



cuadernos de acción sindical

POLÍTICAS DE EMPLEO, TRABAJO A DISTANCIA Y DERECHOS DIGITALES



Observatorio de
la Negociación Colectiva



Edita: Confederación Sindical de CC00

Elabora: Secretaría de Acción Sindical y Empleo de CC00

Realiza: Secretaría de Comunicación de CC00

Madrid, diciembre 2022

ÍNDICE

□	PRESENTACIÓN	5
■	BLOQUE 1:	7
	LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	9
	1. CONTRATACIÓN, FOMENTO DEL EMPLEO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	11
	2. SUBCONTRATACIÓN PRODUCTIVA Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.....	18
	3. LA IGUALDAD EN EL EMPLEO PARA COLECTIVOS VULNERABLES.....	40
■	BLOQUE 2:	45
	TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	49
■	BLOQUE 3:	59
	DERECHOS DIGITALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	61
	1. ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO, VIGILANCIA Y CONTROL, CIBERACOSO, TUTELA MEDIOAMBIENTAL Y REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS.....	63
	2. DESCONEXIÓN DIGITAL, CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, ESTRUCTURA SALARIAL, FORMACIÓN, PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y PROTECCIÓN DE DATOS.....	71

PRESENTACIÓN

Empleo, digitalización y teletrabajo son tres materias íntimamente ligadas en el ámbito laboral. Los propios conceptos de trabajo y de empresa se están viendo en cierta forma cuestionados por la transformación tecnológica. En la actualidad, las competencias digitales se exigen para cualquier puesto de trabajo, revelándose como una de las grandes claves para acceder y mantenerse en el empleo, de modo que a la exigencia de capacidad para trabajar en equipo -para el trabajo interpersonal-, se une ahora una nueva exigencia: la capacidad para trabajar con las máquinas, con los robots y con los algoritmos. Y eso exige un desarrollo y actualización casi continuas en competencias digitales de la población en general y de las personas trabajadoras en particular.

La relación entre digitalización y empleo es evidente, cuando se habla de la revolución tecnológica la primera pregunta es cuántos puestos de trabajo se perderán como consecuencia de una mayor automatización, y la segunda cuántos nuevos perfiles profesionales requiere este proceso y su mantenimiento, de ahí la necesidad cada vez mayor de desarrollar competencias digitales que faciliten esa adaptación a los nuevos puestos de trabajo. Y es evidente que la pérdida o mantenimiento de puestos de trabajo ante un proceso de digitalización o cambio tecnológico en las empresas no es un aspecto menor.

Por otra parte, la pandemia sanitaria provocada por la Covid-19 disparó la utilización del teletrabajo que la actual tecnología permite, contribuyendo con ello a mantener una parte muy importante de la actividad económica y del empleo, y acelerando una regulación normativa que, en otras circunstancias, probablemente hubiera tardado más en producirse.

Son sin duda tres materias directamente afectadas por la negociación colectiva y de máxima actualidad, ya lo eran cuando la Secretaria de Acción Sindical y el área de Estudios y Proyectos de la Fundación 1º de Mayo, que coordina el Observatorio de Negociación Colectiva de CCOO, consideraron la oportunidad de iniciar este proyecto, pero la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia y, posteriormente, del Real Decreto-ley

32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, evidencian aún más la conveniencia del mismo si bien, dado que el proyecto arrancó a finales del 2020, en este análisis no ha podido ser tenida en cuenta la última de estas modificaciones normativas.

Aun siendo tres materias intrínsecamente relacionadas y que confluyen en una amplia gama de aspectos, tales como el derecho a la desconexión digital, el derecho a la protección de datos o el trabajo en plataformas, cada una de ellas tiene un carácter propio: el empleo abarca mucho más que teletrabajo y digitalización; la regulación del teletrabajo afecta a aspectos muy específicos como la compensación de gastos, por ejemplo; y la digitalización se relaciona también con la organización del trabajo y la vigilancia y control del uso de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la prestación del trabajo. Por lo que ha sido un gran acierto, hacer confluir tres proyectos de investigación diferentes pero muy interconectados.

En este nuevo número de los *Cuadernos de Acción Sindical* reproducimos las conclusiones extraídas de la publicación que editamos y presentamos públicamente el pasado mes de junio. Y quiero aprovechar la ocasión que esta presentación me brinda para reconocer y agradecer a todas las personas que integran el **Observatorio de Negociación Colectiva de CCOO** por un trabajo tan estricto, cuidado y metódico. Un trabajo que, sin duda, ayudará a nuestro sindicato a profundizar sobre los retos que la negociación colectiva tiene ante sí para no sólo garantizar sino también ampliar, siempre y para todas las personas trabajadoras, los derechos que les amparan en relación a estas cuestiones tan novedosas, y seguir avanzando hacia una regulación de las mismas cada vez más precisas y avanzadas en los convenios y acuerdos colectivos, este es sobre nuestro compromiso como sindicato de clase en la defensa de los intereses generales y particularmente de las personas trabajadoras.

A todas y a todos muchas gracias por vuestro trabajo.

Mari Cruz Vicente Peralta

Secretaria confederal de Acción Sindical y Empleo de CCOO

**B
L
O
Q
U
E**

LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA



LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1 CONTRATACIÓN, FOMENTO DEL EMPLEO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

- CARLOS L. ALFONSO MELLADO (COORDINADOR)
- AMPARO ESTEVE-SEGARRA (COORDINADORA)
- AMPARO BOHIGUES ESPARZA
- RAFAEL MOLL NOGUERA
- OSCAR REQUENA MONTES
- JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ OCAÑA

