cada vez más arriesgado y menos satisfactorio por la presión y los controles crecientes a los que

<sup>8</sup> En la Teoría de la Agencia clásica un principal neutral al riesgo diseña un contrato óptimo para un agente con aversión al mismo, teniendo en cuenta los problemas de oportunismo post-contractual existentes por parte del agente. La difusión del modelo societario ha dado lugar a una extensión de este modelo clásico con una estructura de tres niveles: principal (accionistas) - supervisor (CA o CC) - agente (CEO) (Conyon, M., J., He, L., 2004, pp. 37 y 38).

<sup>9</sup> Diversos escándalos empresariales han generado dudas acerca de la efectividad de los incentivos y, especialmente, de las opciones sobre acciones como mecanismos útiles para reducir los problemas de agencia (Lee, J., Lee, B-H., Waddock, S., Graves, S., B., 2006, p: 33)

<sup>10</sup> Tradicionalmente se ha considerado que la valoración del desempeño con base en la observación del empleado resulta muy difícil cuando la actividad laboral se caracteriza por tener una elevada carga mental.

se encuentran sometidos. En este sentido S. N. Kaplan, haciendo referencia a Estados Unidos, indica que en los años previos a la crisis económica de 2007 se pudo observar cómo un elevado número de CEOs abandonaron las empresas cotizadas para trabajar en otro tipo de empresas o para crear la suya propia (Kaplan, S., N., 2008, pp: 6 y 7). Para S. N. Kaplan, este movimiento de salida sería muy difícil de explicar si efectivamente los CEOs de las empresas cotizadas estuvieran realmente satisfechos en sus trabajos (Kaplan, S., N., 2008, p: 32).

- De otra parte, porque el trabajo del CEO ha adquirido una complejidad creciente y solamente un reducido número de individuos tienen el capital humano y las competencias necesarias<sup>11</sup> para el desarrollo efectivo del trabajo<sup>12</sup>. Esta creciente complejidad se debe a varias razones:

- Primero, al aumento en muchos sectores de actividad de la dimensión de las organizaciones empresariales (Hill, Ch., W., L., Phan, P., 1991, p: 709; Bebhuk, L., A., Fried, J., M., Walker, D., I., 2002, p: 762). Una organización de mayor tamaño comporta una gestión más compleja debido a que los problemas de planificación, decisión, coordinación y control se intensifican.

- Segundo, al hecho de operar en un entorno globalizado (Sanders, W., G., Carpenter, M., A., 1998, p: 160) y de intensa base tecnológica (Nichols, D., Subramanian, Ch., 2001, pp: 342 y 343). En este caso la mayor complejidad en la actividad del CEO proviene del aumento de la competencia que supone una rivalidad a escala internacional y de tener que hacer frente a los procesos continuos de adaptación, innovación y renovación tecnológica.

- Tercero, el trabajo actual del CEO exige, cada vez con más intensidad, de la innovación, del acto creativo, de la capacidad humana para estar alerta y descubrir nuevas formas de creación de valor (Boatright, J., R., 2010, p: 173): un nuevo producto, un nuevo método de producción, una nueva tecnología, un nuevo modelo de negocio, etc. Se trata de una actividad emprendedora generadora de desequilibrios de mercado que suele tener un carácter temporal y que es fuente de beneficios extraordinarios<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Ya sean innatas o adquiridas a través de la instrucción y la acumulación de experiencias.

<sup>12</sup> I. S. Fulmer indica a este respecto: "En las corporaciones modernas pocas capacidades son más críticas, escasas y demandadas que las poseídas por los CEOs (Fulmer, I., S., 2009, p: 659). En términos generales, la retención de los ejecutivos constituye una seria preocupación para las empresas. Los niveles salariales son, en parte, tan elevados debido a una escasez percibida, si no real, de un talento de alta calidad, capaz de liderar de manera efectiva las grandes empresas cotizadas" (Fulmer, I., S., 2009, p: 691).

<sup>13</sup> Ya J. Schumpeter teorizó sobre la destrucción creativa del capitalismo y, más recientemente, otros autores han acuñado y profundizado en el concepto de "innovación disruptiva" y sus consecuencias sobre las empresas establecidas. Véase a este respecto, especialmente, a C. Christensen (1997, 2004 y 2006) y Schmidt, G., M., Druehl, Ch., T., 2008.

- En segundo lugar, se considera que se han producido una serie de cambios que han dado lugar a un incremento de la aportación del CEO a la empresa en comparación con épocas pasadas, lo que explica que sus compensaciones sean más elevadas. Se trata de un caso parecido al de los deportistas de élite, las estrellas del espectáculo<sup>14</sup>, los abogados de bufetes prestigiosos, los gestores de fondos de inversión, etc., que también han experimentado considerables aumentos en sus retribuciones en las últimas décadas. Es frecuente que se recurra, como explicación o justificación del aumento de la compensación de los CEOs, al hecho de que, a partir de principios de la década de los 90, otros grupos de personas con capacidades y competencias especiales, tales como los citados, negociando en un plano de igualdad e independencia, hayan experimentado incrementos similares o incluso superiores en sus retribuciones (Kaplan, S., N., 2008, p: 13).

La aceptación del sistema capitalista y de que la compensación del CEO se encuentra determinada libremente por las fuerzas del mercado, aunque sea con sus imperfecciones y problemas de agencia, comporta una serie de consecuencias, entre las que destacan las siguientes:

- En primer lugar, la legitimidad de la retribución de la alta dirección de las empresas, por elevada que sea. Se trata de una concepción que se encuentra en consonancia con un ideario liberal, que tiene un evidente atractivo intuitivo y que coincide con la denominada “perspectiva mínima de la ética de la compensación” (Moriarty, J., 2014, pp: 33 y 34)<sup>15</sup>. Diversos autores<sup>16</sup> están persuadidos de que, sin negar la existencia de algunos casos escandalosos y abusivos, la retribución de los CEOs se encuentra ampliamente determinada por las fuerzas de la oferta y de la demanda, estando una parte importante de la misma vinculada a los resultados de la empresa. En algunos casos se llega incluso a afirmar que es muy posible que los CEOs más competentes no solo no estén sobre-pagados sino infra-pagados (Kaplan, S., N., 2008, p: 6).

- En segundo lugar, este punto de vista tiende a desalentar la regulación del mercado de trabajo de los CEOs. Se considera que cualquier regulación directa sobre la retribución supone imponer costes adicionales sobre empresas e inversores (Kaplan, S., N., 2008, p: 29). Así, se afirma que cualquier

<sup>14</sup> Los avances en las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones han permitido que las actividades de los componentes de algunos de estos grupos sean accesibles a millones de ciudadanos en tiempo real. No obstante, para J. C. Bogle se trata de una comparación problemática ya que las estrellas del espectáculo o del deporte son pagadas con el peculio de sus fans o de los propietarios de los equipos de los que forman parte, mientras que los CEOs son pagados por los CAs pero con los recursos de los accionistas (Bogle, J., C., 2008, p: 22).

<sup>15</sup> Hay que precisar que J. Moriarty no se encuentra entre los defensores de esta concepción liberal.

<sup>16</sup> Entre los autores partidarios de esta explicación de las elevadas retribuciones de los CEOs destacan, entre otros, los siguientes: Core, J., E., Guay, W., R., Thomas, R., S., 2005; Gabaix, X., Landier, A., 2008; Kaplan, S., N., 2008. También, con algunas cautelas, cabe incluir en este grupo a J. R. Boatright.

intervención en materia salarial que comporte “suelos” o “techos” daría lugar a las mismas ineficiencias que cualquier otro control de precios. Los “suelos” generarían un exceso de CEOs que se ofertan en el mercado de trabajo, mientras que los “techos” producirían una escasez de los mismos.

- En tercer lugar, se trata de una explicación que no es incompatible con la versión distributiva de la “objeción igualitaria” a las elevadas compensaciones de los CEOs. Desde esta perspectiva se trata de conseguir la igualdad mediante la neutralización de la suerte bruta<sup>17</sup> a través de una redistribución de los recursos. Aunque este enfoque puede ser utilizado como argumentación para la reducción de las elevadas diferencias retributivas existentes entre los CEOs y el resto de los trabajadores, deja abierta la posibilidad de que la corrección de las desigualdades se pueda realizar redistribuyendo la riqueza en un ámbito externo a la empresa y fundamentalmente en el terreno tributario y educativo y, por ello, siendo plenamente compatible con una hipotética lógica de mercado<sup>18</sup>.

### 3. LA APROXIMACIÓN DEL PODER DEL CEO

El desafío reciente más destacado a las explicaciones sobre la compensación de los CEOs basadas en el funcionamiento del mercado de trabajo proviene de la teoría del poder gerencial (Essen, M., V., Otten, J., Carberry, E., J., 2015, p:165)<sup>19</sup>. El punto de partida de esta aproximación radica en la afirmación de que la negociación de la retribución entre los CAs y los CEOs no se desarrolla en un plano de igualdad e independencia, por las siguientes razones:

- En primer lugar, muchas personas desean ser nombradas y reelegidas miembros de los CAs de las empresas por los innumerables beneficios y ven-

<sup>17</sup> Lo que E. S. Anderson denomina la “injusticia cósmica”, “igualitarismo de la suerte” o “igualdad de fortuna” (Anderson, E., S., 1999, pp: 288-289). Los partidarios de la “objeción igualitaria” a las elevadas compensaciones de los CEOs diferencian entre la “suerte bruta” y la “suerte de opción” (Dworkin, R., 1981, p: 293). La primera hace referencia a la que se encuentra determinada por factores arbitrarios tales como la etnia, el origen social, el lugar de nacimiento, los talentos naturales, la “lotería genética” y otra serie de condicionantes que marcan el destino de cada persona. La segunda es la que tiene lugar una vez que se han tomado ciertas opciones conscientes, tales como la elección de profesión o ciertas decisiones en el desarrollo de la actividad profesional.

<sup>18</sup> Defensores de esta explicación con base en el mercado, tales como S. N. Kaplan, no tienen inconveniente en indicar que si lo que existe es una objeción a la desigualdad en materia de riqueza, el problema debería ser abordado en el terreno de las políticas redistributivas externas a la empresa, pero no en el ámbito de las prácticas retributivas, ni siquiera en las de gobierno corporativo (Kaplan, S., N., 2008, p: 29). “Las teorías resultantes de la ‘igualdad de la suerte’ comparten así un núcleo común: un híbrido de capitalismo y estado del bienestar” (Anderson, E., S., 1999, p: 292). Por su parte, la versión relacional de la “objeción igualitaria” critica este punto de vista redistributivo, al que denomina el “objetivo erróneo”, por considerar que es en las propias jerarquías retributivas y de estatus internas a las empresas, donde se encuentra la raíz y la esencia del problema de la falta de igualdad (Néron, P-Y, 2015, p: 178).

<sup>19</sup> L. A. Bebchuk y colaboradores son los autores más representativos de esta teoría.

tajas que ello comporta, ejerciendo los CEOs una fuerte influencia sobre esta nominación y reelección (Bebchuk, L., A., Fried, J., M., Walker, D., I., 2002, p: 766; Moriarty, J., 2006, p: 157). Se trata de un ejercicio de influencia del que resulta una violación del deber fiduciario del CA con respecto a los accionistas de la empresa (Kolb, R., 2011, p: 684; Moriarty, J., 2006, p:158). Deber que obliga a anteponer los intereses de los accionistas a los de los propios consejeros. No obstante, es posible conceder que estas interferencias puedan ser el resultado inadvertido de un “efecto club” (Kolb, R., 2006, p: 5) o de un “error de proyección”, en virtud del cual los CEOs tienden a seleccionar como componentes de los CAs a personas con las que coinciden en puntos de vista, valores e interpretaciones acerca del desenvolvimiento de la actividad empresarial (Kolb, R., 2011, p: 685)<sup>20</sup>. También cabe indicar que la reciprocidad a la que se pueden ver abocados el CEO y el CA tiene aspectos tanto negativos como positivos ya que si bien hace que el CA pierda independencia también puede dar lugar a una colaboración más estrecha (O’Reilly, C., A., Main, B., G., M., 2010, p: 685). Además, con frecuencia dentro de los CAs se forman CCs que tienen como objetivo hacer propuestas sobre la retribución del CEO y que, en muchos casos, se caracterizan por su debilidad. Cuando se trata de renegociar la compensación, el CEO puede intentar que personas de su confianza formen parte del CC o incluso influir en la nominación del máximo responsable del mismo (Choe, Ch., Tian, G., Y., Yin., 2014, p: 239).

- En segundo lugar, los CEOs disponen en la práctica de amplios márgenes de discrecionalidad para beneficiar de forma directa o indirecta a los consejeros: contratando a sus empresas, influyendo sobre su nivel de compensación, etc. Además, no hay que olvidar que los consejeros ejecutivos (CE) se encuentran o se van a encontrar bajo la dependencia jerárquica del CEO<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> J. D. Westphal y E.J. Zajac muestran que mientras mayor es el poder del CEO sobre el CA más parecidos serán en términos personales y sociales los nuevos consejeros a los CEOs y más generosas serán las compensaciones de este último (Westphal, D., J., Zajac, E., J., 1995, pp: 77-78). Desde una óptica diferente, P. Zhang y colaboradores proponen un modelo con base en la teoría de la dependencia para comprender las relaciones de poder entre el CEO y el CA. Aunque estos autores consideran que existe una dependencia mutua, sugieren que el CEO tiende a prevalecer como consecuencia de la elevada asimetría existente, en perjuicio del CA, en lo relativo a la obtención de información relevante de la empresa (Zhang, P, Fadil, P., Baynard, Ch., 2015, p: 67). Además, a medida que el CEO tiene más antigüedad más control obtiene sobre los sistemas de información de la empresa (Hill, Ch., W., L., Phan, P., 1991, p: 708).

<sup>21</sup> J. B. Wade y colaboradores muestran cómo los niveles de retribución de los directivos se encuentran asociados al nivel de la compensación del CEO. También muestran cómo el grado de esta asociación disminuye a medida que se baja en la jerarquía de la empresa (Wade, J., B., O’Reilly, III, Ch., A., Pollock, Timothy., G., 2006, p: 540). En oposición a esta idea, la “teoría de la competición” sugiere que importantes diferencias de retribución en el seno del equipo directivo puede mejorar los resultados de la empresa, al estimular la competencia en orden a lograr los ascensos. La investigación desarrollada por M. Athavale y S. M. Avila en el sector del seguro parece confirmar la “teoría de la competición” frente a modelos más equitativos dentro de los propios equipos directivos (Athavale, M., Avila, S., M., 2005, pp: 135 y 146).

- En tercer lugar, los consejeros carecen en la práctica del tiempo y los medios necesarios para formarse por sí solos un criterio acerca de la adecuada compensación de los CEOs. De aquí que recurran con frecuencia a los Departamentos de Recursos Humanos de las Empresas y a empresas consultoras, especializadas en los problemas de compensación. Los unos y las otras tienen escasos incentivos para oponerse a la elevada retribución del CEO. Los Departamentos de Recursos Humanos por su dependencia jerárquica, presente o futura, y las consultoras por su vulnerabilidad, ya que desagradar a los altos ejecutivos puede significar el fin de encargos adicionales por parte de la empresa del CEO (Core, J., E., Guay, W., R., Thomas, R., S., 2005, p: 1150). El consultor que recomiende bajar la paga del CEO corre el riesgo de no volver a ser contratado. En este sentido J. C. Bogle considera abiertamente que una parte importante de la responsabilidad en las disparatadas retribuciones de los CEOs tiene su origen en la elevada compensación de los consultores y en su forma de operar en este ámbito. Estas empresas suelen agrupar a los CEOs en cuartiles en función de su retribución. Cuando un CA encuentra que la retribución de su CEO se sitúa en el cuarto cuartil, la aumenta hasta llevarla, por ejemplo, al tercero, lo que desde luego hace caer a otros al cuarto. De esta forma el ciclo se repite dando lugar, con el paso del tiempo, a indefectibles incrementos de la retribución, siempre con la coartada del recurso a consultores y metodologías imparciales (Bogle, J., C., 2008, p: 23)<sup>22</sup>.

- Finalmente, se debe indicar que existen redes sociales y de influencia entre los altos directivos que nutren los CAs. Estas redes se explican a través de factores psicológicos y sociales, tales como la amistad, la lealtad, la reciprocidad, la colegialidad, etc. y pueden ir mucho más allá del “efecto club” anteriormente mencionado. Hay que tener en cuenta que un porcentaje elevado de consejeros son a su vez CEOs en otras empresas (Nichols, D., Subramaniam, Ch., 2001, p: 347). Los altos directivos de un país, e incluso de áreas geográficas más amplias, forman un selecto colectivo dentro del cual se compite, pero en cuyo seno se establecen también redes de protección, ayuda mutua y solidaridad en la cúspide de la pirámide profesional y social<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> T. Shin encuentra indicios de asimetría en los procesos de evaluación comparativa que se utilizan para determinar la compensación de los CEOs: “Solamente los CEOs poderosos reaccionan con éxito ante la inequidad, promoviendo ajustes al alza cuando se encuentran infra-pagados y evitando ajustes a la baja cuando se encuentran sobre-pagados” (Shin, T., 2016, p: 442). Esta asimetría genera un efecto “Lago Wobegon” que da lugar a un incremento continuo de la retribución (Shin, T., 2016, p: 442; Peetz, D., 2015, p: 713).

<sup>23</sup> J. D. Harris cita diversos autores que consideran que las grandes empresas en Estados Unidos se encuentran supervisadas por una red relativamente reducida de altos ejecutivos con estrechas relaciones entre ellos, lo que tiene un impacto sustancial sobre los problemas de gobierno corporativo y sobre su propia retribución (Harris, J., D., 2009, p: 150). Este autor considera que las relaciones existentes entre un reducido y selecto grupo de altos ejecutivos pone incluso en duda la igualdad de oportunidades en el acceso al puesto de CEO (Harris, J., D., 2009, pp: 151 y 152; Harris, J., D., 2006,

La “objección igualitaria” a las elevadas retribuciones de los CEOs plantea el problema de la tendencia de las élites económicas a reproducirse a través de selectivos procesos de exclusión e inclusión (Néron, P-Y, 2015, p: 176).

Para L. A. Bebchuk, J. M. Fried y D. I. Walker se está en presencia de un proceso de corrupción explícito o implícito en el que unos CAs excesivamente condescendientes, débiles y que, incumpliendo su deber fiduciario al anteponer sus propios intereses, permiten retribuciones muy elevadas del CEO y poco sensibles a los resultados de la empresa (Bebchuk, L., A., Fried, J., M., Walker, D., I., 2002, pp: 783-793). De esta forma, los CEOs obtendrían compensaciones muy superiores y con una estructura muy diferente a la resultante de una negociación desarrollada en un plano de igualdad e independencia, aun teniendo en cuenta las imperfecciones de mercado y los problemas de agencia. Hay que señalar que muchos de los argumentos esgrimidos por estos autores parecen tener una mayor fuerza cuando el CEO proviene de la propia empresa o cuando renegocia su retribución, más que cuando provienen del exterior. No obstante, en este sentido J. Moriarty cita a autores que estiman que, al menos en Estados Unidos, en torno al 75 por ciento de los nuevos CEOs acceden al cargo desde el interior de la empresa (Moriarty, J., 2009, p: 240)<sup>24</sup>.

Además, L. A. Bebchuk y colaboradores consideran que el poder moderador de los accionistas, de los mercados de trabajo, de valores, de productos y de capitales resulta de escasa entidad a la hora de poner freno al poder y a los excesos retributivos de los CEOs (Bebchuk, L., A., Fried, J., M., Walker, D., I., 2002, pp: 774-778).

El único freno realmente efectivo a estos excesos es que la “indignación” de los accionistas y de diversos grupos externos a la empresa puede dar lugar a importantes costes en términos de imagen, reputación y credibilidad para los CEOs, los CAs y el propio modelo de gobierno corporativo<sup>25</sup>. Estas reacciones negativas, a las que L. A. Bebchuk y colaboradores denominan “costes de la indignación”, explican tanto el establecimiento de ciertos límites retributivos como, sobre todo, el “camuflaje” de la compensación (Bebchuk, L., A., Fried, J., M., Walker, D., I., 2002, pp: 786-788; Weisbach, M., S, 2007, pp: 425 y 426). Se trata de diseñar un sistema de retribución con una escasa visibilidad pública que haga más difícil conocer su cuantía real y que se encuentre relacionado tan solo en apariencia con los resultados de la empresa. El objetivo es que los “costes de la indignación” no

pp: 72-73). Entre los CEOs y los consejeros existe lo que D. Peetz denomina “identidades solapadas” (Peetz, D., 2015, pp: 710-711).

<sup>24</sup> En esta línea, I. S. Fulmer señala que entre 2000 y 2005 la cobertura de la vacante del CEO con personas externas a la empresa ocurrió aproximadamente en el 32,7 por ciento de los casos (Fulmer, I., S., 2009, p: 665).

<sup>25</sup> “Considerando que algo como el ‘capital en términos de reputación’ es crucial, los salarios extremadamente altos de los CEOs son simplemente perjudiciales para la actividad empresarial” (Néron, P-Y, 2015, p: 172).

hagan su aparición. En esta “ingeniería salarial” destacan, entre otras prácticas, las siguientes: las retribuciones diferidas, los planes de pensiones, los créditos concedidos por la empresa a un reducido interés, el establecimiento de relaciones de carácter mercantil con el CEO después de su salida de la empresa, los beneficios en especie después del retiro o, igualmente, de la salida de la empresa, los “ataúdes de oro”<sup>26</sup>, la entrega directa de acciones de la empresa sin compromiso de mantenimiento en cartera por parte del directivo durante un cierto tiempo, la vinculación tan solo aparente entre la retribución y los resultados de la empresa, las prácticas de blindaje del CEO o “paracaídas de oro”, la modificación de las condiciones iniciales de la entrega de opciones sobre acciones en beneficio del CEO (Geiler, P., Renneboog, L., 2011, p: 137; Peetz, D., 2015, p: 716), las generosas indemnizaciones en caso de cambio de los accionistas de referencia, etc.

Si se considera que la aproximación del poder directivo se ajusta a la realidad<sup>27</sup> no se puede aceptar la legitimidad y la eficiencia de las elevadas compensaciones de los CEOs, siendo necesaria la introducción de cambios profundos y controles adicionales en el modelo prevalente de gobierno corporativo. Incluso se llega a proponer que exista un salario máximo o “techo salarial” que no pueda ser sobrepasado.

Desde esta óptica se puede afirmar, de acuerdo con J. K. Galbraith, que: “El salario del director ejecutivo de la gran corporación no es un premio del mercado por sus logros. Con frecuencia tiene la naturaleza de un cálido gesto personal del ejecutivo consigo mismo”<sup>28</sup>. Según este autor, las elevadas retribuciones de los CEOs no se explican por la lógica del mercado, sino que se las conceden ellos mismos por el poder que ostentan.

#### **4. LA COMPENSACIÓN DE LOS CEOS EN LAS EMPRESAS COTIZADAS EN ESPAÑA**

Para el desarrollo de la investigación empírica sobre la aproximación del poder como determinante de la retribución de los CEOs en España se ha recurrido a las fuentes de información, la metodología y las variables que a continuación se explicitan:

##### **4.1. Fuentes de información y metodología de investigación utilizada**

<sup>26</sup> Importantes beneficios para los herederos del CEO en caso de fallecimiento estando en el ejercicio del cargo.

<sup>27</sup> Entre los partidarios de este punto de vista destacan, además de L. A. Bebchuk y colaboradores, los siguientes autores: Bertrand, M., Mullainathan, S., 2001; Hambrick, D., C., Finkelstein, S., 1995 y Main, B., G., O'Reilly, C., A., Wade, J., 1995.

<sup>28</sup> Citado por Néron P-Y, 2015, p: 175 y por Harris, J., D., 2009, p: 148.

Las empresas que forman parte de la base de datos construida son aquellas que, cotizando en algunas de las cuatro bolsas españolas, se encuentran integradas en el Sistema de Interconexión Bursátil Español (SIBE). Los únicos CEOs de empresas cotizadas excluidos han sido aquellos pertenecientes a empresas que carecen de consejeros ejecutivos, las que se encontraban judicialmente administradas, las filiales de multinacionales y las cotizadas en parqué o mercado de corros. A continuación, con los CEOs no excluidos y que han permanecido en sus cargos los años 2013, 2014, 2015 y 2016 se ha confeccionado una base de datos de panel, referente a cada uno de los años mencionados, con información de 64 CEOs. De esta forma se combina una dimensión transversal (CEOs) con otra temporal (años), con un total de 256 observaciones, lo que da lugar a un panel balanceado.

Las fuentes de información a las que se ha recurrido han sido las siguientes:

- Informe Anual de Gobierno Corporativo (IAGC).
- Información Financiera Intermedia (INF) de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).
- Informe Anual sobre las Remuneraciones de los Consejeros (IARC).
- Estadísticas de Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas (EGC).
- Informe Anual del Mercado Continuo (IAMC).

Estas fuentes de información han sido utilizadas de forma individualizada para obtener los datos relativos a la variable dependiente y a las variables independientes que forman parte del modelo utilizado. Más adelante se especifica de forma concreta la fuente de que la que ha sido obtenida la información acerca de cada variable.