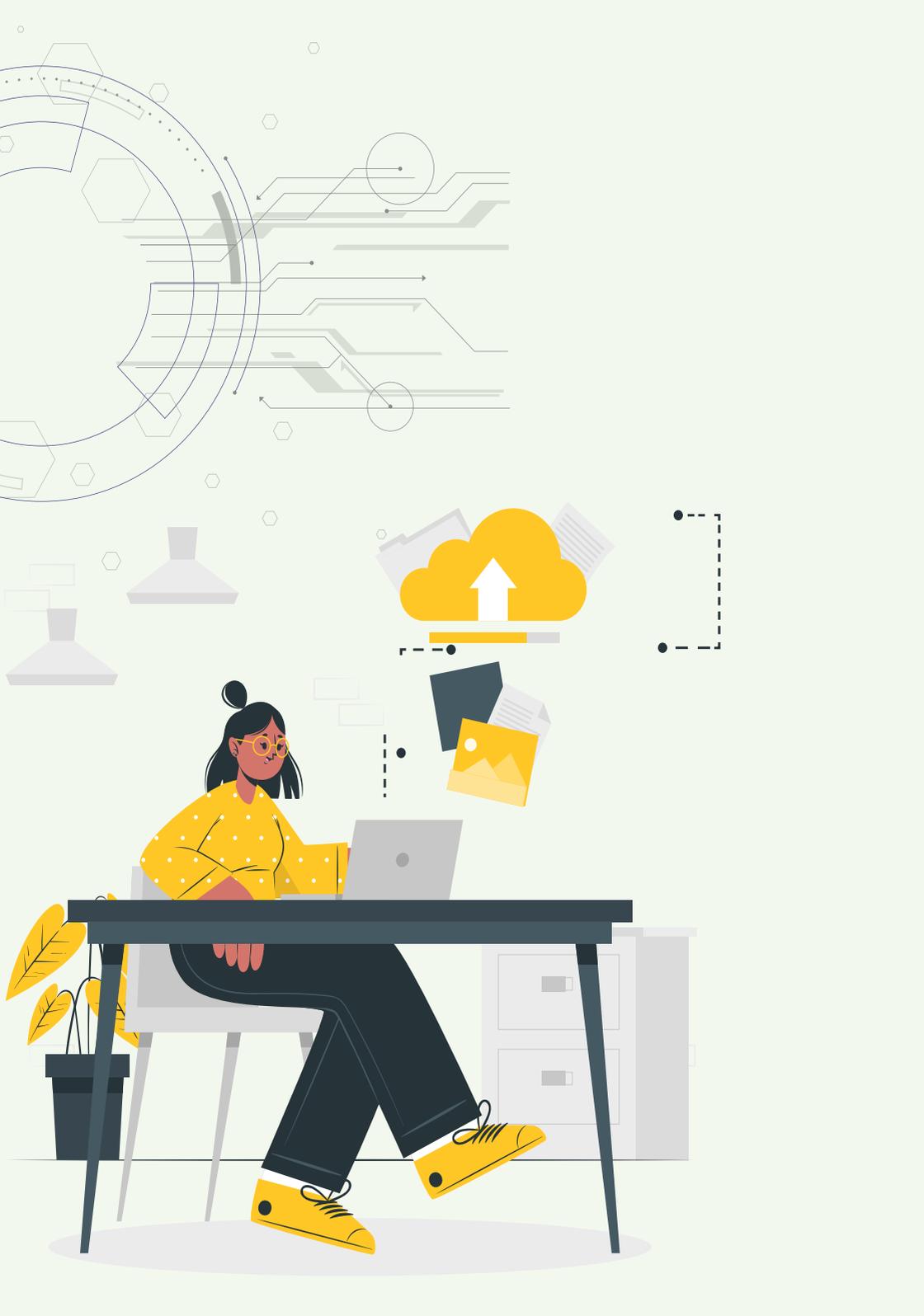
2 SUBCONTRATACIÓN PRODUCTIVA Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

- JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ (COORDINADOR)
- BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
- SALVADOR PERÁN QUESADA
- ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

3 LA IGUALDAD EN EL EMPLEO PARA COLECTIVOS VULNERABLES

- MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ (COORDINADOR)
- JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
- ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO
- NATALIA TOMÁS JIMÉNEZ
- MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

B
L
O
Q
U
E



1. CONTRATACIÓN, FOMENTO DEL EMPLEO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sin duda, un objetivo esencial de la negociación colectiva debe ser garantizar el empleo, su crecimiento y la calidad del mismo. Es más así lo reconocen los acuerdos suscritos entre los agentes sociales y económicos más importantes que intervienen en los procesos de negociación colectiva.

En efecto, el IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (AENC), vigente en los años 2018 a 2020, suscrito por CCOO y UGT con las confederaciones empresariales CEOE y CEPYME, determina como un objetivo esencial el mantenimiento y la creación de empleo.

En concreto, al determinar los objetivos del Acuerdo se especifican como tales y entre otros, los siguientes: creación de empleo, mejora de la empleabilidad de los trabajadores, lucha contra la economía sumergida. Pero, además, ese IV Acuerdo mantenía vigentes los compromisos establecidos en el texto del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva vigente en los años 2015, 2016 y 2017.

Pues bien, este III Acuerdo en el capítulo II apartado 1 establecía importantes compromisos a desarrollar e incorporar en los convenios colectivos, tales como:

- Conversión de contratos temporales en contratos fijos, el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades.
- Fomentar el uso adecuado de las modalidades contractuales de forma tal que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos, las actividades discontinuas o estacionales con contratos fijos discontinuos y las necesidades coyunturales, cuando

existan, puedan atenderse con contratos temporales causales, directamente o a través de las empresas de trabajo temporal, no debiendo la negociación colectiva introducir redacciones o pactos que desnaturalicen las causas previstas en el ET sino reforzar la causalidad que justifica su utilización.

- Analizar en el ámbito del convenio, y en función de sus características, la posibilidad y conveniencia, o no, de determinar el volumen global de contrataciones temporales, incorporando en su caso definiciones precisas de las referencias, márgenes o límites materiales y temporales para medir su aplicación, lo que conllevaría mayores capacidades de flexibilidad interna en caso de su cumplimiento.
- Adoptar fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales para cubrir un mismo puesto de trabajo, con el objetivo de prevenir abusos.
- Se apuntaba además que la modalidad del contrato a tiempo parcial indefinido podía ser una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos.
- Se consideraba además que la jubilación parcial y el contrato de relevo debían seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas.

Además, ese III Acuerdo se ocupaba también de reiterar la necesidad de que la negociación colectiva se ocupase del fomento de la contratación de colectivos como: los jóvenes, los mayores de 45 años y las personas con diversidad funcional.

También se recomendaba establecer mecanismos de seguimiento y control de la evolución del empleo, y de la contratación en los sectores, a fin de compartir el resultado de las medidas implementadas de fomento del mismo y al abordar otras materias, como, por ejemplo, la jornada, se incidía igualmente en el empleo, señalando, entre otras cuestiones que el contenido mínimo del convenio debiera fijar el cómputo anual de la jornada y su

distribución irregular como instrumento para evitar, siempre que sea posible, las horas extraordinarias o la contratación temporal.

Puede verse, pues, que las grandes organizaciones que intervienen en los procesos de negociación tienen claro el potencial de esta negociación colectiva como instrumento de posible fomento de la creación de empleo, del incremento de la calidad del mismo, y de la posibilidad de que sus regulaciones supongan un freno al uso abusivo, cuando no abiertamente ilícito, de la contratación temporal, del exceso de horas extraordinarias y de otras prácticas que dificultan la creación de empleo o precarizan el existente.

Lo que ocurre es que al contrastar esas intenciones y acuerdos con la realidad de la negociación colectiva cualquier observador siente una cierta decepción por los resultados concretos. Ciertamente, como se ha podido ver, los resultados son bastante modestos y eso cuestiona si el consenso que reflejan los Acuerdos citados es real o no; cabe pensar que, desde luego, las organizaciones sindicales tienen un indudable interés por la materia y por llevar a la práctica las líneas generales que trazan los Acuerdos citados pero que, por el contrario, en ciertas estructuras empresariales existe una fuerte resistencia a negociar compromisos concretos en la materia.

En el fondo no es un problema que afecte solo a la materia de empleo, sino en general a cualquier materia que incide en los poderes empresariales –de contratación, organizativos, de gestión, etc.-. Subsiste todavía en muchos de nuestros empresarios una visión muy rígida de los poderes empresariales, que lleva a un tipo de empresa y gestión empresarial que cabría calificar de autoritaria, frente a una gestión más democratizada y, por tanto, más participada que es, sin duda, la gestión que ofrece futuro y se necesita en unas relaciones laborales modernas. No asumir esa visión lleva a que, claro, como no pueden negarse los grandes objetivos en materia de empleo a que se ha hecho mención, las representaciones empresariales no pueden cuestionar declaraciones generales en la materia coincidentes con lo que establecen los Acuerdos ya mencionados, pero cuando se desciende a intentar concretar esas grandes declaraciones en compromisos vinculantes y claros, ofrezcan gran resistencia y lleven a que muchos convenios no puedan pasar de ese terreno de las declaraciones generales, porque en caso contrario no se produciría acuerdo y no se firmaría el convenio.

Las condiciones de trabajo más directamente vinculadas a la retribución y coste del trabajo –salario, jornada, etc.– acaban prevaleciendo, así, sobre los objetivos en torno al empleo. Esto se aprecia muy claramente en la amplia muestra de convenios analizados, pues en muchos de ellos, en la materia solo se encuentra un tipo de cláusulas que puede definirse como de carácter meramente declarativo. Son cláusulas que se limitan a reproducir la normativa que regula la materia, o remiten a la legislación vigente, o que constituyen meras declaraciones de intenciones o que, incluso, encierran aparentes compromisos pero que, después, el texto del propio convenio desvirtúa.

Aparecen así declaraciones que reiteran el principio de estabilidad en el empleo, o la necesidad de que la contratación temporal se ajuste a la causalidad legal, o que reiteran que los puestos permanentes deben cubrirse con personal fijo.

También sorprende la normalidad con la que se sigue hablando de horas extraordinarias “habituales”, aunque sea para indicar que las empresas deben reducirlas o eliminarlas, lo que generalmente se queda en esa mera declaración genérica, o todo lo más en compromisos de analizar entre las partes la posibilidad de su reducción o supresión.

Son, pues, todas ellas cláusulas que poco añaden a lo legalmente establecido o que no conducen a compromisos concretos y claramente exigibles; es cierto que mejor eso que nada, pero siempre que se tenga claro el carácter muy limitado y meramente declarativo o programático de esas cláusulas, carácter que debe conducir a intentar concretarlas en posteriores convenios. En cambio, son más escasas las cláusulas que implican un compromiso real en cuanto a los resultados perseguidos, como los compromisos concretos dirigidos al incremento real de las plantillas a través de mecanismos como la supresión o limitación de las horas extraordinarias, o la sustitución del jubilado parcial cuando se jubila totalmente mediante la contratación indefinida del relevista, o las que defienden la estabilidad mediante limitaciones, incluso numéricas, al uso de los contratos temporales.

Son muy positivas y una buena práctica las cláusulas que limitan realmente el número de contratados temporales, bien estableciendo porcentajes

mínimos de trabajadores fijos, o, al contrario pero con la misma finalidad, porcentajes máximos de temporalidad, o las que establezcan de forma clara y vinculante la transformación en fijos discontinuos de aquellos eventuales que hayan prestado servicio en un determinado número de ocasiones, o directamente y con mayor interés aun las que establecen la transformación de un determinado porcentaje de trabajadores temporales en fijos. Son pactos no muy habituales pero que deben extenderse y de los que hemos expuesto diversos ejemplos, aunque en ciertos casos se encuentran sobre todo en convenios de ámbitos pequeños, posiblemente porque en ellos es más fácil analizar situaciones concretas.

También son buenos ejemplos negociales las cláusulas que hemos recogido que garantizan ocupaciones mínimas, por ejemplo, de un determinado número de meses para los temporales, o de horas de trabajo para los trabajadores a tiempo parcial, o de duración de la campaña para los fijos discontinuos. Son cláusulas que, aunque propiamente no crean nuevo empleo ni alteran la naturaleza del contrato de la persona afectada, contribuyen a mantenerlo y a mejorar su calidad.

Cláusulas menos tuitivas pero que pueden ser positivas, son las similares a los ejemplos que hemos dado en los que se identifican los puestos o tareas que poseen sustantividad propia dentro de la actividad normal, permitiendo así el contrato para obra o servicio determinado. Lo que ocurre es que también se aprecia en los ejemplos ofrecidos que, en alguna ocasión, eso se hace con mucha amplitud, pudiéndose llegar a desvirtuar la exigible causalidad de la contratación temporal. Deben evitarse, sin duda, regulaciones flexibilizadoras o permisivas en la materia porque las posibilidades legales de contratación temporal son ya amplias y, como regla general y a salvo de casos justificados, no deben ampliarse en la negociación colectiva.

Más complejas de valorar son las cláusulas que hemos encontrado, con cierta frecuencia, que premian o incentivan la jubilación, generalmente la anticipada, o que recuperan la jubilación forzosa. Cabe recordar que en esta materia los compromisos de empleo deben quedar claros, incluso obligatoriamente en relación con la jubilación forzosa, y que, aunque estas cláusulas no son negativas, sobre todo cabe considerar como positivas aquellas que obligan a sustituir al jubilado o a aceptar la jubilación parcial mediante el

correspondiente contrato del relevista o que, por citar otro ejemplo, garantizan la continuidad del mismo una vez producida la jubilación total. Pues bien, estas cláusulas, ciertamente positivas, son menos frecuentes que las que simplemente premian o incentivan la jubilación, pero existen, hemos dado ejemplos, y cabe entenderlas como una buena práctica negociada.

Finalmente, al abordar el tema del empleo no puede prescindirse del análisis de aquellas reglas que apuestan por el mantenimiento del empleo mediante compromisos firmes hacia la evitación de la extinción del contrato de trabajo, a la que únicamente debe acudir como último recurso para salvaguardar el futuro de la empresa y, por lo tanto, el empleo en su dimensión colectiva.