La metodología de investigación y el programa de *software* estadístico utilizados han sido una regresión con datos de panel y *Stata 12*. Tradicionalmente, para analizar relaciones causales se ha utilizado la regresión de Mínimos Cuadrados Ordinarios (MCO). Sin embargo, esta metodología produce estimaciones sesgadas si existe un efecto latente no observable derivado de una posible heterogeneidad en la muestra. Mediante la regresión con datos de panel se puede controlar este efecto y obtener mejores estimaciones. Así mismo, esta última metodología, a través del estudio del efecto temporal, también hace más rica la estructura de los datos y aporta información que no se presenta en un único año o corte.

#### **4.2. Análisis de la variable explicada y su estructura: La Retribución Total del CEO**

La estructura retributiva hace referencia a los diversos componentes en que puede ser dividida la retribución total. La fuente utilizada, concretamente el IARC, permite obtener información sobre esta estructura y, con base en la misma, conocer la compensación total de cada CEO<sup>29</sup>. En este sentido se diferencia entre los siguientes componentes:

<sup>29</sup> Se incluye la retribución obtenida tanto en la propia empresa como en otras sociedades del grupo.

- Salario: Bajo la denominación de salario<sup>30</sup>, se incluye el sueldo, la retribución fija por su condición de pertenencia al CA, la dieta por asistencia al CA y a sus comisiones delegadas y la remuneración por pertenencia a comisiones delegadas o consultivas diferentes a las dietas o con independencia de su asistencia efectiva. También incluye el importe total de restantes retribuciones devengadas en el ejercicio, incluyendo la retribución en especie, primas de seguros de vida y el importe total de otras retribuciones devengadas que no puedan ser incluidas en otros conceptos retributivos.

- *Bonus*: Este concepto engloba la retribución variable a corto plazo ligada al desempeño u objetivos tanto cuantitativos como cualitativos, individuales o de grupo, por un periodo de devengo de un año o menos. También incluye la retribución variable a largo plazo o con periodo de vencimiento superior al año.

- Acciones, opciones y sistemas de ahorro (ACOP): bajo este epígrafe se engloban el importe de las acciones entregadas durante el ejercicio, el beneficio bruto de las opciones ejecutadas y las aportaciones del ejercicio a los sistemas de ahorro a largo plazo, incluyendo los planes de pensiones y los seguros de previsión. Se trata de un componente de la estructura retributiva que presenta una gran variabilidad interanual, ya que lo normal es que no se entreguen acciones ni se ejecuten opciones todos los años.

La suma de estos componentes de la estructura de la retribución de los CEOs da lugar a la variable explicada o dependiente denominada Retribución Total del CEO (RT).

Como se puede observar en la Tabla N° 1, la Retribución Total Media de los CEOs de la base de datos se situaba en 2016 en 2.270.000,00 euros, aunque con un elevado coeficiente de variación. Por su parte, la mediana, que puede ser en este caso una medida de tendencia central más ilustrativa que la media, ascendía a 1.187.500,00 euros. Llama también la atención el considerable incremento que se produce en 2014 tanto de la media (26,08%) como de la mediana (33,95%) de la Retribución Total de los CEOs, probablemente como consecuencia de la finalización de la profunda crisis que afecta a la economía española entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2013.

Tabla N° 1

RETRIBUCIÓN TOTAL DE LOS CEOs				
Años	2013	2014	2015	2016
Media	1.551.739,56€	1.941.343,75€	2.101.687,50€	2.270.000,00€
Desviación Típica	1.817.765,67€	2.291.903,47€	2.572.591,63€	2.932.553,25€
Coefficiente de Variación	117,14%	118,05%	122,40%	129,19%
Mediana	802.500,00€	1.075.000,00€	1.185.000,00€	1.187.500,00€
Número de CEOs	64	64	64	64

<sup>30</sup> Es obvio que no se está haciendo referencia al concepto legal de salario.

Por su parte, en la Tabla Nº 2 se presenta información relativa a cada uno de los años considerados de cada uno de los tres componentes de la Retribución Total. Como se puede observar, el componente retributivo denominado ACOP con el paso de los años gana peso en la Retribución Total, en detrimento del Salario y los *Bonus*. No obstante, el coeficiente de variación de este componente resulta, como era de esperar, especialmente elevado.

Tabla Nº 2.

CEOs 2013				
Estructura Retributiva 2013	Media	Porcentaje sobre la Retribución Total	Desviación Típica	Coeficiente de variación
SALARIO	784.586,30€	50,56%	671.285,11€	85,56%
<i>BONUS</i>	544.355,88€	35,08%	804.364,58€	147,76%
ACOP	222.797,39€	14,36%	527.177,03€	236,62%
RETRIBUCIÓN TOTAL	1.551.739,56€	100,00%	1.817.765,67€	117,14%
CEOs 2014				
Estructura Retributiva 2014	Media	Porcentaje sobre la Retribución Total	Desviación Típica	Coeficiente de variación
SALARIO	823.140,63€	42,40%	701.946,97€	85,28%
<i>BONUS</i>	661.609,38€	34,08%	890.340,23€	134,57%
ACOP	456.593,75€	23,52%	1.034.386,45€	226,54%
RETRIBUCIÓN TOTAL	1.941.343,75€	100,00%	2.291.903,47€	118,06%
CEOs 2015				
Estructura Retributiva 2015	Media	Porcentaje sobre la Retribución Total	Desviación Típica	Coeficiente de variación
SALARIO	899.468,75€	42,80%	728.348,14€	80,98%
<i>BONUS</i>	732.312,50€	34,84%	1.275.006,35€	174,11%
ACOP	469.906,25	22,36%	1.202.011,43€	255,80%
RETRIBUCIÓN TOTAL	2.101.687,50€	100,00%	2.572.591,64€	122,41%
CEOs 2016				
Estructura Retributiva 2016	Media	Porcentaje sobre la Retribución Total	Desviación Típica	Coeficiente de variación
SALARIO	911.218,75€	40,14%	739.032,50€	81,10%
<i>BONUS</i>	620.671,88€	27,34%	840.109,52€	135,35%
ACOP	738.109,38€	32,52%	1.846.942,53€	250,23%
RETRIBUCIÓN TOTAL	2.270.000,00€	100,00%	2.932.553,26€	129,19%

En la Tabla N° 3 se compara la media y la mediana de la Retribución Total de los CEOs de la base de datos en 2014 con la media y la mediana de la Retribución Total de un empleado que haya trabajado en España a tiempo completo y durante todo el año 2014<sup>31</sup>.

Tabla N° 3

2014		
Encuesta de Estructura Salarial		
	Retribución Anual de un empleado trabajando a tiempo completo y durante todo el año	Número de veces la Retribución Anual Media de un empleado en España
Media	29.964,74€	1,00
Desviación típica	23.357,78€	
Mediana	24.394,39€	1,00
Empresas integradas en el SIBE que cotizan en algunas de las cuatro bolsas españolas y que han mantenido el mismo CEO durante los años 2013, 2014, 2015 y 2016.		
Retribución Anual del CEO		
Media	1.941.343,75€	64,79
Desviación típica	2.291.903,47€	
Mediana	1.075.000,00€	44,07

Como se puede observar en la referida Tabla, la media de la compensación del CEO es 64,79 veces la retribución media de los 172.517 empleados que trabajando a tiempo completo formaban parte de la muestra de la Encuesta de Estructura Salarial<sup>32</sup>. Cifra que pasa a 44,07 en el caso de la mediana. Cantidades que ilustran el número de años que tendría que trabajar un empleado para obtener la misma cantidad de compensación que recibe un CEO en un solo año.

En otro orden de cosas, debido a los problemas de asimetría y curtosis de la variable (RT) se ha introducido en el modelo recurriendo al logaritmo neperiano (LNRT). Esta transformación de la forma funcional de la variable elimina los problemas de asimetría y atenúa los de curtosis como se puede observar en la Tabla N° 4.

<sup>31</sup> Este cálculo se ha realizado utilizando los datos individualizados de la “Encuesta de Estructura Salarial”, de frecuencia cuatrienal, del Instituto Nacional de Estadística. Instituto Nacional de Estadística, “Encuesta de Estructura Salarial”, Encuesta Cuatrienal de 2014. Obtenido en Datos Individualizados, publicada en octubre de 2016, [www.ine.es](http://www.ine.es).

<sup>32</sup> Peter Drucker sugirió hace años que esta cifra no debería ser superior a 20 (citado por Néron, P-Y, 2015, p: 173).

Tabla Nº 4

Asimetría/Curtosis. Test de Normalidad					
Variable	Observaciones	Coefficiente de Asimetría	p-valor asociado al test de asimetría	Coefficiente de curtosis	p-valor asociado al test de curtosis
RT	256	2,35	0,0000	9,08	0,0000
LNRT	256	0,11	0,4391	2,32	0,0015

### 4.3. Variables explicativas e hipótesis

Las variables independientes<sup>33</sup> que se han introducido en el modelo como explicación del LNRT se pueden dividir en dos grandes grupos: variables relativas al poder del CEO y variables de control:

#### 4.3.1. Variables relativas al poder del CEO

En el contexto de las investigaciones sobre la compensación de los CEOs se ha tratado de inferir el poder del mismo a través de variables *proxys* muy diversas relacionadas con el propio CEO, con el CA o con la empresa en la que ostenta el cargo: edad, nacionalidad, nivel de instrucción, antigüedad del CEO en el CA de la empresa, antigüedad del CEO en el cargo, su carisma, número de consejeros del CA, presencia de CEs en el CC, concentración de acciones en pocos propietarios, porcentaje de propiedad por parte de inversores institucionales, los derechos políticos del CEO, simultanear el cargo de CEO con otros cargos no ejecutivos en la misma u otras empresas, proporción de consejeros nombrados antes del nombramiento del CEO, diversos indicadores económico-financieros de la empresa, el porcentaje de CE en el CA, “porción de paga del CEO”<sup>34</sup> (Véase a este respecto, entre otros, a: Kalyta, P., 2009, p: 418; Van der Laan, G., 2010, pp: 163, 168 y 170; Choe, Ch., Tian, G., Y., Yin., 2014, p: 238; Bebchuk, L., A., Cremers, Martijn K. J. & Peyer, Urs C., 2011, p: 199; Cordeiro, J., J., Veliyath, R., 2003, p: 62; Shin, T., 2016, p:431; Hill, Ch., W., L., Phan, P., 1991, p: 708; Lin, D., Kuo, H-Ch., Wang, L-H., 2013, p: 39; Conyon, M., J., He, L., 2004, p: 40; Essen, M., V., Otten, J., Carberry, E., J., 2015, pp: 168-172). Además, lo que para algunos autores son *proxys* genuinos del poder del CEO para otros se trata de meras variables de control.

<sup>33</sup> Todas las variables del modelo son continuas.

<sup>34</sup> Porcentaje que la retribución del CEO representa sobre la compensación total de los cinco ejecutivos de mayor nivel de la empresa. Se trata de un indicador del poder de negociación del CEO que, por razones obvias, plantea problemas cuando lo que se pretende es explicar la compensación total, ya que la variable explicada pasa a formar parte de variable explicativa.

En este trabajo sobre la compensación de los CEOs en España, se utiliza una concepción multidimensional del poder basada en *proxys* objetivas, obtenidas de la información de carácter público y oficial anteriormente mencionadas. Estos *proxys* son los siguientes:

*-La antigüedad del CEO en el CA de la empresa*

Se ha utilizado información sobre la antigüedad (*antg*) en días del CEO desde su primer nombramiento como consejero de la empresa. Se trata de lo que G. Van del Laan denomina “poder estructural” del CEO (Van del Laan, G., 2010, p: 163)<sup>35</sup>. La hipótesis establecida, de acuerdo con este autor, es que los CEOs que han ocupado durante un mayor tiempo el cargo de consejero de la empresa han tenido mayores oportunidades de desarrollar relaciones interpersonales intensas con el resto de los consejeros, lo que constituye una importante base de poder en el seno del CA, que puede ser utilizada para obtener una mayor compensación. El IAGC permite obtener información sobre esta variable.

*-Los derechos políticos del CEO*

Los derechos políticos de CEO o porcentaje de acciones de la empresa en posesión del CEO (*dpcej*) puede ser considerado un factor determinante del poder del CEO. Se trata de lo que G. Van del Laan denomina “poder de propiedad” del CEO (Van del Laan, G., 2010, p: 163). Desde esta óptica se considera que mientras mayor sea este porcentaje mayor será su poder en el CA y mayor será su retribución (Fulmer, I., S., 2009, p: 664). El IAGC proporciona información sobre esta variable.

*- El porcentaje de CEs en el CA*

Al igual que en el caso anterior, el porcentaje que representan los CEs sobre el total de consejeros del CA (*pceca*), puede ser interpretado como un indicador de poder del CEO (Choe, Ch., Tian, G., Y., Yin, X., 2014, p: 238 y 240). La razón fundamental es que los CEs se encuentran o se encontrarán bajo la dependencia jerárquica del CEO, lo que merma la independencia del CA (Morse, A., Nanda, V., Seru, A., 2011; Choe, Ch., Tian, G., Yin, X., 2014, p: 240; Kalyta, P., 2009, p: 412; Cordeiro, J., J., Veliyath, R., 2003, p: 57)<sup>36</sup>. Con frecuencia las prácticas de buen gobierno recomiendan el nombramiento de consejeros no ejecutivos, especialmente en los comités de auditoría y de compensación. En este caso la hipótesis establecida es que mientras mayor sea el porcentaje de CEs en el CA mayor será la retribución del CEO. La EGC proporciona información sobre esta variable.

<sup>35</sup> Los CEOs ganan poder con el tiempo a medida que obtienen control sobre las votaciones, consolidan un aura patriarcal o cooptan a componentes del CA (Fredrickson, J., W., Hambrick, D., C., Baumrin, S., 1988, p: 258).

<sup>36</sup> En algunos casos se utiliza como proxy de poder la proporción de consejeros externos a la empresa en el CA y se establece la hipótesis de que mientras mayor sea este porcentaje menor será el poder del CEO en el CA y menor será su compensación.

#### 4.3.2. Variables de control

Junto a las variables relativas al poder del CEO se han contemplado en el modelo un conjunto de variables de control. La introducción de estas últimas resulta necesaria ya que cuando se omiten variables relevantes las estimaciones de la regresión resultan sesgadas, siendo realmente difícil estimar cuáles hubieran sido los efectos de las variables contempladas si el modelo hubiera tenido una especificación más adecuada o más completa (Fulmer, I., S., 2009, p: 661). Las variables de control introducidas son el grado de internacionalización y la dimensión de la organización, junto con un grupo de indicadores acerca de la situación económico-financiera de la empresa (Cordeiro, J., J., Veliyath, R., 2003, p: 59). Mientras que las dos primeras variables encuentran parte de su justificación teórica en las fuerzas que operan en el mercado de trabajo de los CEOs, las últimas la encuentran, fundamentalmente, en las imperfecciones de este mercado y en la Teoría de la Agencia.

Como afirman H. L. Tosi y colaboradores, la dimensión y los resultados de la empresa son los dos determinantes de la retribución del CEO que han recibido más atención empírica y conceptual, con estudios que se remontan a la década de los años 20 del pasado siglo (Tosi, H., L., Wesner, S., Katz, J., P., Gómez-Mejía, L. R., 2000, p: 302). Los indicadores que se han utilizado para ilustrar los resultados de la empresa han sido muy numerosos (Tosi, H., L., Wesner, S., Katz, J., P., Gómez-Mejía, L. R., 2000, p: 307) y objeto de críticas frecuentes (Kaplan, S., N., 2008, p: 30). Además, las conclusiones de las investigaciones empíricas acerca de la relación entre estos resultados y la retribución del CEO son contradictorias. Así, mientras que unos autores concluyen que son un importante determinante de la compensación de los CEOs, otros consideran que las evidencias empíricas fracasan en dar soporte a esta relación (Tosi, H., L., Wesner, S., Katz, J., P., Gómez-Mejía, L. R., 2000, pp: 305 y 306; Jiraporn, P., Kim, Y., S., Davidson III, W., N., 2005, p: 257).

Las variables de control utilizadas han sido las siguientes:

##### - *Internacionalización de la empresa*

El grado de internacionalización (inte) de la empresa ha sido calculado como el porcentaje que las ventas fuera de España suponen con respecto a la cifra total de la facturación de la empresa (Sanders, WM., G., Carpenter, M., A., 1998, p: 166 y 169). La hipótesis establecida en este caso es que la retribución del CEO será mayor en la medida que la empresa se encuentre más internacionalizada dada la mayor complejidad que supone la gestión de una empresa que opera en un marco global. Se trata de una hipótesis consistente con la idea de que la retribución del CEO se encuentra determinada por las fuerzas de la oferta y la demanda que operan en el mercado de trabajo y con el argumento de la escasez de CEOs con el capital humano necesario para operar en un ámbito internacional. El INF permite recabar información sobre esta variable.

*- La dimensión de la empresa*

La dimensión o tamaño (ntot) de la empresa medida a través del número de trabajadores de la plantilla ha sido tradicionalmente considerado como un importante determinante de la retribución del CEO. La hipótesis que se establece en este caso es que a mayor tamaño de la empresa mayor retribución del CEO. El fundamento teórico de esta hipótesis es triple:

- De una parte, se encuentra, al igual que en el caso anterior, en el funcionamiento del mercado de trabajo. Se supone que organizaciones de mayor dimensión y, por ello, complejidad, necesitan CEOs con un capital humano y unas competencias más exigentes y escasas que darán lugar a una mayor retribución (Kostiuk, P., F., 1990, p: 91).

- De otra parte, las empresas de mayor dimensión pagan más a sus CEOs debido al mayor número de niveles ejecutivos y a la necesidad de mantener diferencias retributivas de cierta entidad entre estos niveles (Gómez-Mejía, L. R., Tosi, H., Hinkin, T., 1987, p:51).

- Finalmente, las empresas de mayor dimensión es probable que tengan un mayor poder sobre los mercados e incluso sobre los poderes públicos, lo que puede ser utilizado para conceder compensaciones más elevadas a sus CEOs. Además, “la elevada paga del CEO en las grandes empresas tiene un significado simbólico y refuerza el estatus de la organización” (Peetz, D., 2015, p: 712).

En el meta-análisis realizado por Tosi y colaboradores se llega a la conclusión de que el tamaño de la organización es mejor predictor de la paga del CEO que los resultados de la empresa, en las organizaciones controladas por una dirección profesional diferente de la propiedad (Tosi, H., L., Wesner, S., Katz, J., P., Gómez-Mejía, L. R., 2000, p: 330). Se trata de lo que M. Gigliotti denomina el “premio de dimensión” (Gigliotti, M., 2013, p: 889 y 901). El INF permite obtener información sobre esta variable.

*-La revalorización de la acción*

La revalorización de la acción (revl) hace referencia al incremento o disminución del valor de la acción de la empresa en el mercado desde el 31 de diciembre de un año a la misma fecha del año siguiente. La hipótesis que se establece con respecto a esta variable es que la retribución del CEO aumentará con la revalorización de la acción en el mercado de valores (Jiraporn, P., Kim, Y., S., Davidson III, W., N., 2005, p: 257). El IAMC proporciona información sobre esta variable.

*-El dividendo como porcentaje de la capitalización de la empresa*

El dividendo otorgado a los accionistas expresado como porcentaje de la capitalización de la empresa (divca) constituye una ratio frecuentemente utilizado de rentabilidad. La hipótesis establecida en este sentido es que mientras más elevado sea mayor será la retribución del CEO. No obstante, se trata de un indicador no exento de problemas ya que muchas empresas, aun teniendo malos resultados, dan dividendos con cargo a reservas por razones políticas o de imagen. El INF en combinación con el IAMC proporciona información sobre esta variable.

*-Los fondos propios como porcentaje de los activos de la empresa*

Los fondos propios expresados como porcentaje del conjunto de los activos de la empresa (rafon), constituyen otro indicador acerca de la situación económico-financiera de la entidad. La hipótesis a este respecto es que mientras mayor sea este porcentaje mayor será la retribución del CEO. El INF permite obtener información sobre esta variable.

*-Los resultados consolidados como porcentaje de la facturación total*

Una cuarta y última variable relacionada con la situación económico-financiera de la empresa, es el porcentaje que los resultados consolidados suponen sobre la cifra de negocios (margen). La hipótesis en este sentido es que mientras mayor sea este porcentaje mayor será la retribución del CEO. El INF proporciona información sobre esta variable.

**4.4. Análisis descriptivo de las variables**

En la Tabla Nº 5 se presenta información descriptiva de las variables utilizadas en línea con las hipótesis establecidas y agregando todos los años contemplados en la investigación. También se muestra el factor de inflación de la varianza (FIV).

Tabla Nº 5

Variables	Observaciones	Media	Desviación Típica	Mínimo	Máximo.	FIV
RT	256	1.966.193,00	2.438.219,00	114.000,00	15.266.000,00	
LNRT	256	13,88	1,12	11,64	16,54	
antg	256	5.139,59	3.468,48	217,00	17.351,00	1,26
dpcej	256	6,17	14,56	0,00	70,27	1,76
pceca	256	19,23	9,63	0,00	50,00	1,92
inte	256	47,45	34,07	0,00	98,05	1,34
ntot	256	21.176,98	43.606,44	5,00	217.908,00	1,24
revl	256	42,32	272,91	-96,84	3.760,00	1,01
divca	256	1,85	2,37	0,00	20,70	1,08
rafon	256	25,71	46,39	-279,29	95,28	1,46
margen	256	65,23	494,92	-1.386,36	4.724,01	1,22

Como se puede observar en la referida Tabla no se presentan problemas de colinealidad, ya que para todas las variables el FIV se mantiene muy por debajo (de 1,01 a 1,92) del nivel de corte de 10 establecido para los modelos de regresión múltiple (Hair, Jr., J., F., Anderson, R., E., Black, B., Babin, B., J., Black, W., C., 2010, p: 204).

Tabla N° 6

Correlaciones	LNRT	antg	dpcej	pceca	Inte	ntot	revl	divca	rafon	margen
LNRT	1									
antg	0,03	1								
dpcej	-0,14*	0,31*	1							
pceca	-0,16*	0,31*	0,48*	1						
inte	0,38*	0,09	-0,01	-0,26*	1					
ntot	0,55*	0,14*	-0,09	0,00	0,36*	1				
revl	-0,02	0,02	0,04	0,03	-0,06	-0,05	1			
divca	0,14*	0,02	-0,20*	-0,20*	0,08	0,01	-0,09	1		
rafon	-0,02	-0,05	-0,45*	-0,45*	0,17*	-0,02	-0,01	0,15*	1	
margen	-0,10	-0,10	-0,17*	0,22*	-0,17*	-0,06	-0,01	-0,04	0,05	1

\* Significativo al 5%

Como muestra la Tabla N° 6, por lo que respecta a la variable dependiente LNRT cabe destacar los elevados coeficientes de correlación que existen con las variables explicativas grado de internacionalización (inte: 0,38) y tamaño de la empresa (ntot: 0,55), ambos significativos. En lo relativo a las correlaciones significativas entre las variables independientes, las más elevadas son las siguientes:

- De una parte, entre el porcentaje de acciones en poder del CEO (dpcej) y el porcentaje de consejeros ejecutivos en el CA (pceca), un 0,48.

- De otra parte, también se observa una elevada correlación negativa entre los dos indicadores de poder anteriores (dpcej y pceca) y el porcentaje que representan los fondos propios de la entidad con respecto a los activos (rafon), -0,45 en ambos casos.

- Finalmente, cabe también destacar la correlación existente entre el grado de internacionalización de la empresa (inte) y la dimensión (ntot), un 0,36.

#### 4.5. Modelo objeto de estudio

Para la estimación de las relaciones entre LNRT y las nueve variables anteriormente descritas se ha recurrido a un modelo en el que las variables que hacen referencia a los resultados o indicadores económico-financieros de la empresa se han introducido con un retardo de un año<sup>37</sup>. El motivo de este retardo radica en que, en la mayor parte de los casos, la compensación del CEO se encuentra influida por los resultados del año anterior más que por los resultados del mismo año en el que percibe esta compensación (Lin, D., Kuo, H-Ch., Wang, L-H., 2013, p: 32). Así, la especificación del modelo es la siguiente:

$$LNRT_{it} = \beta + \alpha_0 antg_{it} + \alpha_1 dpcej_{it} + \alpha_2 pceca_{it} + \alpha_3 inte_{it} + \alpha_4 ntot_{it} + \alpha_5 revl_{it-1} + \alpha_6 divca_{it-1} + \alpha_7 rafon_{it-1} + \alpha_8 margen_{it-1} + control(año) + \epsilon_{it}$$

<sup>37</sup> Debido a los retardos el número de observaciones pasa de 256 a 192.

Donde los índices  $i$  y  $t$  representan los CEOs y los años, respectivamente y  $\varepsilon_{it}$  es el término error.