Curiosamente, son frecuentes en la materia declaraciones a favor del mantenimiento del volumen de la plantilla de la empresa o de la preferencia por medidas no extintivas o de flexibilidad interna, tales como el cambio de puesto de trabajo, la suspensión de contratos de trabajo y excedencias, la reducción de jornada, la movilidad funcional y geográfica y la modificación de condiciones de trabajo, incluso con carácter previo y alternativo a un posible despido colectivo. En todo caso, estas cláusulas son positivas, especialmente, cuando contienen reglas claras y compromisos concretos que puedan resultar jurídicamente exigibles, desbordando como ya dijimos el ámbito de las meras declaraciones, y esto ya es menos frecuente.

En otro orden de cosas, y en relación con estas cláusulas, llama poderosamente la atención que en la negociación colectiva que hemos analizado, no se contemple en general nada sobre posibles pactos de recolocación de los despedidos, posiblemente eso se negocie en cada caso en los despidos colectivos concretos, pero el silencio de los convenios al respecto es, cuando menos, notable.

Por lo demás, llama la atención la cantidad de convenios colectivos que recogen, con carácter preventivo, medidas de salvaguarda del empleo para aquellos trabajadores que podrían hallarse en el supuesto de hecho para la extinción por ineptitud sobrevenida o, incluso, para el despido disciplinario, en situaciones como la de privación de libertad o la retirada temporal del permiso de conducir. Son, desde luego, cláusulas de protección del empleo,

aunque sea en situaciones individuales y concretas, y cabe calificarlas de positivas.

Por otro lado, aparecen numerosas regulaciones en materias de menor impacto sobre el empleo, como, por ejemplo, la determinación de los periodos de preaviso para el cese, aspectos formales de los finiquitos, o el establecimiento de indemnizaciones por cese derivado de incapacidad permanente o fallecimiento de la persona trabajadora o de su jubilación, pero en general no se regulan aspectos tuitivos más intensos, como la elevación de las indemnizaciones de despido o la atribución del derecho de opción entre readmisión o indemnización al trabajador.

En general, y como resumen, podemos señalar que en la negociación se va avanzando y se encuentran ejemplos de cláusulas positivas que protegen el empleo, defienden su estabilidad y su calidad, pero no tantas como sería deseable y tampoco, en muchos casos, con la intensidad tuitiva necesaria, revelándose claramente que es una materia en la que no resulta fácil llegar a acuerdos con ciertos sectores empresariales, especialmente porque muchas de las cláusulas que realmente tienen interés suponen una limitación de los poderes empresariales y una reducción de su margen de actuación unilateral, pero precisamente por ello son esenciales y deben ser objeto de atención en los convenios, especialmente en una materia de tanta importancia como la defensa del empleo, de su estabilidad, de su calidad.



1

2. SUBCONTRATACIÓN PRODUCTIVA Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

• LA SUBCONTRATACIÓN PRODUCTIVA Y FUNCIONAL

El establecimiento por los convenios colectivos de mecanismos subrogatorios en los casos de sucesión de contratatas es bastante habitual en la muestra examinada. Como ya se ha señalado con anterioridad, la admisión jurisprudencial de la contrata como causa que justifica la contratación de los trabajadores de la contratista mediante contratos para obra o servicio determinado vinculados al mantenimiento de la vigencia de dicha contrata determinó la generalización de esta modalidad contractual y, paralelamente, la previsión de mecanismos convencionales tendentes a asegurar la estabilidad en el empleo de los trabajadores vinculados a cada contrata, puesto que la jurisprudencia española no consideraba “transmisión de empresas” la sucesión de contratatas, con la consiguiente inaplicación del art. 44 ET.

Este criterio ha ido evolucionando, en el sentido de que, si hay «sucesión de plantilla», hay «transmisión de empresa» en el sentido de la Directiva 2001/23/CE, pues la consecuencia lógica de que la mayoría de trabajadores esté *ex convenio colectivo* al servicio del nuevo empleador es determinante de una «sucesión de plantilla» y, atendiendo a la doctrina consolidada del TJUE, ello implica una «sucesión de empresa». Cuestión distinta es que la propia normativa legal interna hubiese previsto un régimen con peculiaridades o de carácter especial con reenvíos regulativos a la autonomía colectiva para los supuestos de cambio de titularidad en contratatas o concesiones administrativas, lo cual no se ha producido en el ordenamiento jurídico-laboral de nuestro país.

Aunque la sucesión de plantilla deriva consecuentemente del mandato introducido por una norma convencional o convenio colectivo, las consecuencias no son solo las previstas *ex convenio colectivo*, sino las establecidas *ex art. 44 del ET*, y las previsiones pactadas colectivamente que no vayan en contradicción con la normativa estatal reguladora de los efectos laborales del cambio de titularidad del centro de actividad (es decir, la sucesión legal del empleador y del sistema de responsabilidad empresarial *ex art. 44 del ET*).

Cuando existe sucesión de plantilla se produce una sucesión de empresa o actividad laboral organizada, atendiendo a la interpretación del TJUE de la noción comunitaria de «entidad económica» como objeto de la transmisión y que literalmente recoge el art. 44.2 del ET: «se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias».

La organización productiva es una organización funcional de medios y de personas para la realización de una actividad económica en sentido amplio (productiva o servicial). Cuando lo transmitido sea esa «entidad económica» (acotada a través de una definición funcional) existirá sucesión de empresa en el Derecho interno y comunitario. Todo esto es confirmado con la sentencia del TJUE “Somoza Herzo” de fecha 11 de julio de 2018, C-60/17, y reiterado, más recientemente, en la STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19, EV y Obras y Servicios Públicos, S. A., Acciona Agua, S. A. Se reitera en ellas que una actividad (como la de vigilancia de un museo en el primer caso) que no exige el uso de materiales específicos puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. Y la consecuencia establecida por el TJUE es que la Directiva 2001/23/CE es plenamente aplicable a estos casos.

Además, es de significar que nos hallamos ante una gran variedad temática de cláusulas convencionales de forma que puede anticiparse ya que, en una perspectiva histórica se aprecia, en conjunto, un enriquecimiento notable del contenido de los convenios en la materia, dando cabida a un gran número

ro de eventuales situaciones fácticas en la sucesión de contratas tales como la agrupación o división de contratas, entre otros.

En esta misma perspectiva se aprecia también la extensión de la subcontratación a otros sectores de actividad diferentes de los pioneros en esta materia (limpieza de edificios y locales, vigilancia y seguridad; servicios aeroportuarios), que se han ido incorporando al establecimiento de estas garantías de forma progresiva (por ejemplo: construcción y obras públicas aunque exclusivamente en relación a la actividad de conservación y/o mantenimiento de autopistas, autovías, carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado, o algún convenio del metal -limitándolo a las actividades de mantenimiento en el ámbito público o similares y siempre que la empresa saliente tenga más de 15 trabajadores con algunas excepciones puntuales-).

En otros casos contemplan su futuro establecimiento. En este último sentido, son varios los convenios sectoriales transporte de mercancías por carretera o del metal y en diferentes ámbitos territoriales (autonómico y provincial) que disponen la creación de Comisiones específicas con tal finalidad o adjudican esta función a la Comisión Paritaria del convenio. Los términos del mandato son, en algunos casos, muy concretos (efectos sobre el convenio, duración del mandato de los integrantes de la citada comisión; plazo máximo para la negociación, entre otros) y, en otros casos, más indeterminados o genéricos, tales como el *“estudio del desarrollo de los acuerdos que pudieran alcanzarse sobre subrogación”*¹ o *“el estudio sobre los efectos de la introducción en futuras negociaciones de una cláusula de subrogación en algunas actividades del sector metal en contratos con el sector público”*². Hay que recordar que la LCSP contempla una regulación singular en relación a esta materia, como ya se ha señalado.

En algunos casos, en sectores “recién llegados” la regulación es escasa limitándose a establecer la obligación subrogatoria o limitando su aplicación a las sucesiones de contratas concertadas con posterioridad a la publicación

1. Convenio colectivo del sector de industrias, servicios e instalaciones del metal de la Comunidad de Madrid.

2. Convenio colectivo del sector industrias siderometalúrgicas de Murcia.

del nuevo convenio en el boletín oficial correspondiente (Existe una relevante jurisprudencia respecto).

Por otro lado, es preciso tener en cuenta las especificidades de cada sector de actividad en relación a la articulación de la negociación colectiva pues no existe prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia de subrogación y algunos convenios sectoriales se han reservado esta materia, lo que excluye la eventual concurrencia de los convenios empresariales.

Así, de los convenios supra empresariales incluidos en la muestra existe reserva de esta materia o decretan la aplicación automática del convenio sectorial estatal en caso de que este sufriera alguna modificación durante la vigencia del sectorial autonómico siendo este estatal el que se reserva la materia a su propio ámbito. En sentido similar, algún convenio sectorial provincial prevé la disolución de la comisión ad hoc prevista para el estudio de la subrogación si se aprobara el convenio sectorial estatal pendiente.

CONVENIOS SECTORIALES

IDENTIFICACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A SUBROGAR

Sin duda, una de las materias más importantes en la regulación convencional de esta materia es la identificación de los trabajadores afectados por la subrogación, lo que se concreta en determinar el criterio aplicable para considerar al trabajador adscrito al centro de trabajo o unidad productiva afectada por la sucesión de contratas.

Como punto de partida, todos los convenios colectivos sectoriales de la muestra examinada establecen como criterio principal una antigüedad mínima en el centro o unidad productiva “transmitida”, criterio que se completa con otros adicionales. La antigüedad mínima de dicha adscripción, sin embargo, es muy diferente según el sector de actividad y comprende desde los tres a los doce meses, con duraciones intermedias de cuatro, cinco, seis, siete y nueve meses, siendo las más frecuentes las de cuatro y seis meses.

En el ámbito educativo, en algún caso la referencia es a un curso escolar. En algún caso se combinan dos criterios: una determinada antigüedad en el periodo inmediatamente anterior a la subrogación (4 meses) o una antigüedad (6 meses) dentro de un determinado periodo de referencia más amplio (dieciocho meses anteriores a la fecha de la subrogación). También aparece en alguna ocasión una antigüedad diferente según la contrata sea con administración pública (4 meses) o con cliente privado (1 año), o se reduce la duración general exigida (4 meses) en los casos de jubilación (2 meses) o incluso se exime de este requisito al jubilado parcial (anticipado) y al relevista.

Precisamente en relación al jubilado parcial y su relevista, los convenios de la muestra examinada acuden a soluciones diferentes. Como ya se ha señalado, en algún caso, no se exige ninguna antigüedad en la adscripción al centro transmitido, ni al jubilado parcial ni al relevista subrogándose la nueva adjudicataria en sus contratos de trabajo. En el extremo opuesto, otros convenios excluyen de la subrogación a ambos trabajadores disponiendo su adscripción a la cesante salvo cierre o desaparición de esta última o pérdida total de los servicios del lugar de trabajo.

Sin embargo, en otros convenios, jurídicamente cuestionables, y para el supuesto de que el relevista no estuviera adscrito al centro de trabajo transmitido se establece la obligación de la cesante de mantener el contrato de trabajo del relevista manteniendo cada uno de los contratos las condiciones establecidas. Algunos convenios todavía se refieren a la jubilación especial a los 64 años regulada en el RD 1194/1985 pese a que tal posibilidad fue derogada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

En prácticamente la totalidad de los convenios de la muestra, la subrogación alcanza también a los trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo [enfermos, accidentados, en excedencia, vacaciones, permiso (iii), descanso semanal (iii), descanso maternal; “invalidez provisional”...]; al personal de nuevo ingreso que por exigencias del cliente se hayan incorporado a la actividad como consecuencia de una ampliación, en el mismo periodo de antigüedad exigido con carácter general; y finalmente, al personal con contrato de interinidad que sustituya a alguno de los trabajadores anteriores, mientras dure su sustitución.

Algún convenio excluye expresamente del cómputo de la antigüedad el periodo de excedencia salvo que el trabajador hubiera sido contratado para obra o servicio determinado para el centro o contrata en la que cesa su actividad. Este mismo convenio sí computa a estos efectos, por el contrario, las suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa.

OBLIGATORIEDAD/VOLUNTARIEDAD PARA TRABAJADORES Y EMPRESA CESANTE

En general, la subrogación se configura como obligatoria para todos los implicados (cesante, nueva adjudicataria y trabajadores) aunque no faltan excepciones de distinto tipo. En algunos casos, es voluntaria para los trabajadores de la cesante, que pueden optar por permanecer en la cesante o pasar a la cesionaria. En otros, se contempla la posibilidad de un acuerdo entre cesante y trabajador para mantenerse en la cesante sin que pueda ceder a la nueva adjudicataria a ningún otro trabajador en sustitución de aquél. En algún caso se permite a la empresa cesante quedarse con los trabajadores si mantiene un suficiente nivel de actividad o simplemente, se contempla la facultad de la cesante de quedarse con todos o parte de los trabajadores afectados por la subrogación. En algún caso, se establece un porcentaje mínimo del personal adscrito a la contrata de mantenimiento (60%) confiriendo a la nueva adjudicataria el derecho de elección con expresa exclusión de directivos -exclusión generalizada en todos los convenios de la muestra- y del personal con capacitación técnica, confiriendo también a la nueva adjudicataria la decisión sobre subrogar o no al personal administrativo “que pudiera resultar afectado por la subrogación” es decir, que esté adscrito al centro y cumpla con el requisito de antigüedad mínima establecido. En algunos casos particulares (Servicios de Transporte de Fondos) la selección de los trabajadores afectados se articula con criterios específicos y detallados: en primer lugar, aquellos trabajadores que se ofrezcan voluntariamente previendo, en caso de insuficiencia, un sorteo por niveles funcionales y turnos de trabajo, en presencia de la representación legal de los trabajadores.