Inicialmente, se ha recurrido al test de Breusch-Pagan Multiplicador de Lagrange para corroborar que existe un efecto latente individual y que, por ello, no cabe utilizar una regresión de MCO. ( $Chi^2: 141,19; \rho - \text{valor: } 0,0000$ ) Para asegurar la robustez de los resultados se han aplicado diversos test con vistas a la identificación del mejor modelo estadístico. Concretamente, se ha recurrido al test de Wooldridge para la auto-correlación en datos de panel, al de Wald para la heterocedasticidad grupal y al de Breusch-Pagan para la correlación contemporánea a través de paneles (Test de Pesaran). Después de la aplicación de estos test se han encontrado problemas únicamente de heterocedasticidad, los cuales han sido solucionados a través de la Regresión Lineal de Paneles Heteroscedásticos Corregidos de Errores Estándar (Véase Tabla N° 7).

Tabla N° 7.

Resultado de las estimaciones del Análisis de Regresión Lineal de Paneles Heteroscedásticos Corregidos de Errores Estándar. Retardo de un año de las variables relativas a los resultados o indicadores económico-financieros .		
Número de observaciones: 192.		
VARIABLES	LNRT	
antg	-0,0000240 (0,0000207)	
dpcej	-0,0054710 (0,0049947)	
pceca	-0,0077923 (0,0094197)	
inte	0,0072219*** (0,0020278)	
ntot	0,0000121*** (1,57 e <sup>-06</sup> )	
revl	0,0010296*** (0,0001867)	
divca	0,0376968 (0,0204719)	
rafon	-0,0028464 (0,0015234)	
margen	-0,0001668 (0,0001025)	
control (años)	2014	-----
	2015	0,1240033 (0,1535825)
	2016	0,1250466 (0,1568769)
constante	13,5537*** (0,2456968)	

R <sup>2</sup>	0,4070
Test Wald Chi <sup>2</sup>	183,33***
Test de Wooldridge	0,049
Test Modificado de Wald	3,9 e <sup>08</sup> ***
Test Pesaran	1,383
Los errores estándar corregidos de heterocedasticidad se muestran entre paréntesis. * $\rho$ -valor <0,05; ** $\rho$ -valor <0,01; *** $\rho$ -valor <0,001.	

#### 4. 6. Resultados

Como se puede observar en la Tabla N° 7, el modelo presenta una bondad de ajuste del 40,70% ( $R^2 = 0,4070$ ).

A la vista de la referida Tabla, no se han confirmado las hipótesis relativas a la influencia del poder del CEO sobre su compensación. Concretamente, ni la antigüedad del CEO en el CA ( $\alpha_0 = -0,0000240$ ;  $\rho$ -valor = 0,246 ), ni los derechos políticos del CEO ( $\alpha_1 = -0,0054710$ ;  $\rho$ -valor = 0,273 ), ni el porcentaje de CEs en el CA ( $\alpha_2 = -0,0077923$ ;  $\rho$ -valor = 0,408) inciden de forma significativa sobre la retribución del CEO.

Por su parte, sí han resultado significativos los coeficientes de las variables grado de internacionalización ( $\alpha_3 = 0,0072219$ ;  $\rho$ -valor = 0,000) y dimensión de la empresa ( $\alpha_4 = 0,0000121$ ;  $\rho$ -valor = 0,000 ), lo que ilustra que las empresas que operan en un ámbito internacional o tienen una mayor dimensión otorgan a sus CEOs, *ceteris paribus*, compensaciones más elevadas.

Con respecto a las variables relativas a los resultados o indicadores económico- financieros de la empresa, el único coeficiente que resulta significativo es el de la revalorización de la acción de la empresa en el mercado de valores ( $\alpha_5 = 0,0010296$ ;  $\rho$ -valor = 0,000).

Finalmente, las variable *dummies* relativa a los años se incluyen para controlar las diferencias no observadas entre los diferentes periodos (Lin, D., Kuo, H-Ch., Wang, L-H., 2013, p: 32). Los coeficientes de estas variables<sup>38</sup> no son significativos<sup>39</sup>.

#### 4.7. Conclusiones

Los resultados obtenidos permiten poner de manifiesto las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, que las hipótesis relativas al poder del CEO no se han visto confirmadas. Ni la antigüedad del CEO en el CA ( $\alpha_0$ ), ni el porcentaje

<sup>38</sup> Como existe un retardo en el modelo se presenta el resultado de dos *dummies* relativas a los años, en vez de tres.

<sup>39</sup> Se ha realizado un test global para analizar el efecto temporal, siendo la Hipótesis Nula ( $H_0$ ) que los coeficientes de las variables relativas a los años son iguales a cero. El resultado del contraste muestra que no existe el efecto temporal ( $Chi^2=0,86$ ;  $\rho$ -valor = 0,6495).

de acciones de la empresa propiedad del CEO (dpcej), ni el porcentaje que representan los consejeros ejecutivos en el CA (pceca) dan lugar a coeficientes estadísticamente significativos. A la luz de los resultados obtenidos la aportación de L. A. Bebchuk y colaboradores sobre la aproximación del poder del CEO, no se ve respaldada en lo que se refiere a la cuantía de su compensación en España, con la base de datos utilizada<sup>40</sup>.

- En segundo lugar, las dos hipótesis que tienen una mayor conexión con la teoría que justifica las elevadas retribuciones de los CEOs con base en las fuerzas que operan en el mercado de trabajo han sido confirmadas:

- De una parte, la hipótesis de que a mayor grado de internacionalización de la empresa mayor retribución del CEO, fundada en la idea de que operar en un marco global requiere de un capital humano y unas competencias más exigentes y escasas por parte del CEO, lo que debe ser correspondido con una mayor retribución.

- De otra parte, la hipótesis de que a mayor dimensión de la empresa mayor retribución del CEO. Se trata, al igual que en el caso anterior, de una hipótesis congruente con la teoría que relaciona las elevadas retribuciones de los CEOs con las mayores exigencias en cuanto a capital humano y competencias que comporta la gestión de organizaciones de mayor dimensión y complejidad. No obstante, también puede ser consecuencia del mayor número de estratos directivos y del mayor poder de las grandes organizaciones sobre la sociedad, los mercados y los poderes públicos. En cualquier caso, se trata de una confirmación coincidente con las conclusiones de la mayor parte de las investigaciones empíricas realizadas sobre la compensación de los CEOs.

- Por último, con respecto a los diversos indicadores sobre los resultados o la situación económico-financiera de la empresa es importante destacar que el coeficiente de la variable revalorización de la acción (revl), con un retardo, es positivo y significativo al 0,1 por ciento, lo que resulta congruente con las explicaciones de la compensación con base, sobre todo, en las imperfecciones del mercado de trabajo del CEO y la Teoría de la Agencia. Estas aproximaciones consideran que el CA atenúa los problemas de información asimétrica e incompleta y de preeminencia de los intereses del CEO sobre los intereses de los accionistas, vinculando su retribución a la evolución de la acción de la empresa en el mercado de valores.

<sup>40</sup> En el Meta-Análisis realizado por M. van Essen y colaboradores, con base en 219 estudios referidos a Estados Unidos, se obtiene en general respaldo a la aproximación del poder directivo como determinante de la compensación total del CEO. No obstante, este respaldo no se logra a través de los *proxys* de poder más parecidos a los utilizados en este trabajo (Essen, M., V., Otten, J., Carberry, E., J., 2015, p: 183).

## 5. LIMITACIONES Y FUTURAS INVESTIGACIONES

La investigación desarrollada presenta una serie de limitaciones e invita a futuras líneas de investigación relacionadas con la superación de las mismas. Entre las limitaciones cabe destacar las siguientes:

- En primer lugar, en lo relativo a la información utilizada hubiera sido conveniente que el número de CEOs que permanecen en sus cargos durante los años que transcurren entre 2013 y 2016 hubiera sido superior a 64. Un mayor número de CEOs hubiera permitido, además, contemplar la variable relativa al sector de actividad de la empresa, de especial impacto en lo referente a los indicadores económico-financieros. Por otra parte, el hecho de que se trate solamente de CEOs de empresas cotizadas limita la generalización de las conclusiones. También hubiera sido deseable acumular información relativa a un mayor número de años<sup>41</sup>.

- En segundo lugar, las fuentes utilizadas proporcionan información sobre las acciones entregadas y las opciones materializadas, pero no sobre las opciones entregadas y no ejecutadas, lo cual supone una limitación informativa con respecto a la compensación y a los incentivos que reciben los CEOs<sup>42</sup>. No obstante, hay que tener presente las dificultades que comporta tanto la obtención de este tipo de información como la valoración económica de las opciones antes de su materialización.

- En tercer lugar, siempre surgen dudas acerca de la exclusión del modelo de posibles variables relevantes sobre las que no ha resultado posible obtener información. Entre estas variables cabe mencionar:

- Las relativas a las características personales del CEO (personalidad, valores, motivación, auto-confianza, grado de aversión al riesgo, miopía normativa, proyección pública, etc. (Wowak, A., J., Hambrick, D., C., 2010, p: 806; Swanson, D., L., Orlitzky, M., 2006, pp: 13-31).

- Las relacionadas con el sector de actividad de la empresa, tal como la ratio de reclutamiento externo *versus* promoción interna de la industria o sector al que pertenece la empresa (Fulmer, I., S., 2009, p: 667).

- Las que hacen referencia a la estrategia de la empresa tales como su grado de crecimiento, diversificación y riesgo, sistemático y no sistemático, al que se encuentra expuesta la entidad (Cordeiro, J., J., Veliyath, R., 2003, p: 58).

- Finalmente, en lo referente a las hipótesis relativas al poder del CEO, aunque las variables *proxys* a las que se ha recurrido formen parte plenamente de las

<sup>41</sup> No obstante, aumentar el número de años plantea el problema de que disminuye el número de CEOs que permanecen en sus cargos durante el periodo considerado.

<sup>42</sup> “Las relaciones entre la retribución del directivo y resultados van a depender de que las acciones y las opciones estén incluidas en la paga o no lo estén” (Fulmer, I., S., 2009, p: 661).

tradiciones investigadoras en esta materia, no dejan de presentar ciertos interrogantes o dudas:

- De una parte, la hipótesis relativa a que a mayor antigüedad del CEO como consejero de la empresa mayor retribución, se enfrenta al problema de que los CEOs contratados en el exterior y con poca antigüedad, consigan retribuciones más elevadas que los que han sido promocionados internamente. En este sentido, P. Kalyta considera que, debido a la aversión al riesgo, un CEO contratado en el mercado de trabajo externo debería ser más caro que otro promocionado desde el interior de la empresa (Kalyta, P, 2009, p: 414).

- De otra parte, la hipótesis de que a mayor porcentaje de acciones de la empresa en manos del CEO mayor retribución, se enfrenta al problema de que una retribución excesiva o con un diseño deficiente le beneficie como CEO pero le perjudique como propietario (Kalyta, P, 2009, p: 414). Este argumento ha servido incluso para que algunos autores establezcan una hipótesis contraria a la establecida en este trabajo: a más porcentaje de acciones en manos del CEO menos compensación, ya que la propiedad es incentivo suficiente, sin necesidad de más, para motivar la labor del CEO (Cordeiro, J., J., Veliyath, R., 2003, p: 58). No obstante, a no ser que el CEO posea un porcentaje muy elevado de acciones de la empresa, parece lógico suponer que prevalezca su uso del poder, con base en la propiedad de las acciones, para elevar la compensación. En relación con este punto hay que ser también conscientes de que, a veces, importantes paquetes de acciones de la empresa no se encuentran directamente registrados a nombre del CEO sino de familiares del mismo o de empresas interpuestas en las que el CEO participa en su propiedad, lo cual hace que sea difícil conocer realmente el porcentaje de acciones de la empresa que el CEO controla de *facto*.

- Finalmente, la hipótesis de que a mayor porcentaje de CE en el CA mayor retribución del CEO, se enfrenta al problema de que muchos CEs lo son con base en el porcentaje de acciones de la empresa que poseen. De esta forma es su condición de propietarios lo que explica que sean altos cargos de la empresa. Se trata de consejeros dominicales bajo disfraz de CEs, lo que disminuye el poder jerárquico del CEO sobre los mismos. También hay que mencionar que, en muchos casos, puede resultar más útil recabar información sobre la composición del CC que del CA, dado su mayor protagonismo en la fijación de la cuantía y la estructura de la compensación del CEO (Conyon, M., J., He, L., 2004, p: 40).

En lo relativo a futuras investigaciones cabe realizar las siguientes observaciones:

- De una parte, sería conveniente recurrir a otros *proxys* además de los utilizados relativos al poder del CEO, tales como antigüedad en el puesto,

experiencia profesional, forma de acceso al cargo (reclutamiento externo o promoción interna), porcentaje de consejeros ejecutivos que forman parte del CC, características personales del CEO, dificultades de reclutamiento, existencia de inversores institucionales, etc. No obstante, la mayor parte de esta información, al menos actualmente, no resulta posible de obtener a través de la documentación de carácter público y oficial que exige la actual regulación en materia de transparencia y gobierno corporativo, lo que obligaría en la mayor parte de los casos a acceder al CEO y quedar supeditado a su voluntad de proporcionar la información<sup>43</sup>.

- De otra parte, resultaría también de gran interés profundizar en la compensación del CEO y en su estructura, tratando de detectar los casos de “camuflaje” orientados, sobre todo, a aparentar una menor cuantía. Cabe la posibilidad de que al menos una parte de la compensación camuflada no quede reflejada en la documentación oficial existente.

- Por último, sería conveniente complementar el enfoque desarrollado con otro en el que se recabara información sobre el poder de la empresa. Constituye una hipótesis plausible, sobre la que empíricamente no se ha investigado, considerar que la mayor compensación de los CEOs de las grandes organizaciones no sea únicamente una cuestión de la mayor escasez del capital humano necesario para la gestión de organizaciones más complejas, ni una consecuencia del poder del CEO sobre el CA, sino que sea un reflejo del mayor poder de la empresa sobre los mercados, la sociedad y los propios poderes públicos (Peetz, D., 2015, p: 712). Modificando el *dictum* de J. K. Galbraith y adoptando un enfoque más próximo a la Teoría de la Entidad Real<sup>44</sup> que a la Teoría del Agregado<sup>45</sup>, se podría afirmar, si este enfoque fuera acertado, que: “El salario de los CEOs de las grandes corporaciones no es un premio del mercado por sus logros, sino un cálido gesto que estas poderosas organizaciones tienen con sus altos ejecutivos”.

<sup>43</sup> Las investigaciones existentes que tienen como protagonistas a los altos ejecutivos de las empresas se caracterizan en general por una tasa de respuesta muy baja, que normalmente se sitúa en torno al 20 por ciento (Shin, T., 2016, p: 444).

<sup>44</sup> La denominada Teoría de la Entidad Real considera que la empresa no es un mero agregado de sus componentes sino una entidad real, con estatus ontológico propio y con características o “propiedades emergentes” que no tienen sus elementos o componentes considerados de forma aislada (Gindis, D., 2009, p: 38).

<sup>45</sup> La Teoría del Agregado, en su versión más tradicional, sostiene que la empresa no es más que un agregado de sus componentes humanos y que, por ello, carece de características que no sean las de estos componentes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anderson, E., S., (1999), "What is the Point of Equality? *Ethics*, Vol. 109, Nº 2, January, pp: 287-337.
- Athavale, M., Avila, S., M., (2005), "The Level and Structure of Executive Compensation within the Insurance Industry", *Journal of Insurance Issue, Fall*, Vol. 28, Nº 2, pp: 131- 150.
- Bebchuk, L., A., Fried, J., M., Walker, D., I., (2002), "Managerial Power and Rent Extraction in the Design of Executive Compensation", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, pp: 751-846.
- Bebchuk, L., A., Fried, J., M., (2003), "Executive Compensation as an Agency Problem", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 17, Nº 3, pp: 71-92.
- Bebchuk, L., A., Fried, J., M., (2004), "Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation", Cambridge: *Harvard University Press*, pp: 304.
- Bebchuk, L., A., Cremers, Martijn K. J. &Peyer, Urs C., (2011), "The CEO pay slice", *Journal of Financial Economics*, 102, pp: 199-221.
- Bertrand, M., Mullainathan, S., (2001), "Are CEOs rewarded for luck? The ones without principals are", *Quarterly Journal of Economics*, 116, pp: 901-932.
- Boatright, J., R., "Executive Compensation: Unjust or Just Right?" Chapter 6, pp: 161-201, Brenkert, G., G., Beachamp, T., L., (2010), "*The Oxford Handbook of Business Ethics*", Oxford University Press, pp: 1-733.
- Bogle, J., C., (2008), "Reflections on CEO Compensation", *Academy of Management Perspectives*, May, pp: 21-25.
- Carpenter, M., A., Sanders, WM., G., 2002, "Top Management Team Compensation: The missing link between CEO Pay and Firm Performance?" *Strategic Management Journal*, April, 23, pp: 367-375.
- Choe, Ch., Tian, G., Yin, X., (2014), "CEO Power and the Structure of CEO pay", *International Review of Financial Analysis*, Vol. 35, pp: 237-248.
- Christensen Clayton, M. (1997), "*El Dilema de los Innovadores*", Ed. Granica.
- Christensen Clayton, M., Raynor, M., E., (2004), "*La Solución de los Innovadores*", McGraw Hill.
- Christensen, C., M., (2006), "The Ongoing Process of Building a Theory of Disruption", *The Journal of Product Innovation Management*, 23, pp: 39-55.
- Conyon, M., J., He, L. (2004), "Compensation Committees and CEO Compensation Incentives in U.S. Entrepreneurial Firms", *Journal of Management Accounting Research*, Vol. 16, pp: 35-56.
- Cordeiro, J., J., Veliyath, R., (2003) "Beyond Pay for Performance: A Panel Study of the Determinants of CEO Compensation", *American Business Review*, Jan. 21, 1, pp: 56-66.

- Core, J., E., Guay, W., R., Thomas, R., S., (2005), "Is U.S. CEO Compensation Inefficient Pay Without Performance?" *Michigan Law Review*, May, 103, 6, pp: 1142-1185.
- Dworkin, R., (1981), "What is Equality? II. Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, 10, pp: 283-345.
- Essen, M., V., Otten, J., Carberry, E., J., (2015), "Assessing Managerial Power Theory: A Meta-Analytic Approach to Understanding the Determinants of CEO Compensation", *Journal of Management*, Vol. 41, N° 1, pp: 164-202.
- Fredrickson, J., W., Hambrick, D., C., Baumrin, S., (1988), "A Model of CEO dismissal", *Academy of Management Review*, 13, pp: 255-270.
- Fulmer, I., S., (2009), "The Elephant in Room: Labor Market Influences on CEO Compensation", *Personnel Psychology*, Winter, 62, 4, pp: 659-695.
- Gabaix, X., Landier, A., (2008), "Why has CEO pay increased so much?", *Quarterly Journal of Economics*, 123, pp: 49-100.
- Geiler, P., Renneboog, L., (2011), "Managerial Compensation: Agency Solution or Problem?", *Journal of Corporate Law Studies*, April, pp: 99-138.
- Gigliotti, M., (2013), "The compensation of top managers and the performance of Italian firm", *International Journal of Human Resource Management*, pp: 889-903.
- Gindis, D., (2009), "From fictions and aggregates to real entities in the theory of the firm", *Journal of Institutional Economics*, 5, 01, April, pp: 25-46
- Gómez-Mejía, L., R., Tosi, H. L., Hinkin, T., (1987), "Managerial Control, Performance, and Executive Compensation", *Academy of Management Journal*, Vol. 30, N° 1, pp: 51-70.
- Hair, Jr., J., F., Anderson, R., E., Black, B., Babin, B., J., Black, W., C., (2010), "*Multivariate Data Analysis: A Global Perspective*", Pearson, Seventh Edition.
- Hambrick, D., C., Finkelstein, S., (1995), "The effects of ownership structure on conditions at the top: The case of CEO pays raises", *Strategic Management Journal*, 16, pp: 175-193.
- Harris, J., D., (2006), "How Much is Too Much? A Theoretical Analysis of Executive Compensation from the Standpoint of Distributive Justice", pp: 67-86, Kolb, R., W. (Ed), (2006), "*The Ethics of Executive Compensation*", Blackwell Publishing, pp: 1- 182.
- Harris, J., D., (2009), "What's Wrong with Executive Compensation?", *Journal of Business Ethics*, 85, pp:147-156.
- Hill, Ch., W., L., Phan, P., (1991), "CEO Tenure as a Determinant of CEO Pay", *Academy of Management Journal*, Vo. 34, N° 3, pp: 707-717.
- Jiraporn, P., Kim, Y., S., Davidson III, W., N., (2005), "CEO Compensation, Shareholder Rights, and Corporate Governance: An Empirical Investigation", *Journal of Economics and Finance*, Vol. 29, N° 2, Summer, pp: 242-258.

- Kalyta, P., (2009), "Compensation Transparency and Managerial Opportunism: A Study of Supplemental Retirement Plans", *Strategic Management Journal*, 30, p: 405-423.
- Kaplan, S., N., (2008), "Are U.S. CEOs Overpaid?", *Academy of Management Perspectives*, August, pp: 5-20.
- Kaplan, S., N., (2008), "Are U.S. CEOs Overpaid? A Response to Bogle and Walsh", *Academy of Management Perspectives*, August, pp: 28-34.
- Kolb, R., W. (Ed), (2006), "An Introduction", pp:1-11, "*The Ethics of Executive Compensation*", Blackwell Publishing.
- Kolb, R., (2011), "Must CEOs be Saints? Contra Moriarty on CEO Abstemiousness", *Business Ethics Quarterly*, October, pp: 679-686.
- Kostiuik, P., F., (1990), "Firm size and executive compensation", *Journal of Human Resources*, 25, 1, pp: 90-105.
- Lee, J., Lee, B-H., Waddock, S., Graves, S., B., (2006), "Does Firm Performance Reduce Managerial Opportunism?", pp: 31-54, Kolb, R., W. (Ed), (2006), "*The Ethics of Executive Compensation*", Blackwell Publishing.
- Lin, D., Kuo, H-Ch, Wang, L-H, (2013), "Chief Executive Compensation: An Empirical Study of Fact Cat CEOs", *The International Journal of Business and Finance Research*, Vol.7, N° 2, pp: 27- 42.
- Main, B., G., M., O'Reilly, C., A., Wade, J., (1995) "The CEO, the Board of Directors and Executive Compensation: Economic and Psychological Perspectives", *Industrial & Corporate Change*, 4, pp: 293-332.
- Moriarty, J, (2006), "How to (Try to) Justify CEO Pay", pp: 154-171, Kolb, R., W. (Ed), (2006), "*The Ethics of Executive Compensation*", Blackwell Publishing.
- Moriarty, J., (2009), "How Much Compensation Can CEOs Permissibly Accept?", *Business Ethics Quarterly*, 19, 2, April 2009, pp: 235-250.
- Moriarty, J., (2012), "Justice in compensation: a defense", *Business Ethics: A European Review*, Vol. 21, N° 1, January, pp: 64-76.
- Moriarty, J., (2014), "Compensation Ethics and Organizational Commitment", *Business Ethics Quarterly*, Vol, 24, N° 1, January, pp: 31-53.
- Morse, A., Nanda, V., Seru, A., (2011), "Are Incentive contracts rigged by powerful CEOs? *Journal of Finance*, 66 (5), pp: 1779-1821.
- Néron, P-Y, (2015), "Egalitarianism and Executive Compensation: A Relational Argument", *Journal Business Ethics*, 132, pp: 171-184.
- Nichols, D., Subramanian, Ch., (2001), "Executive Compensation: Excessive or Equitable?", *Journal of Business Ethics*, 29, pp: 339-351.
- O'Reilly, C., A., Main, B., G., M., (2010), "Economic and psychological perspectives on CEO compensation: A review and synthesis", *Industrial and Corporate Change*, 19, pp: 675-712.
- Peetz, D., (2015), "An institutional analysis of the growth of executive remuneration", *Journal of Industrial Relations*, Vol. 56, N° 5, pp: 707-725.

- Potts, M, (2006), "CEO Compensation and Virtue Ethics", pp: 101-115, Kolb, R., W. (Ed), (2006), "*The Ethics of Executive Compensation*", Blackwell Publishing.
- Sanders, W., G., Carpenter, M., A., (1998) "Internationalization and firm governance: The roles of CEO Compensation, Top Team Composition, and Board Structure", *Academy of Management Journal*, Apr., Vol. 41, 2, pp: 158-178.
- Schumpeter, J, (1950), "*The Theory of Economic Development*", Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Schmidt, G., M., Druehl, Ch., T., (2008), When is a disruptive Innovation Disruptive? *The Journal of Product Innovation Management*, Vol. 25, pp: 347-369.
- Shaw, W., H., (2006), "Justice, Incentives, and Executive Compensation", pp: 87-100, Kolb, R., W. (Ed), (2006), "*The Ethics of Executive Compensation*", Blackwell Publishing.
- Shin, T., (2016), "Fair Pay or Power Play? Pay Equity, Managerial Power, and Compensation Adjustments for CEOs", *Journal of Management*, Vol. 42, N° 2, February, pp: 419-448.
- Spence, M., (1973), "Job Market signaling", *The Quarterly Journal of Economics*, 87, pp: 355-374.
- Swanson, D., L., Orlitzky, M., (2006), "Executive Preference for Compensation Structure and Normative Myopia: A Business and Society Research Project", pp: 13-31, Kolb, R., W. (Ed), (2006), "*The Ethics of Executive Compensation*", Blackwell Publishing.
- Tosi, H., L., Wesner, S., Katz, J., P., Gómez-Mejía, L. R., (2000), "How Much Does Performance Matter? A Meta-Analysis of CEO Pay Studies", *Journal of Management*, Vol.26, N° 2, pp: 301-339.
- Tosi, H., L., Greckhamer, T., (2004), "Culture and CEO Compensation", *Organization Science*, Vol.15, N° 6, Nov/Dec, pp: 657-670.
- Van der Laan, G., (2010), "CEO pay as a reflection of power or performance: an empirical test for The Netherlands, 2002-2006", *Journal of Strategy and Management*, Vol. 3, N° 2, pp: 157-173.
- Wade, J., B., O'Reilly, III, Ch., A., Pollock, T., G., (2006), "Overpaid CEOs and Underpaid Managers: Fairness and Executive Compensation", *Organization Science*, Vol. 17, N° 5, September-October, pp: 527-544.
- Weisbach, M., S., (2007), "Optimal Executive Compensation versus Managerial Power: A Review of Lucian Bebchuk and Jess Fried's Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation", *Journal of Economic Literature*, Vol. XLV, June, pp: 419-428.
- Westphal, D., J., Zajac, E., J., (1995), "Who Shall Govern? CEO/Board Power, Demographic Similarity, and New Director Selection", *Administrative Science Quarterly*, Vol 40, March, pp: 60-83.

- Wowak, A., J., Hambrick, D., C., (2010), "A Model of Person-Pay Interaction: how executives vary in their responses to compensation arrangements", *Strategic Management Journal*, 31, pp: 803-821.
- Zhang, P., Fadil, P., Baynard, Ch., (2015), "Understanding board-CEO power dependency perspective under symbolic management", *Competitiveness Review*, Vol. 25, Nº 1, pp: 50-73.



3

Informes y  
Documentos



# EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES DE ANDALUCÍA (SERCLA) EN 2017

## ÍNDICE

1. ACTUACIONES RELATIVAS A CONFLICTOS COLECTIVOS. PRINCIPALES DATOS
  - 1.1. Actividades relativas a conflictos colectivos. Resultados según tipo de modalidades procedimentales
  - 1.2. Actividades relativas a conflictos colectivos. Resultados por sectores de actividad
  - 1.3. Actividades relativas a conflictos colectivos. Resultado por motivación
  - 1.4. Actividades relativas a conflictos colectivos. Resultados por promotores
  - 1.5. Tablas estadísticas de conflictos colectivos
2. ACTIVIDADES RELATIVAS A CONFLICTOS INDIVIDUALES. DATOS GENERALES
3. REFERENCIAS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN
4. INTEGRANTES DE LOS EQUIPOS DE MEDIACIÓN QUE HAN ACTUADO DURANTE 2017
5. COLEGIO ARBITRAL
6. ARBITRAJES REALIZADOS

El Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía (en adelante *SERCLA*) nació de la iniciativa de los interlocutores sociales andaluces representados en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (en adelante *CARL*), plasmada en el Acuerdo Interprofesional firmado el 3 de abril de 1996 en virtud del cual se constituyó el Sistema. La renovación y actualización de dicho acuerdo se ha producido recientemente.

El *SERCLA* ha hecho posible que, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, las decisiones que se adopten ante procesos de conflicto laboral estén fundamentadas en el diálogo y acercamiento de sus protagonistas, los actores económicos y sociales. Este Sistema extrajudicial da respuesta a las necesidades derivadas de nuestro sistema de relaciones laborales, y en su quehacer diario parte de dos premisas esenciales: El reconocimiento del conflicto y la pluralidad legítima de intereses por un lado y, por otro, la necesidad del diálogo, el acuerdo y la participación como vehículos para la solución y conciliación de dichos intereses.

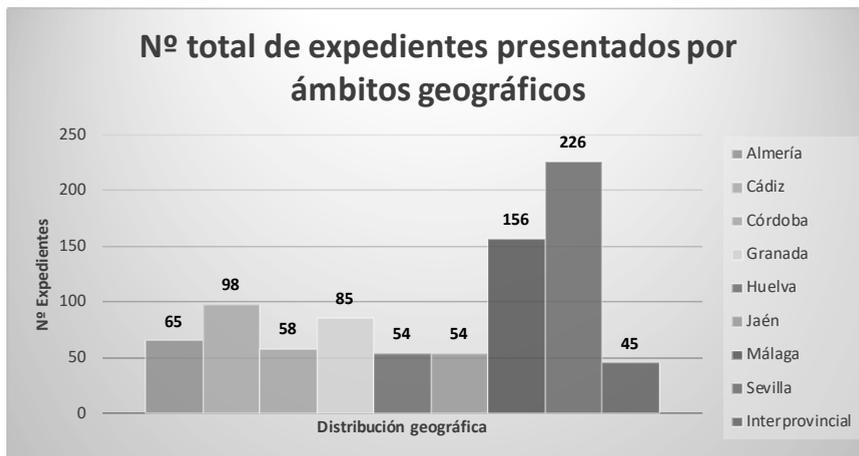
Las actuaciones mediadoras que lleva a cabo el *SERCLA* en Andalucía pretenden la consecución de una serie de objetivos:

- a) Promocionar la autonomía colectiva.
- b) Favorecer la Paz Social.
- c) Posibilitar el desbloqueo de la negociación colectiva.
- d) Reducir la Conflictividad en Sede Judicial.
- e) Propiciar el acuerdo en situaciones conflictivas previas a huelga.

## 1. ACTUACIONES RELATIVAS A CONFLICTOS COLECTIVOS. PRINCIPALES DATOS

En 2017 se registraron en el SERCLA **841** expedientes de conflicto colectivo, los cuales extendían sus efectos a **66.246** empresas y **639.566** trabajadores.

En la comparativa con el año precedente, se aprecia un ligero descenso en el número de asuntos, así en el año 2017, hubo un total de 841 asuntos mientras que en el año 2016 hubo 890, es decir 49 asuntos menos, lo que supone un decremento del 5,51%.

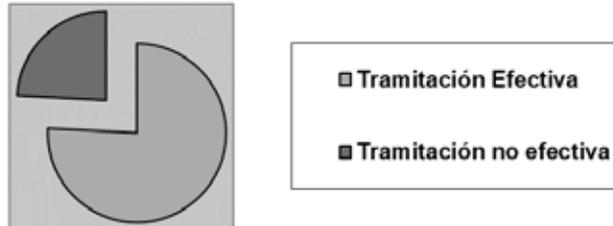


De estos datos, se infiere una gran disparidad entre las diferentes provincias andaluzas, así las provincias de Sevilla, Málaga y Cádiz concentraron el **57,07%** del total de los conflictos interpuestos en toda Andalucía ante este Sistema extra-judicial, y de entre ellas cabe destacar Sevilla con **226** asuntos.

En cuanto a las tramitaciones efectivas, estas se situaron en 2017 en el 73,37 % del conjunto de los procedimientos promovidos. Por consiguiente, continúa manteniéndose muy alta la tasa de tramitación efectiva, en parámetros similares a los registrados en el 2016.

La tasa más alta de tramitación efectiva se registró en los procedimientos de mediación previos a la vía judicial, que en 2017 alcanzó su efectiva tramitación

en el 74,46% de los presentados, permitiendo la intervención efectiva del equipo mediador.



De entre los datos técnicos relativos a la tramitación, cabe destacar los siguientes:

- **1,38** sesiones por expediente como promedio.
- **1 hora y 32 minutos** como duración media de las sesiones de mediación.
- **276** mediadores/as actuantes
- **14** secretarios/as intervinientes.
- **950,12** horas invertidas en sesiones de mediación celebradas.

### INDICE GLOBAL DE ACUERDOS

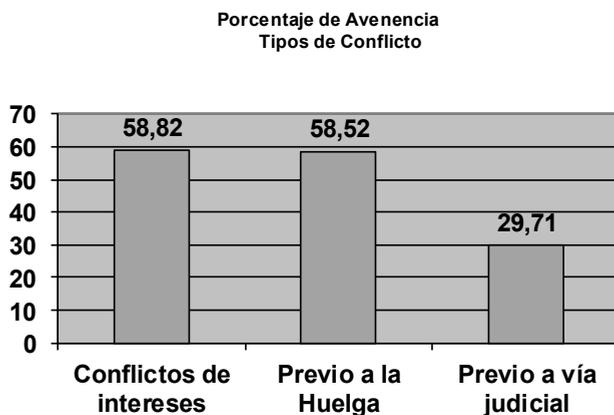
En cuanto al índice global de acuerdos en el año 2017 alcanzó el **39,22%** de los conflictos colectivos tramitados

Los **617** expedientes tramitados de forma efectiva dieron lugar a la firma de un total de 242 acuerdos.

Los acuerdos suscritos a lo largo de 2017 en algunos de los **10** centros de actuación con que cuenta el **SERCLA** beneficiaron a un total de **66.246** empresas y de **639.566** trabajadores en Andalucía.

En los **17** años de actuaciones del Sistema desde su nacimiento, se han conseguido **5.588** acuerdos.

Los resultados de 2017 son ligeramente inferiores a los de años anteriores. Por sedes destaca Granada con un 51,72% de acuerdos, siendo Málaga y los de naturaleza interprovincial donde menos acuerdos se han alcanzado con un 33,62% y un 12,50%, respectivamente.



### 1.1. Actividades relativas a conflictos colectivos. Resultados según tipo de modalidades procedimentales

En cuanto a las modalidades procedimentales, respecto a los expedientes presentados, cabe destacar los conflictos previos a la vía judicial con un **66,11%** del total, seguidos de los conflictos previos a convocatorias de huelga con un **22,83%** y los denominados conflictos de intereses o debidos a bloqueos de negociación **11,06%**.

Sin embargo, en cuanto a los resultados con acuerdo, los procedimientos previos a la huelga obtuvieron avenencia en el **58,52%** de los asuntos y por lo que se refiere a los previos a la vía judicial tuvieron acuerdo en el **29,71%** de las veces. En cuanto a los conflictos de intereses, debidos a bloqueos de negociación, se alcanzó acuerdo en el **58,82%** de los tramitados.

### 1.2. Actividades relativas a Conflictos Colectivos. Resultados por sectores de actividad

Por sectores destaca, en sobremanera, los asuntos relativo a empresas las empresas con actividades administrativas (114) y las entidades de Administración Pública (112), seguidos por el sector del Transporte con 108 asuntos, las de Industrias manufactureras con 100 asuntos y las de Actividades de Suministros de agua, saneamiento y gestión de residuos con 97 asuntos, las Actividades Sanitarias y de Servicios Sociales con 74.

Entre los conflictos sectoriales en los que la avenencia firmada en **SERCLA** supuso la evitación de la correspondiente huelga, cabe destacar el del Sector de Hostelería de Granada con 16.000 trabajadores y 5.400 empresas y el Sector del Comercio de la Provincia de Sevilla con 50.000 trabajadores y 15.000 empresas

### 1.3. Actividades relativas a conflictos colectivos. Resultado por motivación

En cuanto a la motivación, en 2017, los procedimientos por la aplicación e interpretación de convenios supusieron el **40,55%** del total, siguiéndoles los derivados de la interpretación y aplicación de normas (**24,02%**) los ocasionados por impago de salarios (**7,13%**), que continúan a la baja respecto a años anteriores así en 2013 un **17%**, en 2014 un **12%**, un **10,26%** en 2015, **8,54%** en 2016.

Los presentados cuyo objeto se refería a la negociación de convenio abarcaron el **12,25%**. Los procedimientos motivados por despidos colectivos y plurales supusieron el **2,14%** del total.

El incumplimiento de anteriores acuerdos alcanzados en sede **SERCLA** motivó el **2,73%** de los conflictos interpuestos.

### 1.4. Actividades Relativas a conflictos colectivos. Resultados por promotores

En cuanto a los promotores, el **68,08%** de los conflictos registrados en **SERCLA** en 2017 tuvo promoción sindical. A las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo constitutivo del Sistema (CC.OO y UGT) les correspondió la presentación del **48,16%** del total. Otros sindicatos, distintos de los firmantes del Acuerdo, presentaron el **21,76%** del total de los asuntos registrados.

El **21,76%** de los expedientes registrados en 2017 fue interpuesto por representantes unitarios de los trabajadores en la empresa.

Los promovidos conjuntamente por representantes unitarios de los trabajadores y sindicatos alcanzaron el **4,76%**.

Las empresas interpusieron el **3,69%** de los conflictos. Los planteados conjuntamente por empresarios y trabajadores supusieron el **0,71%** del total.



### 1.5. Tablas estadísticas de Conflictos Colectivos

Ámbito personal de afectación		
Expedientes presentados	Empresas afectadas	Trabajadores afectados
841	66.246	639.566

Ámbito territorial			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
Local	420	448	63.791
Comarcal	26	43	5.838
Provincial	340	63.962	463.824
Interprovincial	55	1.793	106.113

Ámbito funcional			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
Empresa	816	2.423	217.899
Sector	25	63.822	421.637

Secuencia temporal de presentación			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
enero	73	36.179	206.767
febrero	77	10.881	44.113
marzo	122	1.634	29.258
abril	72	1.829	169.758
mayo	80	92	17.245
junio	84	96	20.099
julio	47	91	29.471
agosto	26	31	6.164
septiembre	46	110	18.134
octubre	70	89	14.344
noviembre	71	136	19.715
diciembre	73	15.078	64.498

Ámbito Temporal	2015	2016	2017
enero	77	78	73
febrero	81	91	77
marzo	99	89	122
abril	72	89	72
mayo	83	86	80
junio	88	90	84
julio	59	71	47
agosto	36	35	26
septiembre	47	57	46
octubre	77	59	70
noviembre	68	76	71
diciembre	69	69	73
<b>Total</b>	<b>856</b>	<b>890</b>	<b>841</b>

Modalidades procedimentales			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
Previos a la vía judicial	556	36.708	367.731
Previos a convocatorias de huelga	192	18.581	221.862
Otros	93	10.957	49.973

Sectores afectados			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	21	35.020	258.127
Industrias extractivas	8	8	3.436
Industria manufacturera	100	115	16.712
Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	16	66	2.183
Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	97	113	18.854
Construcción	25	1.128	61.888
Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas	25	16.525	56.361
Transporte y almacenamiento	108	166	15.608
Hostelería	50	10.857	38.344
Información y comunicaciones	24	28	6.023
Actividades financieras y de seguros	3	3	205

Actividades inmobiliarias	1	1	4
Actividades profesionales, científicas y técnicas	18	19	1.490
Actividades administrativas y servicios auxiliares	114	187	19.872
Adm. Pública y defensa; seg. social obligatoria	112	132	103.890
Educación	11	1710	15697
Actividades sanitarias y de servicios sociales	74	130	18.106
Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento	9	9	357
Otros servicios	24	28	2.344
Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio	1	1	65

Promotores			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
Empresa	31	32	3.556
Conjunto (Empresa y Trabajadores)	6	10	944
Representantes unitarios	183	193	25.108
CCOO	199	4.672	114.522
UGT	176	208	51.753
CCOO y UGT	23	60865	341081
Otros sindicatos o grupos de sindicatos	183	221	96064
Representantes unitarios y sindicatos	40	45	6538

Motivación			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
	7	7	1.349
Negociación de Convenio	103	57.145	230.326
Aplicación e interpretación de convenios	341	1.539	266.741
Aplicación e interpretación de normas	202	1.915	98.152
Modificación de Condiciones de Trabajo	65	79	9.790
Despidos colectivos y plurales	18	36	1.431
Acuerdo SERCLA	23	33	4.184
Impago de salarios	60	61	8.272
Descuelgue salarial	8	8	223
Impugnación de convenios colectivos	13	5.422	19.008
Discrepancias internas Comisiones Paritarias	1	1	90

Ámbito privado/público			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
Privado	650	66.035	510.985
Público	191	211	128.581

### Tramitación de expedientes

Estado de los expedientes			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
En tramitación (C.C.M.)	67	15.077	65.130
Tramitaciones no efectivas (C.C.M.)	147	228	24.114
Tramitaciones efectivas (C.C.M.)	619	50.933	547.522
Arbitrajes en tramitación	1	1	
Arbitrajes concluidos	5	5	850
Anulado	2	2	1950

Tramitaciones no efectivas			
	Expedientes	Empresas	Trabajadores
Archivado por falta de subsanación	10	10	1.018
Archivado por incumplimiento de plazos	4	22	1.234
Desistido: incomparecencia de la parte actora	9	9	2.076
Desistido: petición de la parte actora	59	60	10.057
Desistimiento por desconvocatoria de huelga	7	56	890
No competencia SERCLA	5	13	1.491
Imposib. Celebración: excepciones procedimentales	1	1	60
Intentado sin efecto	52	57	7.288

### Resultados obtenidos

Tramitaciones efectivas						
	Expedientes		Empresas		Trabajadores	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Concluido con avenencia	242	39,22	7.261	14,26	59.517	10,88
Concluido sin avenencia	375	60,78	43.670	85,74	487.744	89,12
Con sometimiento a arbitraje	2		2		261	

Resultados por ámbito territorial				
	Con avenencia		Sin avenencia	
	Nº	%	Nº	%
Local	132	43,14	174	56,86
Comarcal	5	27,78	13	72,22
Provincial	102	39,84	154	60,16
Interprovincial	3	8,11	34	91,89

Resultados por ámbito funcional				
	Con avenencia		Sin avenencia	
	Nº	%	Nº	%
Empresa	232	38,86	365	61,14
Sector	10	50,00	10	50,00

Resultados por procedimientos				
	Con avenencia		Sin avenencia	
	Nº	%	Nº	%
Previos a la vía judicial	123	29,71	291	70,29
Previos a convocatorias de huelga	79	58,52	56	41,48
Otros	40	58,82	28	41,18

Resultados por sectores				
	Con avenencia		Sin avenencia	
	Nº	%	Nº	%
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	7	41,18	10	58,82
Industrias extractivas	0	0,00	5	100,00
Industria manufacturera	46	56,79	35	43,21
Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	4	50,00	4	50,00
Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	23	36,51	40	63,49
Construcción	9	40,91	13	59,09
Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas	7	38,89	11	61,11
Transporte y almacenamiento	32	37,21	54	62,79
Hostelería	20	54,05	17	45,95

Información y comunicaciones	5	25,00	15	75,00
Actividades financieras y de seguros	1	50,00	1	50,00
Actividades inmobiliarias	0	0,00	1	100,00
Actividades profesionales, científicas y técnicas	2	22,22	7	77,78
Actividades administrativas y servicios auxiliares	34	42,50	46	57,50
Administración pública y defensa; seguridad social obligatoria	16	20,25	63	79,75
Educación	4	57,14	3	42,86
Actividades sanitarias y de servicios sociales	23	38,98	36	61,02
Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento	2	33,33	4	66,67
Otros servicios	6	37,50	10	62,50
Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio	1	100,00	0	0,00

Resultados por promotores				
	Con avenencia		Sin avenencia	
	Nº	%	Nº	%
Empresa	13	61,90	8	38,10
Conjunto (Empresa y Trabajadores)	2	100,00	0	0,00
Representantes unitarios	60	42,86	80	57,14
CCOO	68	46,58	78	53,42
UGT	56	45,16	68	54,84
CCOO y UGT	5	27,78	13	72,22
Otros sindicatos o grupos de sindicatos	26	19,12	110	80,88
Representantes unitarios y sindicatos	12	40,00	18	60,00

Resultados por motivaciones				
	Con avenencia		Sin avenencia	
	Nº	%	Nº	%
Negociación de Convenio	39	47,56	43	52,44
Aplicación e interpretación de convenios	84	33,33	168	66,67
Aplicación e interpretación de normas	49	34,27	94	65,73
Modificación de Condiciones de Trabajo	22	37,29	37	62,71
Despidos colectivos y plurales	4	30,77	9	69,23

Acuerdo SERCLA	13	68,42	6	31,58
Impago de salarios	21	61,76	13	38,24
Descuelgue salarial	5	83,33	1	16,67
Impugnación de convenios colectivos	5	62,50	3	37,50
Discrepancias internas Comisiones Paritarias	0	0,00	1	100,00

Resultados por ámbito privado/público				
	Con avenencia		Sin avenencia	
	Nº	%	Nº	%
Público	33	25,58	96	74,42
Privado	209	42,83	279	57,17

Expedientes previos a huelga: concluidos con avenencia			
Nº	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
79	1.685	18.680	482.984

Arbitrajes realizados		
Nº	Empresas	Trabajadores
5	5	850

Evolución mensual resultados				
	Con avenencia		Sin avenencia	
	Nº	%	Nº	%
Enero	23	42,59	31	57,41
Febrero	32	51,61	30	48,39
Marzo	38	35,19	70	64,81
Abril	22	38,60	35	61,40
Mayo	24	38,71	38	61,29
Junio	26	40,63	38	59,38
Julio	10	29,41	24	70,59
Agosto	5	25,00	15	75,00
Septiembre	13	36,11	23	63,89
Octubre	23	45,10	28	54,90
Noviembre	18	36,00	32	64,00
Diciembre	8	42,11	11	57,89

## 2. ACTIVIDADES RELATIVAS A CONFLICTOS INDIVIDUALES. DATOS GENERALES

En 2017 el **SERCLA** registró un total **517** solicitudes de mediación en conflictos laborales de carácter individual, lo que supone 35 asuntos más que el año 2016.

La mayor parte de las motivaciones de estos conflictos se refirieron a Modificación Sustancial Condiciones de Trabajo (**181**) y en menor medida Reducción de Jornada (**50**), Clasificación profesional (**170**), Traslados y Desplazamientos (**17**), Vacaciones (**24**), Licencias y Permisos (**19**), Movilidad Funcional (**9**) y Trabajos de Superior o Inferior categoría (**18**). La duración media de las sesiones de mediación celebradas se situó en **38** minutos.

La intervención de este Sistema fue trámite voluntario en el **48,55%** de los conflictos, siendo obligatorio en el **51,45%** restante. La tramitación efectiva de los expedientes abarcó el **63,44%** del total de los presentados. El montante global de horas invertidas en sesiones de mediación ascendió a **207**. Los mediadores actuantes fueron **195**, interviniendo **15** funcionarios de carrera de la Administración autonómica como secretarios. Se celebraron como promedio **1,3** sesiones de mediación por expediente tramitado. Este año 2017 se alcanzó acuerdo en el **37,20%** de los conflictos individuales tramitados.