Hay que recordar que el sector de vigilancia fue uno de los primeros en regular convencionalmente mecanismos de subrogación para los supuestos de cambio de contratista y su regulación ha ido enriqueciéndose progresivamente. Un sistema similar se sigue en el ámbito de asistencia aeroportuaria en el que la subrogación se rige por la regla de la voluntariedad y hasta la cobertura del número de plazas máximas objeto de subrogación pasando los trabajadores no subrogados a un denominado “excedente estructural”, lo que determina la extinción obligatoria de sus contratos de trabajo por causas organizativas. Esta misma voluntariedad opera en los servicios de navegación aérea (controladores aéreos), estando habilitada la empresa cesante para extinguir los contratos de trabajo por causas objetivas si el trabajador no acepta la subrogación.

La obligatoriedad no desaparece en una serie de supuestos que la regulación convencional regula profusamente, especialmente en el sector de limpieza de edificios y locales, pero no exclusivamente: cierre temporal del centro con suspensión de la actividad por un periodo no superior a un año -que determinará un ERTE de los trabajadores-; la asunción del servicio por el cliente con personal propio (si es de nueva contratación opera la subrogación y también si vuelve a recurrir a terceros en un plazo inferior a un año); y el traslado de las oficinas del cliente a otra ubicación.

En el caso de división del servicio por el cliente en distintos bloques o contrataciones con la consiguiente adjudicación de alguno de los centros a otra empresa, se dispone la subrogación de los trabajadores adscritos al centro transferido, criterio de adscripción al centro que se aplica también a la agrupación de contrataciones. La subrogación opera también respecto de todos los trabajadores incluso aunque el servicio adjudicado a la nueva empresa se haya visto reducido con la nueva adjudicación manteniendo también todos los trabajadores subrogados la misma jornada de trabajo anterior.

Algún convenio también configura la operatividad de la subrogación cuando, por motivos tecnológicos, medio ambientales, o de cualquier otra índole, se cierre una instalación en la que se presta el servicio, y entre en funcionamiento otra nueva incluso aunque asuma, además del servicio que prestaba la antigua, los de otras instalaciones o servicios que no se prestaban.

La obligatoriedad se impone convencionalmente incluso aunque determine la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral de carácter especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía, incluso aunque pueda suponer -si la nueva adjudicataria es un centro especial de empleo- que se supere -excepcionalmente- el número permitido por la normativa aplicable a estos centros especiales de empleo de contratos de trabajo ordinarios.

En algún caso, el convenio explicita que la subrogación opera con independencia de la forma jurídica que adopten las empresas adjudicatarias incluyendo a título ejemplificativo expresamente a las sociedades irregulares, cooperativas con o sin ánimo de lucro y trabajadores autónomos. Sin embargo, desde el punto de vista de los trabajadores, prácticamente la totalidad de los convenios en los que la regulación es algo más detallada se excluyen expresamente de la subrogación a los familiares hasta el segundo grado del empresario saliente -salvo que se demuestre la condición de asalariado-.

Los socios cooperativistas son incluidos entre el personal subrogable siempre que sean socios trabajadores y limitando los efectos de la subrogación a sus derechos como trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de su condición de socios. Los trabajadores autónomos quedan siempre excluidos de la subrogación.

Algunos convenios detallan el procedimiento para la identificación del personal a subrogar cuando la pérdida sea parcial y la adscripción al centro objeto de la transmisión sea dudosa.

REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

En general, se reconoce a los representantes legales de los trabajadores un derecho de opción entre la cesante y la cesionaria salvo que hubiera sido contratado expresamente por obra o servicio determinado para el centro afectado por la subrogación. En algún caso, se especifica la pérdida de la condición de representante si la unidad electoral no fue el centro de tra-

bajo “transmitido”, en caso contrario, se mantiene la representatividad, y el derecho de opción se deja para aquellos representantes vinculados por contratos indefinidos que hubieran estado adscritos a la contrata transmitida, si bien en caso de optar por permanecer en la cesante se establece la obligación de aceptar el puesto que se le adjudique por la empresa.

ALCANCE DE LOS DERECHOS GARANTIZADOS

También en esta materia existe una gran discrepancia en la muestra examinada. Constituye punto de partida esencial para valorar la adecuación o no de dicha regulación convencional a la ley la consideración sobre el carácter atributivo o no de la regulación convencional en relación a la regulación heterónoma (ET y Directiva 2001/23/CE) para los supuestos de transmisión de empresa; en definitiva, si la regulación del art. 44 ET es aplicable también a los supuestos de transmisión de contratas. Si se considera que la sucesión de contratas no está comprendida en el ámbito de dicha normativa, las cláusulas convencionales constituyen una mejora y, por tanto, pueden establecer su propio régimen jurídico sin necesidad de ajustarse a aquélla.

En general se dispone el mantenimiento de los derechos que los trabajadores vinieran disfrutando en la empresa cesante e incluso se excluye la absorción y compensación de los complementos salariales procedentes de empresas subrogadas. No faltan supuestos en los que se limitan los derechos garantizados, materialmente o temporalmente. Así, en algún sector se limita a los derechos disfrutados por los trabajadores en la cesante en los 6 meses anteriores a la subrogación.

En el ámbito de la construcción, la subrogación queda restringida a los derechos derivados del último contrato del trabajador con la cesante, con expresa exclusión del cómputo del tiempo de prestación de servicios previos a dicho contrato a los efectos “(...) de años de servicio, indemnizaciones por despido y cualesquiera otros conceptos que tomen en consideración el tiempo de prestación de servicio” (salvo reconocidos por sentencia judicial). Sobre este particular, hay que recordar que la STJUE de 2-6-2021 (Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua) ha considerado que tal previsión con-

vencional no se opone a lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE “*siempre y cuando la aplicación de dicha normativa no tenga como efecto colocarlo en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente*”.

Es interesante dejar apuntado que el convenio colectivo parte de la consideración de que se trata de una regulación convencional que constituye una “mejora de la legislación vigente”; es decir, parte de la consideración de que el art. 44 ET no resulta aplicable a la sucesión de contratados, siguiendo así la doctrina jurisprudencial sobre esta materia. Otros convenios se refieren expresamente al mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores subrogados.

En algún caso, se dispone expresamente la aplicación del convenio sectorial a los trabajadores subrogados de la cesante aunque esta aplicara a sus propios trabajadores “condiciones inferiores” derivadas de un convenio de empresa, aplicación que debe mantenerse hasta la pérdida de su vigencia. En sentido contrario a veces se dispone expresamente la aplicación del convenio colectivo de la nueva cesionaria, aunque respetando algunos derechos de los trabajadores subrogados tales como: antigüedad, percepción económica bruta anual, modalidad contractual, grupo profesional, derechos sobre seguros colectivos y planes de pensiones. En algún caso se dispone expresamente la obligación de respetar el acuerdo de jubilación parcial (porcentajes de reducción de jornada, etc.) que se hubieran podido pactar con la empresa cesante. Incluso algún convenio dispone la subrogación de la nueva adjudicataria en las condiciones de trabajo pactadas colectivamente al margen del propio convenio. Algún convenio dispone la obligación de la nueva adjudicataria de mantener el cuadrante de jornada hasta la finalización de su vigencia.

En relación a las vacaciones, prácticamente existe total coincidencia en que la nueva adjudicataria sólo será responsable de las vacaciones por la parte proporcional que a ella le corresponda, de tal forma que si el trabajador no hubiera disfrutado con anterioridad en la empresa saliente las vacaciones devengadas, deberán ser objeto de liquidación por aquélla. En algún caso, se especifica que en caso de que el trabajador no hubiera disfrutado de las vacaciones en la saliente, y sin perjuicio de que esta deba liquidar al traba-

jador la parte que le corresponda, la entrante estará obligada a la concesión del periodo total, aunque sólo deba abonar la parte proporcional que le corresponda debiendo respetar el calendario de vacaciones pactado en la anterior empresa salvo acuerdo posterior a la subrogación.

En algún caso, se contempla también la posibilidad de que el trabajador hubiera disfrutado de vacaciones en la empresa saliente superiores a las que le corresponderían, estableciéndose el descuento sobre la liquidación del trabajador a cargo de la empresa saliente, imponiendo a la nueva adjudicataria la obligación de abonar al trabajador/a lo que le correspondería proporcionalmente percibir por el tiempo en que preste servicios para la misma, decretando la imposibilidad de sustituir el abono por un disfrute mayor de vacaciones. En algún caso también hay referencia expresa a la obligación de la nueva adjudicataria de respetar el calendario de vacaciones existente en la cesante.

Por el contrario, algún convenio atribuye a los trabajadores subrogados el derecho de los días de vacaciones, días de descanso correspondientes, asuntos propios u otros descansos o permisos retribuidos pendientes en el momento de producirse la subrogación “siempre que la actividad subrogada lo permita”.

Por lo que se refiere a la aplicación del convenio colectivo, algún convenio declara expresamente el mantenimiento de la vigencia del convenio de la empresa cesante hasta la finalización de su vigencia, aunque en algún caso se establece la voluntad de la cedente de lograr la adscripción de los trabajadores al convenio sectorial, mediante pacto, garantizando con reglas detalladas el sistema de adaptación para asegurar que no se produce un empeoramiento de las condiciones de trabajo del trabajador.

En otros casos, por el contrario, se establece la aplicación del convenio colectivo de la cesionaria garantizando *ad personam* distintos derechos y entre ellos, los económicos con detalladas reglas para su valoración y diferenciando según las empresas cedente y cesionaria tengan o no convenios propios.

SUBROGACIÓN Y JORNADA DE TRABAJO

Aunque no es habitual, algún convenio colectivo -sobre todo en el sector limpieza de edificios y locales pero no exclusivamente- regula la incidencia que la subrogación pueda tener sobre la jornada de trabajo del trabajador subrogado. En el caso de que el trabajador realice su jornada de trabajo en varios centros y la subrogación afecte únicamente a uno de ellos (o por lo menos, no afecte a todos), se establece la gestión por ambas empresas del pluriempleo del trabajador debiendo asegurarse el disfrute “conjunto” [¿*simultáneo?*] del periodo vacacional. Además, la subrogación opera también obligatoriamente cualquiera que sea la jornada del trabajador de forma que el trabajador puede quedar adscrito a la cesante por su jornada en otro centro de trabajo y quedar subrogada en el resto de jornada en la nueva adjudicataria de otro contrato.

En estos mismos casos, cuando el trabajador afectado por la subrogación parcial tenga jornada continuada, el tiempo de traslado de un centro a otro, si con anterioridad tenía la consideración de tiempo de trabajo efectivo, se comparte proporcionalmente a la jornada que realice en cada una de las empresas a estos mismos efectos.

EFECTOS SOBRE LA SUBROGACIÓN DEL TRABAJADOR DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES (INFORMACIÓN, ETC.)

En general, los convenios regulan prolijamente un conjunto de requisitos formales en relación a la subrogación de los trabajadores. Estos requisitos se concretan, fundamentalmente, en la imposición de una carga informativa sobre la cesante en beneficio de la nueva adjudicataria. Más allá del tipo de información a suministrar y el plazo para su cumplimiento que es muy dispar según el sector de actividad, resulta más interesante atender a los efectos que cabe atribuir a su incumplimiento o a un cumplimiento parcial o defectuoso.

En algunos casos, los más frecuentes, parece que la subrogación está supe-
ditada al cumplimiento de estos requisitos formales. Incluso en algún caso
se precisa que su incumplimiento o cumplimiento extemporáneo implica
la opción de la cesionaria de no asumir a dicho personal e incluso la rever-
sión para supuestos de inexactitud o falsedad. En otros casos, el convenio
se limita a reconocer a la nueva adjudicataria la posibilidad de solicitar el
resarcimiento de daños y perjuicios cuando las omisiones o inexactitudes
afecten a los costes salariales, a veces con expresa indicación de que este in-
cumplimiento puede determinar la inoperancia de la subrogación prevista.

Algún convenio reconoce a los trabajadores/trabajadoras “revertidos” el
derecho a cobrar una indemnización por daños y perjuicios, especificando
prolijamente las reglas para su cálculo. Por el contrario, en algún caso el
convenio excluye que los defectos de la documentación puedan impedir la
operatividad de la subrogación, salvo que fueran de tal entidad que la hicie-
ran imposible, a juicio de la Comisión Paritaria.

Otros convenios regulan la materia en términos algo confusos sin que que-
de claro si constituye o no requisito esencial para que opere la subrogación
convencional.

OTRAS CUESTIONES REFERIDAS A LA SUBROGACIÓN

Aunque no habituales, los convenios regulan algunas cuestiones adiciona-
les. Así, algún convenio impone a la nueva adjudicataria la obligación de
indemnizar a la cesante por los gastos de formación (acreditados) del perso-
nal transmitido realizados durante el contrato extinguido siempre y cuando
estén relacionados con la acreditación o titulación profesional exigida por la
administración para la prestación del servicio.