Ámbito geográfico de los expedientes presentados		
Ámbito	Expedientes	Trabajadores
Almería	43	44
Cádiz	102	131
Córdoba	1	1
Granada	40	79
Huelva	41	42
Jaén	14	18
Málaga	195	209
Sevilla	81	86
<b>Total</b>	<b>517</b>	<b>610</b>

Ámbito geográfico de los expedientes presentados (Sedes provincia de Cádiz)	
Ámbito	Expedientes
Algeciras	32
Cádiz	29
Jerez	41
<b>Total</b>	<b>102</b>

<b>Expedientes Presentados. Promotores de los expedientes por Género</b>		
<b>Género</b>	<b>Número promotores</b>	<b>%</b>
Hombre	291	48,10
Mujer	314	51,90
<b>Total</b>	<b>605</b>	<b>100</b>

<b>Presentación mensual de expedientes</b>		
<b>Ámbito temporal</b>	<b>Previos a la vía judicial</b>	<b>Arbitraje</b>
enero	43	1
febrero	43	0
marzo	56	0
abril	36	0
mayo	49	0
junio	55	0
julio	37	1
agosto	33	0
septiembre	32	0
octubre	48	0
noviembre	36	0
diciembre	47	0
<b>Total</b>	<b>515</b>	<b>2</b>

<b>Expedientes presentados. Comparativa por meses</b>		
<b>Ámbito</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>
Enero	39	44
Febrero	37	43
Marzo	44	56
Abril	34	36
Mayo	31	49
Junio	46	55
Julio	56	38
Agosto	17	33
Septiembre	40	32
Octubre	48	48
Noviembre	45	36
Diciembre	45	47
<b>Total</b>	<b>482</b>	<b>517</b>

<b>Sectores económicos de los expedientes presentados</b>			
<b>Sectores económicos</b>	<b>Previos a la vía judicial</b>	<b>Arbitraje</b>	<b>Total</b>
Actividades administrativas y servicios auxiliares	78	0	78
Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento	14	0	14
Actividades financieras y de seguros	5	0	5
Actividades inmobiliarias	2	0	2
Actividades profesionales, científicas y técnicas	13	0	13
Actividades sanitarias y de servicios sociales	32	0	32
Administración pública y defensa; seguridad social obligatoria	24	1	25
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	5	0	5
Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas	83	0	83
Construcción	10	0	10
Educación	8	0	8
Hostelería	68	0	68
Industria manufacturera	38	1	39
Información y comunicaciones	29	0	29
Otros servicios	22	0	22
Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	58	0	58
Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	2	0	2
Transporte y almacenamiento	24	0	24
<b>Total</b>	<b>515</b>	<b>2</b>	<b>517</b>

<b>Procedimientos encuadrados en Industrias Manufactureras</b>			
<b>Sectores económicos</b>	<b>Previos a la vía judicial</b>	<b>Arbitraje</b>	<b>Total</b>
Confección de prendas de vestir	1	0	1
Coquerías y refino de petróleo	3	0	3
Fabricación de bebidas	1	0	1
Fabricación de maquinaria y equipo n.e.o.p.	1	0	1
Fabricación de otro material de transporte	1	0	1

Fabricación de otros productos minerales no metálicos	1	0	1
Fabricación de productos farmacéuticos	1	0	1
Fabricación de productos informáticos, electrónicos y ópticos	1	0	1
Fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria y equipo	1	0	1
Industria de la alimentación	11	0	11
Industria química	3	0	3
Metalurgia; fabricación de productos de hierro, acero y ferroaleaciones	8	1	9
Reparación e instalación de maquinaria y equipo	5	0	5
<b>Total</b>	<b>38</b>	<b>1</b>	<b>39</b>

Motivación de los expedientes presentados	
Motivaciones	Expedientes
Clasificación profesional	170
Conciliación vida personal, familiar y laboral	29
Licencias y Permisos	19
Modificación sustancial de condiciones	181
Movilidad funcional	9
Reducciones de jornada	50
Trabajos de superior o inferior categoría	18
Traslados y desplazamientos	17
Vacaciones	24

Ámbito geográfico y motivaciones de los expedientes presentados									
Provincias	Clasif. profesional	Movilidad funcional	Trab. de superior o inferior categ.	Modif. sustancial condiciones	Traslados y desplaz.	Vacac.	Licencias y Permisos	Reduc. de jornada	Total
Almería	33	1	0	6	1	0	1	1	43
Cádiz	23	2	8	37	2	9	3	10	94
Córdoba	0	0	0	1	0	0	0	0	1
Granada	18	1	1	10	0	1	3	2	36
Huelva	2	0	0	27	3	0	2	4	38
Jaén	3	0	0	5	1	1	1	2	13
Málaga	70	5	8	57	4	7	9	27	187
Sevilla	21	0	1	38	6	6	0	4	76
<b>Total</b>	<b>170</b>	<b>9</b>	<b>18</b>	<b>181</b>	<b>17</b>	<b>24</b>	<b>19</b>	<b>50</b>	<b>488</b>

Sectoros económicos y motivaciones de los expedientes presentados									
Sectoros económ.	Clasif. profesional	Movilidad funcional	Trab. de superior o inferior categ.	Modif. sustancial condiciones	Traslados y desplaz.	Vacac.	Licencias y Permisos	Reduc. de jornada	Total
Actividades administrativas y servicios auxiliares	8	2	3	40	0	8	2	8	71
Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento	3	0	0	10	0	0	1	0	14
Actividades financieras y de seguros	1	0	0	2	0	1	0	1	5
Actividades inmobiliarias	0	0	0	2	0	0	0	0	2
Actividades profesionales, científicas y técnicas	4	0	0	9	0	0	0	0	13
Actividades sanitarias y de servicios sociales	5	0	1	11	2	1	2	9	31
Administración pública y defensa; seguridad social obligatoria	12	0	4	6	1	1	0	0	24
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	4	0	0	1	0	0	0	0	5
Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas	12	1	0	30	6	1	2	21	73
Construcción	4	0	0	4	2	0	0	0	10
Educación	4	0	0	4	0	0	0	0	8
Hostelería	22	1	2	23	2	6	4	5	65
Industria manufacturera	12	3	1	12	1	3	4	2	38
Información y comunicaciones	16	0	1	7	1	0	0	1	26
Otros servicios	11	0	1	6	0	2	0	1	21

Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	42	1	3	10	0	1	0	1	58
Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	2	0	0	0	0	0	0	0	2
Transporte y almacenamiento	8	1	2	4	2	0	4	1	22
<b>Total</b>	<b>170</b>	<b>9</b>	<b>18</b>	<b>181</b>	<b>17</b>	<b>24</b>	<b>19</b>	<b>50</b>	<b>488</b>

Sector privado/público de los expedientes presentados		
Provincia	Expedientes	
	Privado	Público
Almería	40	3
Cádiz	87	15
Córdoba	1	0
Granada	38	2
Huelva	41	0
Jaén	14	0
Málaga	193	2
Sevilla	78	3
<b>Total</b>	<b>492</b>	<b>25</b>

Sector privado/público de los expedientes presentados (Sedes provincia de Cádiz)		
Provincia	Expedientes	
	Privado	Público
Algeciras	24	8
Cádiz	27	2
Jerez	36	5
<b>Total</b>	<b>87</b>	<b>15</b>

Promotores de los expedientes presentados			
Provincia	Expedientes		
	Trabajador	Empresa	Conjunto (Empresa y Trabajadores)
Almería	43	0	0
Cádiz	102	0	0
Córdoba	1	0	0

Granada	40	0	0
Huelva	41	0	0
Jaén	14	0	0
Málaga	194	1	0
Sevilla	81	0	0
<b>Total</b>	<b>516</b>	<b>1</b>	<b>0</b>

Expedientes presentados. Desglose de tipo promotor: Trabajador						
Provincia	Expedientes					
	Asesoramiento privado	CC.OO.	U.G.T.	Otro Sindicato	Representantes Unitarios	Sin asesoramiento
Almería	20	13	6	0	0	4
Cádiz	55	29	4	8	0	4
Córdoba	1	0	0	0	0	0
Granada	29	2	8	0	0	1
Huelva	17	3	5	15	0	1
Jaén	8	0	1	2	0	3
Málaga	110	19	26	33	0	5
Sevilla	47	0	9	15	1	9
<b>Total</b>	<b>287</b>	<b>66</b>	<b>59</b>	<b>73</b>	<b>1</b>	<b>27</b>

Estado de tramitación de los expedientes (Sedes provincia de Cádiz)							
Provincia	Conciliación - Mediación			Arbitrajes			
	En tramitación	Tramitación no efectiva	Tramitación efectiva	En tramitación	No tramitado	Concluidos	Total
Algeciras	3	10	19	0	0	0	32
Cádiz	3	8	18	0	0	0	29
Jerez	2	10	29	0	0	0	41
<b>Total</b>	<b>8</b>	<b>28</b>	<b>66</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>102</b>

Tramitaciones no efectivas	
Causa	Procedimientos
Desistido: incomparecencia de la parte actora	7
Desistido: petición de la parte actora	25
Intentado sin efecto	102
No competencia SERCLA	5
<b>Total</b>	<b>139</b>

Carácter obligatorio/Facultativo		Expedientes	Porcentaje
<b>Expedientes presentados</b>		<b>517</b>	<b>100%</b>
<b>Total Obligatorios</b>		<b>266</b>	<b>51,45%</b>
-	Clasificación profesional	170	32,88%
-	Licencias y Permisos	19	3,68%
-	Movilidad funcional	9	1,74%
-	Reducciones de jornada	50	9,67%
<b>Total Facultativos</b>		<b>251</b>	<b>48,55%</b>
-	Cconciliación vida personal, familiar y laboral	29	5,61%
-	Modificación sustancial de condiciones	181	35,01%
-	Traslados y desplazamientos	17	3,29%
-	Vacaciones	24	4,64%
<b>Expedientes tramitados</b>		<b>328</b>	<b>63,44%</b>
<b>Total Obligatorios</b>		<b>170</b>	<b>51,83%</b>
-	Clasificación profesional	103	31,40%
-	Licencias y Permisos	15	4,57%
-	Movilidad funcional	5	1,52%
-	Reducciones de jornada	35	10,67%
<b>Total Facultativos</b>		<b>158</b>	<b>48,17%</b>
-	Cconciliación vida personal, familiar y laboral	15	4,57%
-	Modificación sustancial de condiciones	119	36,28%
-	Traslados y desplazamientos	11	3,35%
-	Vacaciones	13	3,96%

Resultados globales				
	Expedientes	%	Trabajadores	%
Concluido con avenencia	122	37,20	132	36,46
Concluido sin avenencia	206	62,80	230	63,54
<b>Total</b>	<b>328</b>	<b>100,00</b>	<b>362</b>	<b>100,00</b>

Resultados por provincias				
Ámbito	Con avenencia	%	Sin avenencia	%
Almería	2	10,53	17	89,47
Cádiz	24	36,36	42	63,64
Córdoba	1	100,00	0	0,00
Granada	8	42,11	11	57,89
Huelva	9	31,03	20	68,97

Jaén	6	54,55	5	45,45
Málaga	56	44,09	71	55,91
Sevilla	16	28,57	40	71,43
<b>Total</b>	<b>122</b>	<b>37,20</b>	<b>206</b>	<b>62,80</b>

<b>Resultados. Sedes provincia de Cádiz</b>				
<b>Ámbito</b>	<b>Con avenencia</b>	<b>%</b>	<b>Sin avenencia</b>	<b>%</b>
Algeciras	6	31,58	13	68,42
Cádiz	7	38,89	11	61,11
Jerez	11	37,93	18	62,07
<b>Total</b>	<b>24</b>	<b>36,36</b>	<b>42</b>	<b>63,64</b>

<b>Resultados de Expedientes Plurales</b>					
<b>Provincia</b>	<b>Con Avenencia</b>	<b>%</b>	<b>Sin avenencia</b>	<b>%</b>	<b>Total</b>
Almería	0	0,00	1	100,00	1
Cádiz	2	25,00	6	75,00	8
Córdoba	0	0,00	0	0,00	0
Granada	0	0,00	1	100,00	1
Huelva	0	0,00	1	100,00	1
Jaén	0	0,00	0	0,00	0
Málaga	3	50,00	3	50,00	6
Sevilla	0	0,00	2	100,00	2
<b>Total</b>	<b>5</b>	<b>26,32</b>	<b>14</b>	<b>73,68</b>	<b>19</b>

<b>Resultados por género de los promotores</b>				
<b>Género</b>	<b>Con avenencia</b>	<b>%</b>	<b>Sin avenencia</b>	<b>%</b>
Hombre	65	37,79	107	62,21
Mujer	67	36,02	119	63,98
<b>Total</b>	<b>132</b>	<b>36,87</b>	<b>226</b>	<b>63,13</b>

<b>Resultados por sectores económicos</b>				
<b>Sector</b>	<b>Con avenencia</b>	<b>%</b>	<b>Sin avenencia</b>	<b>%</b>
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	0	0,00	3	100,00
Industria manufacturera	10	38,46	16	61,54
Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	0	0,00	2	100,00
Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	26	52,00	24	48,00
Construcción	0	0,00	4	100,00

Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas	22	44,00	28	56,00
Transporte y almacenamiento	5	35,71	9	64,29
Hostelería	11	25,00	33	75,00
Información y comunicaciones	3	23,08	10	76,92
Actividades financieras y de seguros	0	0,00	3	100,00
Actividades inmobiliarias	2	100,00	0	0,00
Actividades profesionales, científicas y técnicas	1	8,33	11	91,67
Actividades administrativas y servicios auxiliares	20	40,82	29	59,18
Administración pública y defensa; seguridad social obligatoria	1	12,50	7	87,50
Educación	2	40,00	3	60,00
Actividades sanitarias y de servicios sociales	10	45,45	12	54,55
Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento	4	50,00	4	50,00
Otros servicios	5	38,46	8	61,54
<b>Total</b>	<b>122</b>	<b>37,20</b>	<b>206</b>	<b>62,80</b>

<b>Resultados por motivaciones</b>				
<b>Motivaciones</b>	<b>Con avenencia</b>	<b>%</b>	<b>Sin avenencia</b>	<b>%</b>
Clasificación profesional	35	33,98	68	66,02
Movilidad funcional	2	40,00	3	60,00
Trabajos de superior o inferior categoría	1	8,33	11	91,67
Modificación sustancial de condiciones	53	44,54	66	55,46
Traslados y desplazamientos	4	36,36	7	63,64
Vacaciones	7	53,85	6	46,15
Licencias y Permisos	4	26,67	11	73,33
Reducciones de jornada	12	34,29	23	65,71
<b>Total</b>	<b>118</b>	<b>37,70</b>	<b>195</b>	<b>62,30</b>

<b>Resultados. Desglose de tipo promotor: Trabajador</b>				
	<b>Con Avenencia</b>	<b>%</b>	<b>Sin Avenencia</b>	<b>%</b>
Asesoramiento privado	73	37,44	122	62,56
CC.OO.	8	25,00	24	75,00
Otro Sindicato	19	37,25	32	62,75
Sin asesoramiento	9	64,29	5	35,71
U.G.T.	12	35,29	22	64,71
<b>Total</b>	<b>121</b>	<b>37,12</b>	<b>205</b>	<b>62,88</b>

**3. REFERENCIAS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN**

Los Trabajadores de La Sepulvedana desconvocan los paros tras un acuerdo en el SERCLA	Diario de Jaén	19/12/2017
Desconvocada huelga de trabajadoras de limpieza en la UPO tras acuerdo en el SERCLA	SEVILLA DIRECTO	11/12/2017
Desconvocada cuatro días de huelga en la ayuda a domicilio tras mediar el SERCLA	20 MINUTOS	04/12/2017
Patronal y Sindicatos alcanzan en el SERCLA un acuerdo para el Convenio de Limpieza de hospitales y paralizan una huelga	LA VANGUARDIA	06/11/2017
Los empleados de las Ambulancias aplazan en el SERCLA la huelga para hoy	Diario de Cádiz	03/11/2017
La mediación en el SERCLA evita casi siete mil hora de huelga desde enero a septiembre en la provincia de Huelva	Huelva 24h	22/10/2017
Las horas de trabajo recuperadas por el SERCLA por huelgas evitadas crecen un 82,3% en el primer semestre	Europa press	13/10/2017
Acuerdo en el SERCLA de los Vigilantes de Navantia	Andalucía información	15/09/2017
STTS y sindicatos alcanzan un acuerdo en el SERCLA para hacer indefinidos a 18 trabajadores y ascender a 36.	20 minutos	29/06/2017
Desconvocada la Huelga en Transportes Rober tras alcanzar trabajadores y empresa un acuerdo en el SERCLA	Europa press	06/06/2017
Desconvocada la huelga prevista en ANOVO tras alcanzar un acuerdo en el SERCLA	Europa press	27/05/2017
Alcanzado un acuerdo para el convenio de limpieza de edificios y locales de Cádiz en el SERCLA	Diario de Cádiz	17/05/2017
La mediación del SERCLA de Jerez frena la convocatoria de 6 huelgas en 2016	Diario de Jerez	02/05/2017
Sindicatos y patronal de Hostelería vuelven al SERCLA por el bloqueo del convenio colectivo.	Diario de Granada	16/02/2017

#### 4. INTEGRANTES DE LOS EQUIPOS DE MEDIACIÓN QUE HAN AC- TUADO DURANTE 2017

##### Por designación de la CEA

Aguilera Callejón, M <sup>a</sup> del Mar	García Baena, Isabel
Alcántara López, Antonio	García Martínez, Andrés
Alcedo Baeza, Manuel	García Quintana, Candela
Algar Morillo, Enrique	García Taboada, Rocío
Almansa Bernal, Miguel Ángel	Gil Sánchez, Antonio Fermín
Álvarez Quintana, Sebastián	Gómez Almanza, Joaquín
Álvarez-Ossorio Benítez, Juan Javier	Gómez Maline, Federico
Amate Cansino, Anabel	Gómez Romero, Diego
Amate Cansino, Luis Manuel	Gómez Vallecillo, Javier
Amate García, Luis	González Pernía, María Begoña
Aparicio Díez, María Cristina	Gutiérrez Montaña, Daniel
Arroyo Díaz, Antonio	Hernández Conde, Antonio
Azañón Rubio, Mario	Hernández Conde, Gábor
Barbacid Sánchez, Javier	Hoyas Valverde, José Ramón
Barceló Miro, Fernando	Lara Gil, Juana María
Barquero Sáez, Alberto	Lara Romero, M <sup>a</sup> Fátima
Barranco Mudarra, Carolina	León Fernández, Rocío
Borrero Pérez, Montserrat	León González, Patricia
Cañadas Bores, Marcos	López Martínez, María José
Carcelén Barba, Manuel	López Mayorga, José Manuel
Corona Pérez, Juan	López Rodríguez, José Carlos
Cruz García, Manuel	Loscertales Fernández, Francisco Javier
Cruz Nieto, Arturo	Luque Barona, Juan Luis
de la Torre Márquez, Federico	Luque Moreno, Rafael
Delgado Jiménez, José Antonio	Martínez Gutiérrez, Luis
Díaz Martín, Mercedes	Medialdea Hernández, María José
Díaz Ribes, Sebastián	Míguez Macías, Yolanda
Domínguez Fuentes, Rafael	Mora de la Rosa, Carmen
Expósito Guillén, Ana M <sup>a</sup>	Moreno Aragón, Antonio
Fajardo Martín, Maribel	Moreno Martín, Silvia
Ferberero Castejón, Santiago	Moreno Pascual de Pobil, Blanca
Fernández de Jódar, Ignacio	Morillo-Velarde Pérez, Adelina
Ferrer Rossi, Juan Carlos	Nogales Domínguez-Adame, Julio
Frutos Rodríguez, Salvador	Olalla Acosta, María Rosa
Fuster Ruiz, María José	Oliva Ojeda, Eva
Galiana Vigo, Rosario	Oliva Sánchez, Manuel
Gallardo Navarro, José Antonio	Olivares Jurado, Juan Carlos
Gallego León, Javier	Pedrosa Díaz, Rosario Elena
García Argenté, Juan Carlos	Plata Casas, Jesús

Prieto-Carreño Candau, José Carlos  
Quintana Hernández, María Isabel  
Rodríguez Almazo, Juan Antonio  
Rodríguez Blanco, Joaquín  
Ruiz-Henestrosa Laynez, Manuela  
Salobreña Lucena, Daniel  
Sánchez del Río, María del Mar  
Sánchez Quintana, Cristóbal  
Serrano Rodríguez, Antonio Germán

Soler León, Nuria María  
Soto Delgado, Francisco  
Tovar Rodrigo, Antonio  
Vázquez González, Joaquín  
Vázquez Hierro, Martín José  
Vázquez Vera, José Antonio  
Vinsac Antonietty, María Luisa  
Zapatero Pérez-Esparza, María José

### Por designación de CCOO-A

Alba Niza, José Carlos  
Alfonso Sánchez, Laura  
Alvarado Martín, Sonia  
Arenas Ruiz, Carmen  
Ariza Moleón, Roberto  
Arroyo Bando, Leonardo  
Ávalos Cabrera, Mar  
Baena Abad, Jaime  
Bassecourt Hernández, Manuel  
Becerra Rodríguez, José Carlos  
Beiro Baro, Antonio  
Bescos Gil, Ignacio  
Campoy Sánchez, Manuel J.  
Cantero Martínez, Francisco  
Carrasco de los Santos, Luisa  
Casquet Martín, Maribel  
Castillo Tapia, Andrés  
Chbaral Beniich, Masaouda  
Colón Pérez, Ignacio  
Dávila Más, Antonio  
Degayón Roldán, Olga  
Del Olmo Juarraz, Mercedes  
Del Río Díaz-Jara, Maité  
Díaz Gil, Miguel Alberto  
Espinosa Sánchez, Celia  
Faz Kadir, Said  
Fernández Hurtado, José Adriano  
Fernández Romera, Pilar  
Fuentes Sanzo, Fernando  
García Organvidez, Desconsuelo  
García Sánchez, Antonio Damián

García Vicioso, Luis Miguel  
Garrido Ponce, Luisa  
Gavilán Andrades, José  
Gil Infantes, Eduardo  
Golfín Salas, Jorge  
Gómez Fernández, Silvia  
Gómez Pardo, Remedios  
Gómez Ucelay, Miguel Esteban  
González Altamira, Ester María  
González Gil, José Luis  
Gracia Hidalgo, Carlos Miguel  
Gutierrez Mata, Gema  
Hernández Alcalá, Carlos  
Hueso Carrión, Rafael  
Illescas Muños, Juan  
Jiménez Cano, Jesús  
Jiménez Jiménez, Miguel  
Jumilla Jiménez, Juan  
León Bailón, Rafael  
Linares López, Juan  
López del Amo, Pablo  
López Garrido, M<sup>a</sup> José  
López Quirós, Juan Jesús  
Luque García, Manuel  
Manzano Núñez, Mercedes  
Martín Anaya, José  
Martínez García, Manuel  
Medina Benjumea, Francisco Javier  
Mena Melgar, Raúl  
Mesa Entrena, José Antonio  
Morales Victoria, Víctor Manuel

Moreno Jiménez, Lisandro  
 Nuñez Jiménez, Daniel  
 Olmo Ortega, Enrique  
 Ordoñez Águila, Estrella del Mar  
 Ordóñez Naranjo, José Javier  
 Ortega Díaz, Antonio  
 Ortega Gil, Inmaculada  
 Oteros Díaz, Antonio  
 Paez Martínez, Silvia  
 Parody Trujillo, Jesús  
 Perea Álvarez, María Julia  
 Pereira Calvente, Miguel  
 Pérez Abellá, Juan  
 Pérez Pérez, José Vicente  
 Perles Galvez, Juan Antonio  
 Puga Hidalgo, M<sup>a</sup> Estrella  
 Ramírez Perdiguero, Margarita  
 Rodríguez Ramírez, José María  
 Rodríguez Torralba, Niceto  
 Rojas Rabaneda, M<sup>a</sup>. Dolores

Román Barroso, Diego  
 Romero Pérez, Leonardo  
 Rubio Guerrero, Rosa María  
 Rubio Zancas, Magdalena  
 Ruiz Diaz, Ana María  
 Salazar Temprado, Miguel Ángel  
 Sánchez Cazorla, Antonio Jesús  
 Sánchez Jiménez, José Luis  
 Sánchez Marmolejo, Pedro Miguel  
 Sánchez Martínez, Eva María  
 Segura Romero, Pablo  
 Soto Parra, José M<sup>a</sup>  
 Tejada Báez, Gloria Evelia  
 Tejada Cabornero, José Carlos  
 Tejada Gallegos, Rafael  
 Ternero Querencio, José  
 Torres Cot, Manuel  
 Torres Fernández, Laura María  
 Triano Paulete, Manuel  
 Utrera Domínguez, Miguel Angel

### Por designación de UGT-A

Abad Bretones, Leopoldo  
 Afonso Regalado, Juan  
 Alcaraz Portero, Josefa  
 Amaro Vega, María Eugenia  
 Arias Navarro, María José  
 Baeza Henche, Oscar  
 Barrera Pedraja, Rafael  
 Barrera Rico, María Águila  
 Berenjeno Borrego, Jorge  
 Blanco Casal, José Ramón  
 Blanco Nisa, Pedro  
 Bueno Tinoco, María de los Milagros  
 Bullido Muñoz, María de los Ángeles  
 Cardero Márquez, Joaquín  
 Carmona Rodríguez, Rafael  
 Carretero Fernández, Juan  
 Casares Vidal, Jesús  
 Castillo Jurado, José  
 Conejo Díaz, Rafael María  
 Cruz Rodríguez, Antonio Diego  
 Díaz Suárez, Francisco

Domínguez Ruíz, Luisa  
 Doña del Río, José Antonio  
 Enriquez Nievas, José Antonio  
 Fajardo Fernández, Víctor  
 Fernández Picón, Mercedes  
 Figueroa Torraga, Hernán  
 Flores López, José Luis  
 Frías Jiménez, Antonio  
 Galiano González, Caridad  
 García Barea, María Teresa  
 García Cámara, Antonio  
 García Cossi, María del Carmen  
 García Fernández, Francisco Rafael  
 García Nieto, Juan Carlos  
 García Ríos, José Carlos  
 García Sánchez, Austreberto  
 García Sánchez, Carmen  
 García Sánchez, Venancio  
 Gassol Noguera, Agustín  
 González Alcalde, Antonio  
 Heredia Marín, Aurelio

Herrera Luna, Lourdes	Paniza Contreras, M <sup>a</sup> Carmen
Hidalgo Jiménez, José	Pérez Carrasco, Ignacio
Huerta Cantero, María José	Pérez Fernández, Eduardo
Jiménez Ponti, Manuel	Pérez Morón, Israel
Jiménez Rosa, Salvador	Pérez Pérez, Francisco Javier
Jordán Ramos, Matías	Pinto López, José
López Ramírez, Manuel	Pozo Navarro, Ana
Márquez Rodríguez, Pablo	Pujazón Gutierrez, José Francisco
Martín Giraldez, Setefilla	Ramírez García, Noelia
Martín Rengel, Carolina	Ramírez Martínez, Aurora
Martínez Díaz, Rafael	Rescalvo Martín, Silvia
Martínez Martín, Alberto Luis	Ribes Moreno, María Isabel
Medina Cano, José Antonio	Ríos Llamas, Francisco
Membrive Mingorance, Lourdes	Rivera Benítez, Juan Carlos
Méndez Masero, José Luis	Rodas Moriana, José
Mendoza Hernández, Angel	Rodríguez Gómez, Oscar
Mesa García, Cipriano	Rodríguez Pinto, Ana
Moreno Flores, Francisco Manuel	Roldan Logroño, Manuel
Muñoz Arévalo, Francisco José	Romero García, Manuel
Muñoz Moreno, José María	Romero Pérez, Miguel Ángel
Nevado Cotrina, Rafael	Sandubete Marín, Francisca
Nieto Lorente, Francisco	Sarmiento Díaz, Jaime Enrique
Ochoa Navarro, Rafael	Silva González, José Luis
Olivares Martínez, Francisco Javier	Soto Villafranca, José Eugenio
Ortega Rodas, Reyes	Tercero Troyano, Sebastián
Oses Jiménez, Sergio de	Toledo Orihuela, Juan José
Padilla Mesa, Pedro José	Vergel García, Mónica
Pallares González, José Manuel	Vileya Rodríguez, Julián
Palomo Fernández, Mónica	Zarza Moreno, Antonio Jesús

### **Por designación de Junta de Andalucía**

Parralo Vegazo, Antonio  
Vazquez Rosso, Begoña

### **Secretaría**

Caballero Sánchez, Juan	González Montes, M <sup>a</sup> Angustias
Calderón Pérez, Mercedes	Granados Izquierdo, María del Carmen
Delgado Fernández, María del Mar	Martín Rubiera, Estefanía
Gallardo Palacios, Diego	Moreno García, Francisco Miguel
Gallego Reyes, Manuel	Palma Contreras, Francisco
García Bernal, Laura	Pina Pérez, Francisco

Reguera Benitez, José María  
 Rodríguez Berenguer, Manuel  
 Ruiz Durán, Juan Jesús

Sambucety Martín, Emilio L.  
 Vallejo Rivera, Carmen Marina

## 5. COLEGIO ARBITRAL

- **Alemán Páez, Francisco A.**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Córdoba
- **Calero Amor, Miguel.**  
 Inspección Prov. de Trabajo y SS. de Huelva
- **Castiñeira Fernández, Jaime.**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Sevilla
- **Cruz Villalón, Jesús.**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Sevilla
- **de Santos Sánchez, Víctor.**  
 Inspección Territorial de Trabajo y SS. de Andalucía
- **de Soto Rioja, Sebastián.**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Huelva
- **Fernández Avilés, José Antonio**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Granada
- **Fernández López, María Fernanda.**  
 Catedrática de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Sevilla
- **García Jiménez, Manuel**  
 Prof. Titular de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Jaén
- **Garrido Pérez, Eva.**  
 Catedrática de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Cádiz
- **Gasquez Pérez, Alejandro.**  
 Inspección Prov. de Trabajo y SS. de Sevilla
- **Gómez Caballero, Pedro.**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Córdoba
- **Gómez Muñoz, José Manuel.**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Sevilla
- **González Biedma, Eduardo.**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Sevilla
- **González Ortega, Santiago.**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Univ. Pablo de Olavide
- **Gorelli Hernández, Juan.**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Univerdidad de Huelva
- **Márquez Prieto, Antonio**  
 Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Málaga
- **Molina Navarrete, Cristóbal.**

Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Jaén

• **Monereo Pérez, José Luís.**

Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Granada

• **Moreno Vida, María Nieves.**

Catedrática de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Granada

• **Navarro Nieto, Federico.**

Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Córdoba

• **Olarte Encabo, Sofía.**

Catedrática de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Granada

• **Prados de Reyes, Francisco Javier.**

Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Granada

• **Rodríguez Ramos, María José.**

Catedrática de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Sevilla

• **Sáez Lara, Carmen.**

Catedrática de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Córdoba

• **Sánchez Rodas, Cristina.**

Catedrática de Dº del Trabajo y de la SS. Universidad de Sevilla

## 6. ARBITRAJES REALIZADOS

### COLECTIVOS

41/2017/218 Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla

18/2017/57 Ilunion Lavanderías Granada, S.A.

41/2017/108 Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía (Amaya)

21/2017/15 Ayuntamiento de Niebla

41/2017/38 Ayuntamiento de Palomares del Río



**4**

**Comentarios de  
Jurisprudencia**



## LA INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE INTERINIDAD. CAMBIO DE DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO

*Sentencia TJUE (Gran Sala) de 5 de junio 2018 [ECLI:EU:C:2018:393]*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La trabajadora celebró el 13 de marzo de 2007 con la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid un contrato de interinidad al objeto de sustituir a un trabajador fijo. El 1 de febrero de 2008 su contrato fue transformado en un contrato de interinidad para cobertura de vacante. El contenido de la plaza que ocupaba la Sra. Montero Mateos era la prestación de servicios como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de la Agencia.

El 3 de octubre de 2009 la Comunidad de Madrid convocó un proceso extraordinario para la consolidación del empleo para proveer plazas de auxiliar de hostelería. El 27 de julio de 2016, el puesto que ocupaba la trabajadora se adjudicó a una persona que había superado dicho proceso selectivo. Por consiguiente, el contrato de interinidad de la interesada finalizó con efectos de 30 de septiembre de 2016. El 14 de octubre de 2016, la Sra. Montero Mateos presentó demanda de despido ante el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid.

**RESUMEN:** El Juzgado de lo Social número 33 de Madrid plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999, anexo a 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. El TJUE, constituido en Gran Sala, en respuesta a la cuestión planteada, declara que “La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de 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, debe interpretarse en

\* Prof<sup>ª</sup>. Titular de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”.

### ÍNDICE:

1. LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON EL ASUNTO DE DIEGO PORRAS (C-596/14)
2. CONCLUSIONES DE LA ABOGACÍA GENERAL. LA NECESIDAD DE LA COMPARABILIDAD RESPECTO DE LA INDEMNIZACIÓN
3. EL CAMBIO DE DOCTRINA. EL VÍNCULO TEMPORAL AD INITIO ES RAZÓN OBJETIVA QUE JUSTIFICA LA NO PREVISIÓN LEGAL DE INDEMNIZACIÓN A SU FINALIZACIÓN
4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA INDEMNIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

## 1. LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON EL ASUNTO DE DIEGO PORRAS (C-596/14)

Desde la conocida sentencia De Diego Porras, asunto C-596/14, la cuestión de la indemnización por terminación de contrato temporal ha sido una de las que más debate jurídico ha generado, tanto en el plano científico como judicial. La interpretación novedosa del TJUE de la cláusula 4 del Acuerdo Marco en el sentido de que se opone a ésta una legislación nacional que no reconoce ninguna indemnización por finalización del contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización a los trabajadores fijos comparables, ha dado lugar a que nuestros tribunales hayan reconocido a diversos contratos temporales la misma indemnización por extinción del contrato que la que les corresponde a los trabajadores que ven extinguida su relación por causas objetivas previstas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores<sup>1</sup> (ET), esto es, la equivalente a veinte días de salario por año de antigüedad o parte proporcional.

No es objeto de examen aquí la sentencia De Diego Porras, sobre la que existen numerosos estudios, que por conocidos omitimos su cita, pero dado que

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

la sentencia objeto de comentario lleva a cabo un trascendente cambio de doctrina sobre idéntica cuestión, debemos hacer algunas referencias a aquella sentencia, que nos servirán más adelante para entender mejor el alcance del cambio de criterio del Tribunal europeo.

En ambos casos el litigio principal recae sobre la terminación de sendos contratos de interinidad de cierta duración en el tiempo: en el caso De Diego Porras se trataba de un contrato de interinidad para la sustitución de un trabajador con reserva de puesto de trabajo, y en el caso Montero Mateos se trata de un contrato de interinidad en plaza vacante. A la incorporación del trabajador sustituido, en un caso, y del trabajador que obtuvo mediante concurso la plaza vacante, en el otro caso, las trabajadoras interinas fueron cesadas por las empleadoras, sin indemnización, por aplicación del art. 49.1.c) ET. En ambos casos la empleadora es una Administración pública, y ambos contratos temporales tuvieron una duración prolongada en el tiempo (en torno a nueve años).

En ambos casos, los órganos judiciales remitentes de las cuestiones prejudiciales –TSJ Madrid y Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, respectivamente– consideraron los contratos interinos ajustados a derecho, es decir, no celebrados en fraude de ley. Ahora bien, se plantean dudas acerca de si nuestra normativa nacional es contraria o no al Acuerdo Marco, en ambos casos referidos a la cláusula 4.1, por no reconocer indemnización a la terminación del contrato de interinidad en tanto que sí se le reconoce a los trabajadores fijos comparables en caso de extinción por causas objetivas. Si bien los términos de las cuestiones prejudiciales se formulan de forma diferente, como veremos ahora.

Por lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales, dejamos al margen el hecho de que en el caso De Diego Porras se pregunta en primer lugar si la indemnización por extinción del contrato se considera condición de trabajo a los efectos de la cláusula 4.1. del Acuerdo Marco, y en cambio en el caso Montero Mateos no. Y ello porque es ya una cuestión resuelta de modo afirmativo por el TJUE en casos anteriores<sup>2</sup>, si bien en el caso objeto de comentario el Tribunal europeo hace un recordatorio de su doctrina al respecto.

En lo que sí van a coincidir es que ambos órganos judiciales nacionales presentan como hechos en sus reenvíos prejudiciales que existe un diferente trato entre el trabajador temporal objeto del litigio principal y un trabajador fijo comparable, constatación que, como afirma el propio TJUE, es competencia del órgano judicial nacional. Si bien, en la sentencia objeto de comentario, el Tribunal europeo se muestra más cauto a la hora de reflejar este hecho, pues se limita a constatar la afirmación hecha por el juzgado nacional de que concurre el requisito de diferencia de trato respecto de un trabajador fijo comparable, además de recordar su doctrina al respecto, en tanto que en el caso De Diego

<sup>2</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2013, Carratù y la Poste Italiane SpA, C- 361/12 - EU:C:2013:830; STJUE de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13- EU:C:2016:683; y STJUE de 14 de septiembre de 2016, De Diego Porras, C-596/14-EU:C:2016:683.

Porras el Tribunal entra a valorar si efectivamente concurre o no la existencia de trabajador fijo comparable.

A partir de estas premisas, las cuestiones que se plantean sobre el fondo del asunto difieren en ambos casos, y podemos avanzar que en el caso comentado la pregunta va más allá de la mera reiteración de la cuestión prejudicial ya planteada en el caso De Diego Porras. En efecto, las diferencias entre ambos casos comienzan aquí. Así, en la sentencia De Diego Porras la pregunta ya lleva de forma expresa la afirmación de que la llegada de una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado, o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, como causas de terminación de un contrato de trabajo, son condiciones objetivas de finalización de la relación laboral. Y en puridad es así, ya que se trata de una extinción que no tiene que ver con una determinada situación del trabajador sino con la producción de la empresa, esto es, una necesidad temporal de mano de obra. Si bien, ninguna de estas tres causas de extinción se contemplan en el art. 52 ET. Este precepto, como es sabido, contempla una lista cerrada de concretas causas objetivas que, de concurrir, permiten a la empresa o empleador extinguir objetivamente el contrato, indemnizando al trabajador con 20 días de salarios por año de antigüedad. Por otro lado, en el caso De Diego Porras, la tercera y cuarta cuestión prejudicial planteada se derivan y dependerá de la primera referida antes: si el art. 49.1.c) ET es discriminatorio, y si también es discriminatoria la distinción respecto de los demás trabajadores temporales.

En cambio, en el caso Montero Mateos que da lugar a la sentencia que se comenta, la cuestión prejudicial se plantea desde otra perspectiva aunque sobre la misma materia: si la extinción del contrato de interinidad por vacante por la llegada de la condición resolutoria pactada -cobertura legal de la plaza vacante- es una razón objetiva que justifique el trato menos favorable respecto de un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva. El trato menos favorable consistiría en que éste percibiría indemnización y aquél no. La pregunta, por tanto, se enfoca desde la perspectiva de si está justificado ese trato diferenciado, y ello porque la cláusula 4.1 del Acuerdo marco prohíbe el trato menos favorable “por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

Dicho de otro modo, la duda que plantea el juzgado se centra en averiguar si está justificado o no que la legislación nacional excluya de indemnización la extinción de un contrato de naturaleza temporal, por la cobertura de la plaza vacante, cuya duración ha sido pactada por las partes. En tanto que un trabajador fijo comparable que es despedido por una causa objetiva sí recibe indemnización. Nótese cómo se está poniendo también el énfasis en que mientras en el contrato temporal la causa de terminación está pactada por las partes, en cambio en el caso del trabajador fijo comparable se alude al “despido”, siendo una extinción unilateral por parte de la empresa y no producto del pacto entre las partes, por tanto.

Para justificar esta consulta, según consta en la propia sentencia comentada, el Juzgado remitente argumenta que la sentencia De Diego Porras ha dado lugar a que los tribunales españoles concedan a los trabajadores temporales la misma indemnización que la que se otorga a los trabajadores fijos comparables por la extinción de sus contratos debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el art. 52 ET. Y que dicha sentencia ha tenido relevancia en el mercado laboral español, “caracterizado por un desempleo endémico y la masiva suscripción de contratos temporales”. Pero, en el parecer del Juzgado, “*dicha sentencia sigue sin solventar la duda de si el hecho de que las partes conozcan necesariamente, al suscribir el contrato temporal, su duración limitada constituye una razón suficiente que justifique dar, en lo que atañe a las indemnizaciones por extinción de la relación laboral, un trato diferente al que se otorga a los trabajadores fijos que ven extinguido su contrato debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores*”.

Se podría deducir de esta forma de plantear la cuestión, viene a dar un nuevo argumento al Tribunal europeo para llevar a cabo una revisión de la conclusión adoptada en el caso De Diego Porras. Sobre todo si tenemos en cuenta que en dicha sentencia el órgano judicial sí argumenta sobre el hecho de que la previsibilidad de ruptura del vínculo no es causa suficiente para el trato menos favorable. En efecto, la sentencia De Diego Porras dedica a ello los apartados 45 a 52, *sobre la existencia de una justificación objetiva*, en los que el Tribunal europeo considera que la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración pública no constituye una razón objetiva en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, afirmando que “*admitir que la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70*”. Abundando en esta afirmación, el Tribunal europeo, mantiene que “*la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes*”.

## **2. CONCLUSIONES DE LA ABOGACÍA GENERAL<sup>3</sup>. LA NECESIDAD DE LA COMPARABILIDAD RESPECTO DE LA INDEMNIZACIÓN**

Pese a que la sentencia que comentamos hace muy poca alusión a las conclusiones de la Abogada General<sup>4</sup>, se trata de un documento prolijo en argumentos y

<sup>3</sup> Sra. Juliane Kokott, presentadas el 20 de diciembre de 2017.

<sup>4</sup> Sólo se cita en el apartado 61, en el que se remite a lo que subraya la Abogada General en el apartado 55 de sus Conclusiones: “*Además, en el supuesto de un acuerdo de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo temporal simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado*”.

razonamientos del que resulta de interés destacar algunos aspectos, ya que es en el razonamiento para llegar a la conclusión final donde se pueden encontrar las claves para entender la postura de la Abogada General, acogida en la sentencia.

Sin que abordemos aquí todo su contenido, se propone en las conclusiones de la Abogacía que el requisito de la comparabilidad no se debe aplicar sólo al examen de si se trata del mismo tipo de trabajo —tareas y puesto de trabajo, como se ha venido interpretando hasta ahora. Ampliando el alcance de este presupuesto, se considera que *“Lo decisivo es, concretamente, si los trabajadores con contratos de duración determinada y los trabajadores fijos se encuentran en una situación comparable también (precisamente) respecto a la indemnización controvertida —y, especialmente, respecto a la circunstancia que da lugar a tal indemnización—”*.

Al respecto se razona que el presupuesto de la comparabilidad de las situaciones debe determinarse y apreciarse, en particular, a la luz del objeto y la finalidad del acto que establece la distinción de que se trata. Además, deben tenerse en cuenta los principios y objetivos del ámbito normativo al que pertenece el acto en cuestión<sup>5</sup>. Añadiendo que *“El presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto —al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras— y de reconsiderar su jurisprudencia a este respecto”*.

El análisis del objeto y finalidad de la indemnización en el caso de trabajadores fijos lleva a la Abogacía a la conclusión de que no se trata de situaciones comparables, toda vez que en el caso de los trabajadores fijos la indemnización tiene por finalidad compensar al trabajador de la frustración de continuidad de su relación laboral, en tanto que el trabajador temporal ha participado en el acuerdo contractual que hace que su relación laboral finalice, no siendo una sorpresa para el mismo su extinción. En suma, para el trabajador temporal no existe frustración de expectativas por la finalización pactada de su contrato de trabajo temporal, ni siquiera en aquellos casos de relaciones laborales temporales extraordinariamente largas. Se añade el argumento de que las situaciones de abuso en la contratación temporal deben combatirse con las medidas específicamente previstas para ello en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo marco, incluida la de convertir un contrato de trabajo de duración determinada en uno celebrado por tiempo indefinido, pero en modo alguno debe confundirse con la protección contra las discriminaciones motivadas por la naturaleza temporal del contrato de trabajo, prevista en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco.

Si bien estos argumentos van a ser acogidos en la sentencia que se comenta, no obstante no aplicados al concepto de comparabilidad, sino al de la existencia

<sup>5</sup> Con cita de las Sentencias de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, EU:C:2008:728), apartado 26; de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión (C-439/11 P, EU:C:2013:513), apartado 167, y de 26 de julio de 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597), apartado 46.

de “razones objetivas” que justifican el trato menos favorable. En efecto, al examinar el Tribunal europeo si en el asunto objeto de examen se cumple el requisito de una diferencia de trato del trabajador temporal respecto de un trabajador fijo comparable, llega a la conclusión de que si se trata de situaciones comparables, dejando a salvo que es el juzgado remitente el único competente para examinar los hechos, al ejercer la trabajadora interina las mismas funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores que aquellas para las que fue contratada la persona que superó el proceso selectivo, proceso que tenía precisamente por objeto proveer con carácter definitivo el puesto que la Sra. Montero Mateos había ocupado durante ese período.

Entendemos más acorde con el Acuerdo marco la postura adoptada en la sentencia comentada, esto es, la de aplicar el requisito de la comparabilidad al presupuesto previsto en la cláusula 3, apartado 2, del citado texto normativo, que al definir el concepto de “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” se centra en el tipo de trabajo que desempeña teniendo en cuenta su cualificación, que debe ser similar al desempeñado por el trabajador temporal. Por tanto, no parece técnicamente correcto aplicar la comparación entre instituciones jurídico-laborales, como es la indemnización por extinción del contrato de trabajo, como se hace en las conclusiones de la Abogacía General.

### **3. EL CAMBIO DE DOCTRINA. EL VÍNCULO TEMPORAL AD INITIO ES RAZÓN OBJETIVA QUE JUSTIFICA LA NO PREVISIÓN LEGAL DE INDEMNIZACIÓN A SU FINALIZACIÓN**

Sitúa el Tribunal europeo su argumentación en el análisis del concepto de “razones objetivas”, pues recuérdese que el Acuerdo marco proscribió el trato menos favorable entre trabajadores temporales y fijos comparables “por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas” –cláusula 4, apartado 1-. En dicho análisis se evidencia que la sentencia acoge la argumentación dada en las conclusiones de la Abogacía General, pese a que en éstas se haya residenciado en el análisis de la comparabilidad y no en la existencia de razones objetivas. Por diferentes caminos pero, en todo caso, ambos órganos llegan a la misma conclusión, esto es, que la no previsión legal de indemnización por terminación de un contrato temporal –en este caso de interinidad en una agencia pública- no se opone a la Directiva 1999/70, y en base a los mismos argumentos –la indemnización prevista para el trabajador fijo compensa la pérdida del empleo en tanto que en el temporal ya se ha pactado su finalización-. Si bien, como decimos, la sentencia que se comenta sitúa la argumentación en la existencia de razones objetivas. Es sin duda un cambio de doctrina relevante, pese a que ello ni se mencione en la resolución judicial.

Para llegar a esta nueva tesis, las premisas de partida del Tribunal europeo son las siguientes: en primer lugar, la diferencia de trato no puede justificarse en el hecho de que esté prevista en una ley o convenio colectivo<sup>6</sup>, sino en *“la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto”*. En segundo lugar, el contexto fáctico y jurídico en el que se produce la finalización del contrato de interinidad al proveerse la plaza es diferente a aquel en que se extingue el contrato fijo por las causas previstas en el art. 52 ET; en el primer caso las partes conocen desde el primer momento la fecha o acontecimiento que determinan la terminación del contrato temporal, en tanto que la extinción del contrato fijo tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración.

Estas premisas llevan al TJUE a considerar que la previsión de indemnización por la extinción del contrato fijo prevista en el art. 53 ET viene a *“compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación”*, siendo una norma que se aplica tanto a contratos fijos como de duración determinada o temporal, por lo que no produce diferencia de trato.

Para el Tribunal europeo, el objeto específico de la indemnización prevista para la extinción de contratos fijos y el contexto particular en el que se abona constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida, dejando a salvo la aclaración de que *“incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”*.

Nótese que el cambio de doctrina se apoya ahora en una argumentación diferente a la dada en su día en la conocida sentencia De Diego Porras. En efecto, en tanto que en ésta se mantenía que la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración pública no puede constituir una “razón objetiva” en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, ahora la argumentación jurídica se enfoca en la institución de la indemnización en las extinciones de contratos fijos, su objeto y finalidad. En la contratación temporal, según esta nueva postura judicial, la indemnización no vendría a compensar la pérdida del empleo puesto que las partes conocen de antemano su duración

<sup>6</sup> Con cita de las sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 57, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 54, y auto de 22 de marzo de 2018, Centeno Meléndez, C-315/17, no publicado, EU:C:2018:207, apartado 62. Afirmación también recogida en la sentencia De Diego Porras, C-596/14, apartado 46.

temporal pactada, por tanto no existen expectativas de continuidad a priori, sin perjuicio de que dicha contratación pudiera ser abusiva o fraudulenta y pasara a ser considerada como relación indefinida por aplicación de la normativa nacional.

En suma, esta argumentación se centra en los diferentes efectos que sobre la parte trabajadora produce la extinción de cada tipo de contrato: la pérdida sorpresiva o no del empleo, la frustración o no de expectativas de continuidad, o según que la causa de la extinción provenga de forma unilateral por parte de la empresa –en caso de los despidos objetivos- o tenga su origen en el pacto contractual –en caso de extinción del contrato temporal por vencimiento de su duración, o materialización de la condición resolutoria-. A partir de estas diferencias, propias de la naturaleza indefinida o temporal del contrato respectivamente, se considera que la indemnización prevista en caso del despido objetivo no encaja en la extinción de los contratos temporales, dado que no cumple la finalidad para la que está prevista dicha indemnización.

Planteado así los términos, tratar de trasladar los presupuestos y elementos de una institución prevista en el ordenamiento jurídico para un tipo concreto de situación y tipo de contrato, a otra diferente situación y contrato, conduce al resultado al que llega la sentencia. Pero quizás cabría preguntarse si el trato menos favorable consiste en considerar que el carácter temporal del contrato de duración determinada hace que su extinción no produzca efectos que compensar mediante la indemnización, o si los hay, no son dignos de protección. Dicho de otra manera, si el legislador, en cumplimiento del Acuerdo marco, y precisamente para evitar el trato diferenciado, no debería proteger también al trabajador de los efectos que sobre su esfera personal y profesional produce la contratación temporal, ya que en suma la decisión de ofertar un contrato indefinido o temporal queda en la órbita del poder de dirección y organización del empleador. Y ello más allá de que se contemple en algunos casos una indemnización –menor que la de despido- como medida para evitar el abuso en la contratación temporal.

#### **4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA INDEMNIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL**

Es sabido que la institución jurídica de la indemnización tiene siempre como finalidad compensar a un sujeto por un daño sufrido en su esfera personal o patrimonial, que no pueda ser reparable *in natura*. Desde esta perspectiva, la sentencia comentada se centra en los efectos –o daños- que produce el despido objetivo en el trabajador indefinido, ya comentados *supra*, para llegar a la conclusión de que la extinción de un contrato temporal por vencimiento del término o cumplimiento de la condición resolutoria no produce esos efectos negativos o daños en la esfera del trabajador temporal. Sin embargo, esta extinción produce

otros efectos negativos, propios y característicos de este tipo de contratos, que el legislador no protege, sin que en apariencia existan razones objetivas para ello. Razonamos a continuación este planteamiento.

Tanto la posibilidad de despedir por causas objetivas como la posibilidad de contratar temporalmente son medidas de flexibilidad –de entrada y de salida- que el ordenamiento laboral contempla con la finalidad de protección de los intereses de las empresas y del interés general de mantenimiento del empleo. En paralelo, contempla en ambos casos la exigencia para empresa del cumplimiento de ciertos requisitos y procedimiento, y una cierta protección de los trabajadores, que pretende lograr un cierto equilibrio en los intereses de las partes. Ambas medidas suponen una quiebra del principio constitucional de estabilidad en el empleo, y el propio ordenamiento trata de suavizar sus efectos. En el caso del despido por causas objetivas mediante el reconocimiento a los trabajadores afectados de una indemnización tasada de veinte días de salario por año de antigüedad con cierto tope máximo también fijado legalmente. En la contratación temporal, mediante la fijación de una indemnización menor a la del despido –doce días de salario- cuya finalidad es la de evitar el abuso en la contratación temporal, de manera que el coste de la temporalidad de estos contratos no los haga tan atractivos y las empresas opten por la contratación indefinida, funcionando así como estímulo indirecto. Pero en ningún caso, la indemnización se fija en atención a los efectos que sobre el trabajador tiene la contratación temporal, a diferencia de lo que ocurre en el despido objetivo.

Para la sentencia comentada, la indemnización por despido objetivo no es aplicable a la finalización de contratos temporales –motivada por su vencimiento o realización de la obra o servicio determinado, o por la llegada de la condición resolutoria pactada- porque en el trabajador temporal no se producen los daños o efectos que se dan en el despido de un trabajador indefinido. Sin embargo, se echa en falta en ese razonamiento el hecho de que la contratación temporal, además de compartir con la contratación indefinida las mismas causas de extinción, alberga por su propia naturaleza una causa de extinción que es exclusiva de este tipo de contrato, esto es, el pacto *ab initio* de la duración temporal de la relación laboral en base a la llegada de una fecha, término o condición resolutoria.

Esa causa exclusiva y objetiva de extinción del contrato temporal -pues aunque no se encuentre en el listado de causas objetivas del art. 52 ET, la extinción no se basa en razones subjetivas que afecten a alguna de partes del contrato- tiene un doble efecto: respecto de la empresa, permite satisfacer una necesidad empresarial objetiva de mano de obra temporal; y respecto del trabajador, le permite contar con un empleo aunque sea débil y no estable, a la par que le trunca las expectativas de contar con un empleo estable. Dicho de otro modo, nace ya sin expectativas de un empleo estable, a favor de la satisfacción de una necesidad empresarial.

De manera que la finalidad de la indemnización por terminación del contrato temporal, en mi opinión, no es la pérdida del empleo, que es algo connatural a este tipo de contratos, sino la compensación por el sacrificio de no contar con expectativas de un empleo estable.

El legislador contempla la indemnización como mecanismo que protege y compensa al trabajador indefinido que pierde su empleo, en tanto que no compensa ni protege al trabajador temporal que ni siquiera llegar a tener la opción de un empleo estable. Entiendo que no existe una razón objetiva para ello, y que por tanto ese trato menos favorable es contrario a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco.

Mantener que el trabajador temporal conoce y pacta de antemano su temporalidad, y que por ello no tiene expectativas que se deban compensar, en nuestro modo de ver equivale a mantener que no le corresponde indemnización a la finalización de su contrato por tener una relación laboral temporal.



**NULIDAD DE DESPIDO COLECTIVO QUE AFECTA  
A PERSONA CON REDUCCIÓN DE JORNADA PARA  
EL CUIDADO DE MENORES, DISCAPACITADOS O  
FAMILIARES: LA INFORMACIÓN SOBRE LOS CRITERIOS  
DE SELECCIÓN**

*STSJ Castilla y León (Valladolid), 31 de mayo de 2018  
[ECLI: ES:TSJCL:2018:1539]*

M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La actora prestaba servicios como auxiliar en el Registro de la Propiedad nº 1 de Ponferrada, teniendo reducida su jornada laboral en 1/8 por cuidado de hijo. En abril de 2017 dicho Registro es suprimido y su distrito integrado en el Registro de la Propiedad nº 3, asumiendo por subrogación la plantilla del nº 1. El 31 de octubre de 2017 la titular del registro procede al despido de la actora y de otros dos trabajadores, fundándose en causas organizativas, productivas y económicas, básicamente por progresiva disminución del volumen de operaciones realizadas y de los ingresos totales. La trabajadora presenta demanda solicitando que el despido sea declarado nulo, o subsidiariamente improcedente, fundamentando su solicitud en que dado que tenía concedida la reducción de jornada por cuidado de un menor, supuesto previsto en el art. 37.6 del ET, su despido por causas objetivas ha de ser considerado nulo, salvo que se declara la procedencia de la decisión extintiva. El JS nº 2 de Ponferrada dicta sentencia de nulidad con base en ese mismo argumento. La empresa recurre en suplicación considerando que sí han quedado acreditadas las causas aducidas en la carta de despido.

**RESUMEN:** La sentencia del TSJ se aparta de las conclusiones de la instancia en cuanto a la falta de acreditación de las circunstancias objetivas exigidas por la norma y la doctrina jurisprudencial que la interpreta. Considera que ha quedado acreditado que por causa ajena a la voluntad de la empleadora la plantilla de su Registro se vio incrementada pasando de 11 a 21 trabajadores, 18 de ellos con la misma categoría profesional que la actora, al tiempo que el volumen de actividad del Registro, así como que los ingresos disminuían progresivamente desde el año 2009. No comparte la Sala el argumento de que la política de conservación de empleo aplicado antes de la fusión sea indicio de falta de concurrencia de las

\*Profesora titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

causas objetivas, pues la plantilla se dobló después fusión sin que aumentaran la actividad ni los ingresos. Tampoco le parece que sea desproporcionado extinguir un total de 3 de 21 contratos. Ahora bien, y aquí viene el argumento que va a llevar a desestimar el recurso, otra cuestión distinta es la de la selección de los trabajadores afectado por la medida empresarial. Tratándose de una trabajadora en ejercicio de un derecho de reducción de jornada para cuidado de menores, considera que es de aplicación tanto la Directiva 2006/54/CE, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, como la jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato, marco normativo que impone a la empresa acreditar el porqué de la selección de la trabajadora afectada, cosa que no hizo, ni en la carta de despido ni a lo largo del procedimiento.

## ÍNDICE

1. NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE DESPIDO
2. LA DOCTRINA DEL TJ SOBRE LA INCLUSIÓN DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA EN UN DESPIDO COLECTIVO: LA SENTENCIA PORRAS GUIADO
3. LA NULIDAD DEL DESPIDO INDIVIDUAL DE UN TRABAJADOR EN EL MARCO DE UN DESPIDO COLECTIVO EN NUESTRO DERECHO INTERNO
  - 3.1. Nulidad por defectos en la carta de despido: doctrina general sobre la necesidad o no de incluir los criterios de selección utilizados
  - 3.2. La carta de despido en los casos de nulidad por vulneración de derechos fundamentales (incluido el derecho a la igualdad y no discriminación), y en los casos particulares de trabajador que ejerce derechos de conciliación y trabajadora embarazada y en periodo de lactancia
4. LAS PARTICULARIDADES DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 31 DE MAYO DE 2018
5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE DESPIDO

Nuestros derechos constitucionales a la igualdad y a la no discriminación tienen también un alto grado de reconocimiento en Derecho comunitario. De hecho, tanto los textos fundacionales como las distintas reglas comunitarias y por supuesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han sido elementos fundamentales para ir configurando los textos jurídicos nacionales y su aplicación judicial. En el momento actual, los textos comunitarios clave respecto a los derechos a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales son, sin lugar a dudas,

la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva de igualdad racial) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva de igualdad en el empleo), que han sido objeto de una amplia atención por parte del Tribunal de Justicia. Para el caso concreto de la igualdad por razón de sexo es también fundamental la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Por medio de estas directivas se intenta garantizar la igualdad de trato y al mismo tiempo ofrecer una protección eficaz contra la discriminación por alguno de los motivos que en ellas se mencionan expresamente y que son el origen racial o étnico en la primera de ellas, los motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en la segunda y el sexo en la tercera<sup>1</sup>.

Es la mencionada Directiva 2006/54 la que nos da los principales fundamentos a tener en cuenta en los supuestos de despido colectivo que afecta a una trabajadora con reducción de jornada para el cuidado de hijos. Dicha Directiva recuerda expresamente que la igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental del Derecho comunitario en virtud del artículo 2 y del artículo 3, apartado 2, del Tratado, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dichas disposiciones del Tratado proclaman la igualdad entre hombres y mujeres como una “misión” y un “objetivo” de la Comunidad e imponen una obligación positiva de promover dicha igualdad en todas sus actividades. Asimismo, en su considerando 24 señala también que el reconocimiento de estos derechos es compatible con las medidas de protección biológica de la mujer durante el embarazo y la maternidad, así como como las medidas de protección de la maternidad que tengan la finalidad de lograr una verdadera igualdad. Ahora bien, como señalan los considerandos 29 y 30 de la Directiva, para una aplicación efectiva del principio de igualdad de trato es fundamental que se introduzcan procedimientos judiciales o administrativos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones que se imponen por medio de ella, subrayando la gran importancia que tiene en este sentido la necesaria adopción de normas sobre la carga de la prueba. Por tanto, y remitiéndose a los pronunciamientos del TJ, el considerando 30 de la Directiva establece que deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación, excepto en relación con los procedimientos en que sea el Tribunal o el órgano nacional competente quien deba instruir los hechos. La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde, eso sí, al órgano nacional competente, con arreglo al

<sup>1</sup> Vid. Mancero Vázquez, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *NREDT*, N° 191, 2016.

Derecho nacional o a las prácticas nacionales. En este sentido, los Estados miembros están facultados para introducir, en todas las fases de los procedimientos, un régimen probatorio que resulte más favorable a la parte demandante.

En el caso concreto de nuestro ordenamiento, también va a tener especial importancia en esta cuestión la Directiva 92/85 CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, a pesar de que en principio no establece obligaciones a los estados miembros en relación con trabajadores que no se encuentran en esta circunstancia. Esto es así porque el art. 53.4 a) otorga la misma protección en caso de despido objetivo a las trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia y a las personas trabajadoras que están ejerciendo determinados derechos de conciliación, entre los que se encuentra el de reducción de jornada para el cuidado de menores y familiares. Por tanto, la doctrina del TJ sobre inclusión de una trabajadora embarazada en un despido colectivo, aunque se fundamente en esta última directiva, podría aplicarse por extensión a estos otros supuestos.

## **2. LA DOCTRINA DEL TJ SOBRE LA INCLUSIÓN DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA EN UN DESPIDO COLECTIVO: LA SENTENCIA PORRAS GUIADO**

Siendo muy abundante la jurisprudencia del TJ sobre igualdad y no discriminación en las condiciones de trabajo, no ha habido ninguna resolución expresa sobre la posibilidad de incluir a una persona en ejercicio de un derecho de reducción de jornada para el cuidado de hijos, aunque sí sobre un supuesto con el que tiene ciertos puntos en común. Se trata de la sentencia de 22 de febrero de 2018, Jessica Porras Guisado y Bankia, S.A., Secciones Sindicales de Bankia de CCOO, UGT, ACCAM, SATE y CSICA, y Fondo de Garantía Salarial, asunto C-103/16, relativo a un despido colectivo en el cual uno de los trabajadores seleccionados fue una trabajadora, en este caso embarazada.

El origen de la sentencia fue la presentación de demanda por parte de una trabajadora de Bankia contra la decisión empresarial de extinguir su contrato con base en un el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas durante la tramitación de un despido colectivo. Aplicando los criterios de selección pactados, la empresa incluyó a la Sra. Porras entre los trabajadores afectados por el despido, siendo así que estaba embarazada en el momento de comunicársele su despido (situación de embarazo que la empresa manifestó no conocer). La demanda fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Mataró, contra la que se interpuso recurso de suplicación. Una vez sustanciado el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, la Sala decide elevar cuestión prejudicial, por las dudas que

se plantea sobre la adecuación de diversos preceptos de la normativa española a dos directivas comunitarias: la Directiva 92/85 CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

En síntesis, el tribunal nacional se pregunta si normativa española transpone de forma efectiva la prohibición del art. 10 de la Directiva 92/85, es decir, la regla general de la prohibición de despido de una trabajadora embarazada por ser esta decisión un riesgo para su salud que tiene como única excepción la de aquellos supuestos o excepciones no inherentes a su estado. Pues bien el TJ, remitiéndose al considerando 15º de la Directiva 92/85, señala que la prohibición de despido establecida en su art. 10.1 d) tiene la finalidad de evitar las consecuencias perjudiciales que puede tener sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado, entre ellos y de manera muy importante el riesgo de incitarla al aborto. Es por ello que el art. 10.1 de la Directiva 92/85 les otorga una protección particular, “estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho”. Es decir, la prohibición de despido establecida en el mencionado art. 10.1 sólo afecta a los casos en que la decisión se haya tomado “por razones esencialmente relacionadas con el embarazo de la interesada”. Sin embargo, la decisión de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad por razones no relacionadas con el embarazo de la trabajadora no será contrario al citado artículo 10, a condición de que el empresario comunique por escrito motivos justificados de despido y de que el despido de la interesada esté admitido por la legislación o práctica nacional en cuestión, conforme a lo dispuesto en el artículo 10, puntos 1 y 2, de la Directiva 92/85. Esta es una de las afirmaciones más importantes de la sentencia, puesto que salva la legalidad de nuestra legislación, que no prohíbe expresamente que la trabajadora embarazada pueda ser despedida en el marco de un despido colectivo.

Asimismo, y respondiendo también a la cuestión prejudicial planteada, el TJ considera que el artículo 10.1 de la Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una ma-

yor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia y que, sin embargo, sí se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

Por último, y en realidad la cuestión que más nos interesa a los efectos del supuesto que nos ocupa, el órgano nacional remitente planteaba si el artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo y sin hacer referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional. Aquí el TJ da una solución congruente con lo argumentado con respecto a la primera cuestión prejudicial planteada. El art. 10.1 de la Directiva 92/85 obliga a que cuando se despida a una trabajadora durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. De este modo, dice el TJ, “el empresario debe exponer por escrito a la trabajadora embarazada que pretende despedir o que ya ha despedido los motivos, no inherentes a la persona de la trabajadora, por los que efectúa un despido colectivo (...) Estos motivos pueden ser, entre otros, económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa. (...) Además, corresponde al empresario indicar a la trabajadora embarazada los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”. Por tanto, la respuesta a la cuestión prejudicial planteada es que “el artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”.

Hasta aquí la sentencia del TJ, que a nuestro juicio contiene varios pronunciamientos importantes: fundamentalmente el de que no es obligatorio para nuestra legislación que se prohíba la inclusión de la trabajadora embarazada o en período de lactancia en los despidos colectivos, el de que no es necesario alegar unos motivos específicos para el despido de la trabajadora embarazada (bastando los motivos generales para proceder al despido objetivo) y por último, aunque no menos importante, el de que esto no obvia que el empresario deba indicar a la trabajadora los criterios objetivos que se han seguido en la selección de los afectados.

Hay que tener en cuenta que estos pronunciamientos se refieren a la adecuación de nuestra legislación a la Directiva 92/85, que se ocupa exclusivamente a la protección de la seguridad y salud de la persona embarazada, que haya dado

a luz o en periodo de lactancia y por tanto no se pueden aplicar directamente al ejercicio de los derechos de conciliación más allá de este período, pero como hemos dicho nuestro ET otorga la misma protección frente al despido objetivo a la trabajadora embarazada y a aquellos que ejercen determinados derechos de conciliación entre los que se encuentra el de reducción de jornada para el cuidado de hijos y familiares, por lo que van a tener gran importancia también a estos efectos.

### **3. LA NULIDAD DEL DESPIDO INDIVIDUAL DE UN TRABAJADOR EN EL MARCO DE UN DESPIDO COLECTIVO EN NUESTRO DERECHO INTERNO**

Según el art. 124.13 a) LJS, el trabajador individualmente afectado por el despido colectivo podrá impugnarlo por el procedimiento para la extinción de contrato por causas objetivas, con la especialidad, entre otras, de que el despido será nulo tanto por diversos defectos del procedimiento del despido colectivo como por los motivos recogidos para el despido objetivo. Es decir, que en estos casos el trabajador puede alegar varios motivos de nulidad, que serán básicamente los siguientes: falta de aportación de la documentación exigida en el procedimiento de despido colectivo, no respetarse las prioridades de permanencia establecidas por la legislación, defectos formales de la carta de despido, vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y, de manera muy importante, que se trate de un trabajador en ejercicio de los derechos de conciliación previstos en el art. 53.4 a y b del ET (en estos dos últimos casos, salvo que se demuestre la procedencia del despido).

#### **1.1. Nulidad por defectos en la carta de despido : doctrina general sobre la necesidad o no de incluir los criterios de selección utilizados**

La importancia a estos efectos de la carta de despido y la falta de referencia expresa de sus requisitos en el texto del ET han hecho necesaria su determinación jurisprudencial. Hasta la promulgación de la sentencia Porrás Guisado, la doctrina de nuestro TS era que, si bien la carta debía contener la expresión de la causa que motiva el despido, « los criterios de selección y su concreta aplicación al trabajador individualmente considerado, solamente han de pasar al primer plano de documentación para el supuesto de que se cuestionen en oportuna demanda - por los afectados- los propios criterios de selección y/o su específica aplicación a los singulares trabajadores ». Consideraba que la carta tenía que ser suficiente en su contenido para articular la defensa jurisdiccional del trabajador, sin exigir exhaustividad en la consignación de las conductas imputadas, sino sólo indicación clara y concreta de las mismas de suerte que el trabajador pueda identificarlas

para articular su defensa. La argumentación de esta postura se desarrollaba con claridad en la STS de 15 de marzo de 2016 (conocido como “caso Bankia”)<sup>2</sup>, según la cual no tiene por qué exigirse el mismo nivel de concreción en una carta de despido por circunstancias objetivas que en una extinción en el marco de un despido colectivo, ya que en el despido colectivo ha habido un proceso negociador previo. Según el TS el despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral del empresario y sin control previo sobre la concurrencia de las causas en que se basa, de manera que la revisión de su procedencia únicamente puede hacerse en el proceso judicial que inste el trabajador impugnando la decisión extintiva. Y esta unilateralidad en la gestación decisoria justifica que «para hacer posible la adecuada y correcta defensa jurídica de la pretensión impugnatoria del trabajador en ese proceso judicial, la Ley imponga como obligación esencial para la validez del despido objetivo que el empresario le comunique por escrito ese despido con expresión de sus causas» ( SSTS de 20 de octubre de 2005 y de 12 de mayo de 2015) , y que esa enunciación de la causa deba acompañarse de datos objetivos que excluyan toda posibilidad de indefensión para el trabajador que impugna la extinción de su contrato. En cambio, en el caso del despido colectivo la necesidad formal de comunicación al trabajador afectado queda atemperada por la existencia de la negociación, hasta el punto de que se debe «conectar lo acaecido en el periodo colectivo con la comunicación individualizada, [rebajando las exigencias interpretativas que valen para los casos de extinciones objetivas individuales o plurales]», de manera que «... en todo caso... el contenido de la carta de despido puede ser suficiente si se contextualiza» y que de esta manera haya de admitirse la suficiencia de la comunicación extintiva efectuada a los trabajadores, cuando la misma refiere el acuerdo alcanzado con sus representantes legales en el marco de un ERE, del que aquellos informan al colectivo social ( STS de 2 de junio de 2014). Por otra parte, señalaba la sentencia que en su caso, los criterios de selección y baremación individual tendrían que acreditarse en el proceso de impugnación individual del despido, sin que el trabajador sufriese en su derecho de defensa, al poder solicitarlos previamente al proceso mediante diligencias preliminares, actos preparatorios y aportación de prueba por la demandada. Asimismo y por todo ello, el TS ha venido considerando innecesaria la reproducción en la carta de los criterios de selección fijados en las negociaciones<sup>3</sup>.

Pues bien, la sentencia Porras Guisado obliga a cambiar esta doctrina, al menos en lo que respecta a las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia. Así lo hizo el TSJ Cataluña para resolver el asunto que dio lugar al planteamiento

<sup>2</sup> STS 1230/2016 de 15 de marzo de 2016.

<sup>3</sup> En el mismo sentido STS 545/2016 de 21 junio 2016, STS 659/2016 de 14 julio 2016, STS 1105/2016 de 21 de diciembre de 2016, STS 165/2017 de 28 de febrero de 2017, STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 1731/2014) (aunque en este caso se declara la improcedencia por no concretar las causas, remitiéndose al acuerdo con los representantes sin acompañarlo) y STS 124/2018 de 8 de febrero de 2018.

de la cuestión prejudicial, declarando procedente la inclusión de la trabajadora embarazada en el despido colectivo en atención a que la carta cumplió la exigencia de la doctrina del TJ de señalar la causa y, además, contener los criterios objetivos que seguidos para la designación de las trabajadoras afectadas (TSJ Cataluña 26-4-18<sup>4</sup>). También el TSJ de Madrid en su sentencia núm. 382/2018 de 23 abril de 2018, por los mismos motivos, en el caso de una trabajadora que se encontraba en situación de baja por maternidad, aunque en este último caso se hace referencia a una sentencia anterior del mismo tribunal citándola textualmente con el siguiente tenor literal: “Adicionalmente a lo anterior, recordamos la decisión que ya adoptó este Tribunal Superior de Justicia de Madrid en otro despido objetivo de una trabajadora de la misma empresa en sentencia de 5 de diciembre de 2016 (rec. 637/16), donde se manifestó: “ En el marco de un despido colectivo la designación de los trabajadores afectados es facultad del empleador, siempre que concurren criterios de selección objetivos; criterios que, como se probó en el acto del juicio oral, se expusieron con suficiente claridad en la información facilitada al inicio del periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo objeto de esta litis y que se reiteraron, *sin necesidad legal de volver a hacerlo*, en la carta de extinción del demandante, que por tanto reunió sobradamente los requisitos establecidos en el art. 53.1 ET “.<sup>5</sup> Parece por tanto que no estima que exista obligación legal de que la carta incluya los motivos de selección, a pesar de tratarse de una trabajadora en suspensión por maternidad por lo que podemos considerar que está en periodo de lactancia y por tanto es objeto de la misma protección que la trabajadora embarazada en virtud de la Directiva 92/85.

Una aplicación más clara de la doctrina del caso Porras Guisado se hace en la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 28 de mayo de 2018, rec. 713/2018, que también en referencia a una trabajadora embarazada, considera que “la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (...), según la cual no es exigible que en la carta de comunicación de la extinción individual se especifiquen los criterios de selección, ‘no puede aplicarse en el caso de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, que se vean afectadas por un despido colectivo, pues en tales casos, además de la causa, la carta de despido ha de contener los criterios objetivos que se han seguido para la designación de las trabajadoras afectadas’, concluyendo la nulidad del despido<sup>6</sup>.

También el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema tras la sentencia Porras Guisado, en STS 802/2018 de 20 de julio que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina núm. 2708/2016. Se recurría contra la STSJ

<sup>4</sup> TSJ Cataluña de 26 de abril de 2018, rec. 3002/2015.

<sup>5</sup> STSJ de Madrid, de 23 abril de 2018, rec. 1366/2017.

<sup>6</sup> Sobre los matices de esta sentencia, que resolvía un caso complejo, vid. el comentario de Beltrán Heredia, I., “Trabajadoras embarazadas, despido colectivo y criterios de selección: primeras reacciones al caso Porras Guisado (TSJ CyL)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 11 de junio de 2018.

de Madrid de 30 de mayo de 2016 que, aplicando la doctrina del caso Bankia, entendió que en el caso de despido de una trabajadora con reducción de jornada para el cuidado de hijo y además embarazada, declaró la procedencia del despido “pues los criterios de selección fueron consensuados por la parte social, tal y como se desprende de las distintas actas levantadas durante los períodos de consulta y del acuerdo final alcanzado y anexos (...), en el que aparece incluida la actora y memoria explicativa (...) en la que constan los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados (...) que hacen innecesario de conformidad, con la jurisprudencia expuesta su reproducción en la carta individual al trabajador afectado”. La sentencia de contraste aportada fue la STS 711/2015 de 14 de mayo de 2015 en la que también se resolvía sobre un caso en el que la afectada por el despido objetivo era una trabajadora con reducción de jornada y además embarazada. El TS consideró en este caso que el despido era nulo porque, “Tal y como ha señalado la STC 111/2003, de 15 de junio “recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión”, prueba que no ha logrado, ni tan siquiera intentado practicar”. Dichos criterios ni aparecían en las actas del acuerdo que cerró el periodo de consultas ni en ningún otro sitio, ni tampoco fueron alegados ni probados durante el procedimiento<sup>7</sup>.

Pues bien, resolviendo el recurso de casación, la STS de 20-7-2018 casa y anula la STSJ de 30 de mayo de 2016 y declara la nulidad del despido de la trabajadora. La fundamentación de dicha casación es que, en contra de lo considerado por el TSJ, el TS estima que los criterios seguidos para la designación de la trabajadora en cuestión no estaban suficientemente consignados, ni en la memoria ni en ningún otro lugar, porque lo que se hacía en la memoria era designar que debería desaparecer un puesto de trabajo, no el criterio para seleccionar a dicha trabajadora concreta<sup>8</sup>. Aunque de esta literalidad no parece deducirse la causa de la nulidad sea la falta

<sup>7</sup> FD OCTAVO STS de 14 de enero de 2015: “El demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión del mismo. Por el contrario, el demandado nada ha acreditado (...) En la memoria y en el escrito de subsanación, aportados por las demandadas, se significó que los criterios de designación de los trabajadores nominados, entre los que se encontraba la demandante, debían determinarse en la negociación del período de consultas. - En el acta de 14-12-2011, que cerró con acuerdo el período de consultas, no se menciona qué criterios se han tenido en cuenta para la selección de los trabajadores afectados”. A mayor abundamiento, en el fundamento de derecho quinto, con evidente valor de hecho probado, consta que la Dirección General de Empleo advirtió a la demandada, al inicio del período de consultas, que debía aportar los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados por el expediente contestándole, en el escrito de 17 de noviembre de 2011, que dichos criterios se establecerían en el período de consultas, lo que no se realizó. En el proceso no se ha alegado ni, por ende, practicado prueba alguna tendente a acreditar las causas reales y objetivas que, en su caso, podrían justificar la decisión extintiva adoptada por la empresa respecto a la demandante.”

<sup>8</sup> FD CUARTO.2.”No cabe entender, como alega la parte recurrida siguiendo lo razonado en la sentencia impugnada, que los criterios estaban suficientemente consignados, tal y como resulta

de consignación de los criterios en la carta de despido, a continuación<sup>9</sup> la sentencia se hace eco de la de la STJ Porras Guisado, por lo que podríamos entender que esta carencia también es uno de los fundamentos de la casación.

### **1.2. La carta de despido en los casos de nulidad por vulneración de derechos fundamentales (incluido el derecho a la igualdad y no discriminación), y en los casos particulares de trabajador que ejerce derechos de conciliación y trabajadora embarazada y en periodo de lactancia**

Merece también especial atención la consideración de la diferencia entre una posible nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales (incluidos despidos discriminatorios) y el caso del despido de personas trabajadoras embarazadas y en ejercicio de determinados derechos de conciliación. En ambos casos se va a producir una inversión de la carga de la prueba, pero mientras en el primero el trabajador tiene que aportar indicios de discriminación en su selección, en el segundo caso la inversión es automática.

Esto tiene una consecuencia clara con respecto a la especificación de los criterios de selección utilizados: aunque en general la selección del trabajador concreto no tiene por qué ser justificada en la carta de despido, por pertenecer al ámbito del poder de dirección de la empresa, sí deberá justificarse a lo largo del proceso posterior a la demanda si el trabajador aporta indicios razonables de discriminación, o de vulneración de derechos fundamentales, como ya venía señalando nuestros TS y TSJ.

de la memoria explicativa que, en el apartado 5 concreta dichos criterios. El citado apartado, bajo el epígrafe “Criterios tenidos en cuenta para la designación de trabajadores afectados”, señala: “La elección de los trabajadores que deben hacerse cargo de las nuevas responsabilidades de acuerdo a la nueva estructura necesaria en la fábrica, mucho menor, responden a parámetros muy distintos de los desarrollados hasta ahora, más basados en la especialización. Las competencias más requeridas se basarán más en la gestión que en la producción: -Coordinación, supervisión y planificación de la producción propia y de la subcontratada. Control técnico y organizativo. -Movilidad funcional, tanto horizontal (distintas áreas) como vertical, trabajos de inferior categoría. El menor número de trabajadores exige una gran polivalencia en función de las necesidades de la fábrica. Todo ello para evitar la subcontratación de servicios auxiliares más esporádicos u/o imprevistos. En su caso los títulos habilitantes para dicha movilidad. -Capacidad de desarrollo o potencial para adquirir conocimientos y habilidades en otras tareas no habituales, para necesidades permanentes o temporales (ausencias) así como la capacidad de adaptación”. De los genéricos criterios consignados no resulta dato alguno que permita concluir la necesidad de amortizar el concreto puesto de trabajo de la actora, sin que pueda entenderse cumplido el requisito de consignar los criterios de designación de los trabajadores con el dato de que en el folio 319 se haga constar, bajo el epígrafe “Periodo para la realización de los despidos”: “Comercial (1 puesto de trabajo). La propia inercia de la desaparición de la sección de sándwich hace que el departamento comercial, actualmente integrado por una persona, desaparezca”, ya que dicho epígrafe se limita a consignar la desaparición de un puesto de trabajo, pero sin explicitar los criterios tenidos en cuenta para la selección de la trabajadora afectada. A mayor abundamiento hay que señalar que de todos los trabajadores afectados por el ERE, la actora era la única que no prestaba servicios en producción y que no pertenecía al centro de trabajo sito en la calle Duquesa de Tamames 75 de Madrid, sino a las oficinas centrales, sitas en la calle Secoya número 19 de Madrid”.

<sup>9</sup> FD SEXTO.4 STS de 20 de julio de 2018.

La cuestión es distinta en los casos en que la inversión es automática, es decir, en los supuestos del art. 53.4 a y b ET (entre ellos los trabajadores con reducción de jornada para el cuidado de familiares y las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia). Tras la sentencia Porras Guisado, el caso de las trabajadoras embarazadas ha quedado claro, en el sentido en que la carta ha de contener los criterios de selección utilizados, en aplicación de lo previsto en la Directiva 92/85 sobre protección de la seguridad y salud de la persona embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. La sentencia, por tanto y como ya hemos dicho, no es directamente aplicable a los supuestos en que el trabajador afectado está ejerciendo alguno de los derechos de conciliación de vida laboral y familiar, puesto que no están amparados por dicha directiva. Sin embargo, ya que el ET regula conjuntamente la protección frente al despido de la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia y la de los casos de reducción de jornada para el cuidado de un menor, entendemos que la jurisprudencia debe ser aplicada indistintamente<sup>10</sup>. Además, los argumentos esgrimidos en el caso de la trabajadora embarazada son aplicables también en estos casos, ya que no tiene sentido esperar a que el trabajador aporte indicios de discriminación en la demanda cuando la inversión de la carga de la prueba es automática<sup>11</sup>.

#### **4. LAS PARTICULARIDADES DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 31 DE MAYO DE 2018**

Teniendo en cuenta todo ello, la sentencia comentada da una solución interesante al recurso planteado, confirmando la sentencia de instancia pero basándose en argumentos distintos a los de esta última. La magistrada de instancia, atendiendo al hecho de que la trabajadora estaba ejerciendo derecho a la reducción de jornada, entró a analizar si el despido era o no procedente, entendiendo que no lo era por considerar que la causa económica, organizativa y de producción alegada en la carta de despido no había sido acreditada. Al no considerarlo procedente, el fallo fue de nulidad.

Para el TSJ en cambio, la causa sí había sido convenientemente acreditada, cuestionando en cambio la selección realizada. Considera que la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e

<sup>10</sup> En el mismo sentido, FD SEXTO-2 de la STS de 14 de enero de 2015, rec. 104/2014: “Nuestro ordenamiento otorga idéntica protección, en orden a la calificación del despido, a la situación de embarazo que al periodo en el que el trabajador está disfrutando de reducción de jornada por cuidado de un menor, regulado en el artículo 37.5 ET, por lo que la jurisprudencia referente a los supuestos de despido de la trabajadora embarazada, es plenamente aplicable al despido del trabajador que disfruta de la reducción de jornada contemplada en el artículo 37.5 ET”

<sup>11</sup> STS 6 de mayo de 2009, rec. 2063/2008, d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental

igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, como la jurisprudencia del TJ, al exigir que se establezcan procedimientos judiciales que garanticen que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación, imponen en este caso a la empresa “la carga de acreditar el porqué de la selección de Dña. Elisenda como trabajadora a despedir”. Deja abierta la posibilidad de que la prueba se hubiese hecho en la comunicación extintiva o bien durante el procedimiento, tomando en consideración simplemente que no se ha acreditado, y es por ello por lo que se desestima el recurso.

Queda abierta por tanto, todavía, la cuestión de la repercusión de la doctrina Porras Guisado con respecto al contenido de la carta de despido en aquellos casos que el ET asimila a los de despido de trabajadora embarazada o en periodo de lactancia.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ MARAGALL, J. “La comunicación individual del despido colectivo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 165/2014.

BELTRÁN HEREDIA, I., “Trabajadoras embarazadas, despido colectivo y criterios de selección: primeras reacciones al caso Porras Guisado (TSJ CyL)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 11 de junio de 2018.

BELTRÁN HEREDIA, I., Despido colectivo y trabajadoras embarazadas (caso Porras Guisado), *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 24 de febrero de 2018

GARCÍA PIÑEIRO, N. “La prioridad de permanencia de las trabajadoras embarazadas en un despido colectivo: una nueva petición de decisión prejudicial. ATSJ Cataluña, de 20 enero 2016” *Revista Española de Derecho del Trabajo* 192/2016

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *NREDT*, N° 191, 2016.

NAVARRO, C., “Despido colectivo y trabajadoras embarazadas: adecuación de la normativa española a la normativa comunitaria” *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 939/2018

QUINTERO LIMA, G. “El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa”,

*Revista de Información Laboral*, 5/2016.

ROJO TORRECILLA, E., “Trabajadora embarazada que es despedida tras acuerdo en período de consultas en despido colectivo. Requisitos de la carta de

despido. Nulidad por falta de concreción de la causa de despido. Notas a la sentencia del TS de 20 de julio de 2018. ¿Retoca la doctrina Bankia?”, *El blog de Eduardo Rojo*, 7 de octubre de 2018.

ROJO TORRECILLA, E., “Sobre la protección de la trabajadora embarazada en caso de un despido colectivo. Aplicación de dos Directivas. Las dudas que deja abiertas la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16)”, *El blog de Eduardo Rojo*, 25 de febrero de 2018.

**SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE  
SUPPLICACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN  
SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE  
CARÁCTER INDIVIDUAL Y TUTELA DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES**

*STS de 5 de junio de 2018 (rec. núm. 3337/2016) [ECLI: ES:TS:2018:2456]*

JOSÉ MARÍA MORENO PEREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El demandante, presta servicios con la categoría de vigilante de seguridad, siendo miembro del comité de empresa y coordinador delegado de la sección sindical a la que pertenece. Presta sus servicios, en un edificio situado en la ciudad de Madrid, en régimen de jornada partida, de lunes a viernes. Recibe escrito de la empresa, quien, en ejercicio de su derecho a acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET) y motivado por la queja del cliente en el que el trabajador presta sus servicios, aplica cambios en cuanto a designar un nuevo lugar de prestación de sus servicios en un edificio diferente, también de la ciudad de Madrid y en horario de 7 a 19 horas, tarea que asume hasta la finalización de la contrata con el edificio en el que se venían prestando los servicios. La empresa le comunica nueva asignación de lugar de trabajo, otro edificio en Madrid en horario de 10 a 21 horas y efectos del día 5 de agosto. Veintitrés días más tarde la empleadora puso en conocimiento de su trabajador que como consecuencia de la queja formulada por la contratante, quedaba adscrito a las dependencias de otra empresa a fin de llevar a cabo las labores de vigilancia, esta vez en la localidad de Alcobendas. El trabajador se alzó contra las tres comunicaciones de la empresa, con sendas demandas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y tutela de derechos fundamentales, en virtud de la garantía de indemnidad consustancias con el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el derecho a la libertad sindical. Las demandas acabaron acumuladas y desestimadas por el Juzgado de lo Social, núm. 22 de Madrid. Tras el recurso de suplicación del trabajador, que fue oportunamente tramitado, el TSJ de Madrid, dictó sentencia no entrando en el fondo del asunto, por considerar que contra dicha sentencia no cabía recurso de suplicación por razón de la materia.

\* Abogado en ejercicio y profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

**RESUMEN:** Desestimada la petición del actor en la instancia, el TSJ de Madrid, acaba considerando inadmisibile el recurso de suplicación por razón de la materia. El trabajador formula RCUD, teniendo como sentencia de contraste la del TSJ de Cataluña de fecha 7 de julio de 2014, que en identidad de supuesto admitió la tramitación del recurso. La Sala de lo Social del TS, viene a reiterarse en la doctrina de la sentencia de contraste, confirmada por la del propio TS de fecha 10 de marzo de 2016, admitiendo la tramitación del recurso de suplicación, cuando la demanda de modificación de medidas viene acompañada de reclamación de daños por vulneración de derechos fundamentales.

## ÍNDICE

1. PUNTO DE PARTIDA: MARCO NORMATIVO
2. CONFIRMANDO CRITERIOS PRECEDENTES: LA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA
3. VALORACIÓN FINAL

### 1. PUNTO DE PARTIDA: MARCO NORMATIVO

El recurso de suplicación, y su configuración legal nos sitúan ante un recurso delimitado tanto en los motivos por los que se puede interponer, como en el tipo de resolución recurrible, no en vano el artículo 190.2 de la 36/2011 de 10 de octubre, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) así lo determina cuando afirma que procederá dicho recurso, “*contra las resoluciones que se determinan en esta Ley y por los motivos que en ella se establecen*”. Ha sido el legislador quien ha introducido dichos límites al recurso, configurándolos tanto en el prolijo artículo 191 como en el escueto 193 de la LRJS.

El artículo 191 de la LRJS, nos recuerda que ni sólo son recurribles las sentencias de los juzgados de lo social, ya que se pueden recurrir las sentencias de los juzgados de lo mercantil, ni tampoco sólo sentencias, pues también son recurribles los autos previstos en el apartado 4. El apartado 3 del citado artículo, viene configurado con las resoluciones que se pueden recurrir por razón de la materia del mismo modo que el apartado 2 hace un esfuerzo por detallar aquellas resoluciones que no son recurribles, precisamente por tratar de determinadas materias. Entre las excluidas, están las materias comprendidas en la letra e) del 191.2, donde expresamente se excluyen las sentencias dictadas sobre “*modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo*”, y como excepción, se excluyen las modificaciones sustanciales que tienen naturaleza colectiva de conformidad con el apartado 2 del artículo 41. Hecha expresa exclusión de las modificaciones individuales, en ella encontramos la fundamentación de la sentencia dictada por el TSJ de Madrid al no entrar en el fondo del asunto, manteniendo que no cabe recurso de apelación contra

sentencias que versen sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual.

Es obligado marco de nuestras deliberaciones, atender al contenido del artículo 192.2 de la LRJS que también nos ofrece la consideración del ejercicio de acciones acumuladas y su repercusión ante el recurso, dando margen a considerar que cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario.

Siendo este es el marco normativo que nos dispone a la valoración jurídica, nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual, y acumulada a ella una reclamación por vulneración de derechos fundamentales. Consecuentemente la pregunta que procede es si sólo podemos considerar que el art. 191.2 e), abre la opción de acceso a sentencias que resuelvan sobre el ejercicio conjunto por cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional acumulada a otra acción susceptible de recurso de suplicación, como reclamación de daños por vulneración de derechos fundamentales, o por el contrario también a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual, dado que las colectivas si tendrían acceso.

## **2. CONFIRMANDO CRITERIOS PRECEDENTES: LA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA**

La Sala entra en el fondo del asunto, aceptando que el planteamiento del RCU, cumple escrupulosamente la condición requerida del 219 de la LRJS, en referencia a la identidad del supuesto de hecho respecto de la sentencia de contraste elegida por el recurrente y el diferente trato recibido en cada caso, o lo que es lo mismo, diferentes soluciones jurídicas ante un idéntico relato fáctico. La sentencia de contraste, invocada, admitió el recurso de suplicación ante la misma modalidad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, mientras que la del TSJ de Madrid, descartó esa posibilidad por estar expresamente excluido. La STSJ de Cataluña de fecha 7 de julio de 2014, aportada como sentencia de contraste, ya admitía la interpretación favorable, valorando que, si bien en principio la materia de modificación sustancial de condiciones trabajo de carácter individual, tiene vedado el acceso al recurso de suplicación, si puede acceder al recurso en los supuestos en que, a la acción impugnatoria de la modificación, se acumula una acción indemnizatoria en cuantía que sea superior a los 3.000 euros.

En el caso que nos ocupa, la Sala considera acertada la doctrina de la sentencia de contraste en tanto que ha sido confirmada por la propia Sala en su Sentencia de 10 de marzo de 2016 (rec. 1887/2014). Acudiendo a ella, vemos como la admisibilidad del recurso viene avalada por el artículo 138 de la propia LRJS,

que regula la tramitación del proceso de Movilidad Geográfica y Modificaciones Sustanciales de Trabajo, el cual en su apartado séptimo, párrafo tercero, establece que: *“La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos”*. Esta interpretación más amplia -“pro recurso”-, salva la más literal y restrictiva del trascrito apartado e) del número 1 del artículo 191 de la LRJS, que supondría entender que la excepción de dicho apartado, en cuanto al acceso al recurso de suplicación cuando exista acumulación de otra acción, que, si sea susceptible del recurso, se refiere únicamente a los de cambio de puesto o movilidad funcional. Entiende el tribunal, que no tiene sentido excluir del recurso a los que sufren la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual, cuando lo cierto es, que tal modificación puede suponer, según el tipo y la condición de trabajo, una carga más penosa y un mayor sacrificio para el trabajador, que el cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional, interpretación literal que sería contraria a la obligada tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de nuestra Constitución proclama y garantiza.

La sentencia que nos ocupa, encuentra también una adicional línea argumental, para sostener la viabilidad del recurso en el contenido del art. 191.3.f) LRJS. En virtud de lo que dispone cabe recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, previsión que según ha interpretado el alto Tribunal, despliega su virtualidad con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido<sup>1</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 149/2016, de 16 de septiembre, del Tribunal Constitucional, y en concreto, cuando el litigio se tramita por la modalidad regulada en el art. 138 LRJS y tiene por objeto la impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual con alegación de que la decisión empresarial conlleva la vulneración de derechos fundamentales<sup>2</sup>.

Sea por tratarse de la letra, o bien del espíritu de la norma, lo cierto es que el Tribunal Supremo viene sosteniendo una interpretación integradora del apartado e) del 191.2, haciendo no sólo lógica y razonable la extensión, sino también posible la aplicación de la norma. La interpretación, como medio para conocer el sentido y alcance de las normas, se convierte en paso previo para permitir la adecuada aplicación de las mismas. Ejercer la tarea de interpretar corresponde a los tribunales, mediante un proceso combinado por diferentes criterios, tales como el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, los antecedentes

<sup>1</sup> SSTS 03/11/15, rec. núm. 2753/14.

<sup>2</sup> STSS 22/06/16, rec. núm. 399/15; 07/12/16, rec. núm. 1599/15; 11/01/17, rec. núm. 1626/15), 09/05/17, rec. núm. 1666/15; 05/07/17, rec. núm.1477/15; 24/10/17, rec. núm. 3175/15; 15/02/18, rec. núm. 1324/16; 22/02/2018, rec. núm. 1169/15.

históricos y legislativos, la realidad social del tiempo al que han de ser aplicadas las normas, atendiendo siempre a su espíritu y finalidad. El proceso interpretativo que debe ser unitario, combina de forma concurrente los criterios, sin priorizar uno sobre otro, pero sin descartar el espíritu y la finalidad de las normas, como forma de determinar su sentido.

### 3. VALORACIÓN FINAL

Constatada la interpretación integradora, efectuada por el TS, sólo podemos mostrar nuestra adhesión al criterio. Habida cuenta que es práctica habitual del legislador generar lagunas en la norma, que o bien nacen de la precipitación de la técnica legislativa, o bien aparecen de forma no intencionada, no podemos esperar de nuestros tribunales que respondan a los vacíos de la ley, limitando el acceso de los recursos en el ejercicio legítimo de las pretensiones con las que los ciudadanos se acercan a la administración de justicia. Ciertamente es que los recursos necesitan del desarrollo legal y de su delimitación, por cuanto no son, en sí mismos, una consecuencia directa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino la facultad articulada por el legislador en cada caso concreto, es decir, ante una materia precisa, según la relevancia social de la cuantía que se discute o dependiendo de la concurrencia de los motivos que puedan abrir la revisión de la resolución recurrible. El necesario desarrollo legal del recurso, no es incompatible con un principio “*pro recurso*” que más allá de corregir la imperfección de la norma ante un vacío legal, sostenga un acceso a la impugnación de las sentencias de la forma más generosa posible.

La labor autointegradora, llevada a cabo por el TS, ha permitido que se evidencie el valor interpretativo de nuestros tribunales. La integración se ha producido, no sólo dentro del mismo sector del ordenamiento (norma reguladora de la jurisdicción social), sino acudiendo al mismo precepto y a una simple y sencilla labor técnica, entre las dos modalidades procesales de las que se habla dentro del mismo precepto, habida cuenta que dicha interpretación no es en modo alguna contraria al resto de preceptos aplicables de la norma procesal laboral. Más que llenar un vacío, lo que el tribunal ha conseguido, es hacer una lectura lógica del precepto, reforzada por las dimensiones legales de preceptos como el 138.7 de la LRJS.

Por otro lado, este principio “*pro recurso*” viene igualmente reforzado por las pautas contenidas en el desarrollo normativo del recurso de casación, que favorece en todo caso la formulación de este, cuando nos encontramos en casos difíciles de catalogar. Es lo que ocurre con el criterio de la cuantía en el artículo 192 de la LRJS y a los criterios jurisprudenciales que se han establecido para favorecer el recurso, cuando la cuantía sea dudosamente determinable.

La imperfección, parece formar parte irrenunciable de la propia ley. Siendo así, lo que se espera del interprete judicial, es que sepa integrar el texto legal que analiza para dirimir su aplicación al caso concreto, mediante el uso de una adecuada técnica interpretativa, de la que si nos es legítimo, anhelar la perfección.

El carácter extraordinario del recurso de suplicación, en cuanto a las materias, resoluciones y cuantías recurribles, y su naturaleza tasada, no debe traducirse con una interpretación restrictiva de los preceptos que lo regulan, favoreciendo en todo caso que la técnica aplicable, permita el acceso al recurso de aquellas materias que no estén expresamente excluidas, siendo más cercana a la voluntad del legislador, admitir el recurso de lo que no esté expresamente excluido, que excluir los recursos en aquellos supuestos aparentemente dudosos.

5

# Reseña de Legislación



## **RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: JULIO A SEPTIEMBRE DE 2018**

Ley 5/2018, de 19 de junio, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (Boletín número 126 de 02/07/2018)

Acuerdo de 26 de junio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Programa de Relanzamiento de la Economía Social de Andalucía (Boletín número 126 de 02/07/2018)

Resolución de 27 de junio de 2018, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se efectúa la convocatoria de subvenciones reguladas en la Orden de 12 de mayo de 2018, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones a conceder, en régimen de concurrencia competitiva, para financiar las prácticas no laborales en empresas, en el marco del programa de experiencias profesionales para el empleo, establecido en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los programas para la inserción laboral de la Junta de Andalucía (Boletín número 128 de 04/07/2018)

Resolución de 3 de julio de 2018, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se convocan los incentivos a la creación de empleo estable, y a la ampliación de la jornada laboral parcial a jornada completa, regulados en la Orden de 6 de mayo de 2018, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, dirigidos a la inserción laboral en Andalucía, en el marco del Programa de Fomento del Empleo Industrial en Andalucía y la Iniciativa Bono de Empleo (Boletín número 133 de 11/07/2018)

Orden de 20 de junio de 2018, por la que se convocan subvenciones a entidades sin ánimo de lucro, en régimen de concurrencia competitiva, destinadas a atender necesidades asistenciales y situaciones de extrema necesidad de personas andaluzas residentes en el extranjero (Boletín número 134 de 12/07/2018)

Resolución de 9 de julio de 2018, conjunta de la Dirección General de Formación Profesional Inicial y Educación Permanente de la Consejería de Educación, y de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, por la que se acuerda ampliar el plazo de presentación de solicitudes al procedimiento de evaluación y acreditación

de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, convocado por Resolución de 5 de junio de 2018 (Boletín número 134 de 12/07/2018)

Orden de 7 de julio de 2018, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, para proyectos de investigación innovadores en materia de prevención de riesgos laborales (Boletín número 135 de 13/07/2018)

Acuerdo de 17 de julio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo Marco de 13 de julio de 2018, de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, para la mejora de la calidad del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal del sector público andaluz (Boletín número 140 de 20/07/2018)

Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (Boletín número 148 de 01/08/2018)

Resolución de 31 de julio de 2018, de la Dirección General de Economía Social y Trabajo Autónomo, por la que se convoca la concesión de subvenciones de la medida de impulso del asociacionismo destinada a la financiación parcial de los gastos de funcionamiento de las asociaciones de trabajo autónomo, para facilitar el cumplimiento de los fines que le son propios, de la línea 4, promoción del trabajo autónomo, regulada en la Orden de 2 de diciembre de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras del programa de apoyo a la creación, consolidación y mejora de la competitividad de las empresas de trabajo autónomo, modificada por la orden del Consejero de Economía y Conocimiento de 28 de diciembre de 2017 (Boletín número 150 de 03/08/2018)

Resolución de 30 de julio de 2018, de la Dirección Gerencia del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la que se convocan subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para proyectos de investigación innovadores en materia de prevención de riesgos laborales, para el ejercicio 2018 (Boletín número 151 de 06/08/2018)

Resolución de 28 de agosto de 2018, conjunta de la Dirección General de Formación Profesional Inicial y Educación Permanente de la Consejería de Educación y de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, por la que se realiza

convocatoria específica y se regula procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral, o de vías no formales de formación, para las unidades de competencia de la cualificación profesional MAP593\_2 Operaciones Portuarias de Carga, Estiba, Descarga, Desestiba y Transbordo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Boletín número 176 de 11/09/2018)

Acuerdo de 11 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del II Plan de acción integral para mujeres con discapacidad en Andalucía (Boletín número 180 de 17/09/2018)

Acuerdo de 11 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del III Plan de acción integral para las personas con discapacidad en Andalucía (Boletín número 180 de 17/09/2018)

Orden de 21 de septiembre de 2018, por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de emprendimiento, segunda oportunidad y estabilización económica de las empresas de trabajo autónomo (Boletín número 187 de 26/09/2018)