En otros casos, se impone a la cesante la obligación de abonar al trabaja-
dor las horas de formación no recibidas del crédito formativo individual no
ejecutado. Algún convenio establece la prohibición temporal (12 meses) de
recontratación de los trabajadores que no aceptaron la subrogación en la
nueva contratista y cuyos contratos fueron extinguidos por la cesionaria por

causas objetivas imponiendo al nuevo proveedor de servicios la obligación de indemnizar a la empresa cesante con el importe equivalente al desembolso íntegro que esta última abonó a dicho trabajador/trabajadora.

Algunos convenios atribuyen a la Comisión Paritaria varias facultades en relación a la aplicación del mecanismo subrogatorio (interpretación, reclamación previa obligatoria) incluyendo la obligatoriedad de acudir a medios extrajudiciales de solución de conflicto (mediación y, en su caso, arbitraje).

CONVENIOS EMPRESARIALES

Como se ha apuntado con anterioridad, la negociación colectiva sectorial suele reservarse la regulación de la subrogación empresarial para los supuestos de cambios de contratas. El hecho de que esta actividad se dé en mayor medida en unas determinadas actividades, unido a que la subrogación no figura entre las materias a las que alcanza la prioridad aplicativa del convenio empresarial, explica su poca presencia en la muestra de convenios empresariales seleccionados. Lo más frecuente es que los convenios empresariales se remitan a acuerdos marco sectoriales o a convenios sectoriales de distinto ámbito. E incluso con referencia expresa al art. 44 ET.

Por lo que se refiere a la obligatoriedad de la subrogación, lo habitual es que se imponga a las tres partes implicadas cualquiera que sea la forma jurídica de las empresas cesante y entrante, aunque en algún caso se concede al trabajador la posibilidad de pactar con la saliente su permanencia sin que ello implique que la entrante debe subrogarse en otro trabajador.

En relación a la antigüedad exigida para que el trabajador quede comprendido en la subrogación, la duración es dispar: tres meses; seis meses (sin computo de excedencias voluntarias). El mantenimiento del convenio colectivo de la cesante hasta el término de su vigencia también es una cláusula que aparece en alguna ocasión al igual que el respeto de todos los acuerdos individuales o colectivos de los trabajadores con la empresa cesante. En relación al contenido de los derechos de los trabajadores en general, algún convenio hace referencia expresa al mantenimiento de la modalidad con-

tractual y de la jornada pactada y otros prevén alguna cláusula genérica de mantenimiento de todos los derechos disfrutados en la empresa cesante.

Concretamente, por lo que respecta a las vacaciones, suele establecerse la liquidación por la cesante a la nueva adjudicataria de las vacaciones devengadas y no disfrutadas y su respectiva cotización, previendo reglas precisas para operar la compensación directa sobre la liquidación del salario del trabajador en caso de desacuerdo entre cesante y nueva adjudicataria.

Respeto al calendario vacacional pactado, se impone la obligación de su mantenimiento concediéndose el disfrute total del período de vacaciones tal y como estuviera asignado en dicho calendario y con independencia de la parte proporcional de vacaciones que se haya devengado en cada empresa, aunque se dispone la oportuna compensación económica entre la saliente y la entrante en el supuesto de que la subrogación haya acontecido una vez iniciado el año natural.

Por lo que se refiere a los efectos que cantidades pendientes de abono o en general, las irregularidades que puedan existir en la información proporcionada por la cesante, lo habitual es que no afectan a la subrogación aunque la cesante deberá asumir tales pagos y se establece la posibilidad de que la sucesora solicite una indemnización por los eventuales perjuicios.

En el ámbito colectivo se localizan tres posibles situaciones: a) el mantenimiento de las condiciones de los representantes en los centros afectados hasta nuevas elecciones sindicales; b) su mantenimiento *siempre que el número total de representantes del personal no exceda del que pudiera corresponder por la plantilla*³; y c) un derecho de opción entre la cesante y la nueva adjudicataria salvo que hubieran sido elegidos específicamente para representar a los trabajadores del centro subrogado y siempre que afecte a toda la plantilla del centro.

3. Convenio colectivo de la empresa Gureak Garbitasuna, S.L.U; III Convenio Colectivo de la Asociación Edad Dorada Mensajeros de la Paz Castilla-La Mancha y Galicia.

Otra cláusula que aparece en alguna ocasión es la atribución a la Comisión Paritaria de competencias para conocer de los desacuerdos surgidos en relación a la subrogación empresarial establecida en el propio convenio

EPÍLOGO

El detenido examen de la amplia muestra de convenios seleccionados permite concluir que la negociación colectiva regula con mayor extensión que en el pasado la subcontratación empresarial. Se aprecia también un enriquecimiento en el contenido de la regulación de la subrogación. Hay que tener presente que estas conclusiones están condicionadas por la muestra de convenios utilizada en la que hay presente un buen número de convenios colectivos de actividades que son objeto habitual de externalización y muchas de ellas están basadas en la mano de obra (contratas “inmateriales”).

De forma más precisa, en relación al tratamiento de la subcontratación por la negociación colectiva cabe concluir que se ha constatado un incremento de cláusulas convencionales en relación a hace solo unos años, especialmente en los convenios sectoriales.

Se verifica también un enriquecimiento del contenido de estas cláusulas en el sentido de que no se limitan ya, como hace escasamente unos años, a reiterar el contenido de los diferentes preceptos legales referidos a la subcontratación (art. 42 ET; art. 64 ET; art. 24 LPRL...) aunque esta tipología todavía permanece en un número importante de convenios.

A nivel sectorial, los agentes sociales han intentado limitar la precarización de los trabajadores de las empresas subcontratistas, bien sea mediante la inclusión en el ámbito de aplicación del convenio sectorial, bien a través del establecimiento de la obligación de incluir en los contratos mercantiles cláusulas de equiparación salarial o incluso la aplicación de las condiciones de trabajo esenciales. Sin embargo, son cláusulas que ni están generalizadas ni tampoco dejan de presentar problemas en su aplicación práctica.

En el ámbito empresarial se constata la preocupación del banco social por la incidencia de la subcontratación en el nivel de empleo de la empresa y en consecuencia, la necesidad de que externalización de servicios precise de negociaciones previas o incluso del consentimiento de la representación de los trabajadores. Tampoco faltan casos en los que se excluye la posibilidad de externalización directamente. Con todo, son preceptos no generalizados.

La subrogación constituye una materia que los convenios sectoriales se reservan para sí, reserva lógica dado que sus efectos exceden del ámbito empresarial sin que figure tampoco entre las materias para las que rige la prioridad aplicativa del convenio empresarial (art. 84 ET). Un análisis detenido de los convenios pone de manifiesto que la negociación colectiva está regulando ya problemas nuevos, como la división de contratistas entre varios contratistas o, en sentido contrario, su agrupación; pero también las consecuencias del incumplimiento de los requisitos formales o informativos por parte de la cesante.

Por lo que se refiere a las cláusulas clásicas en la regulación de la subrogación convencional, cabe concluir que se ha producido un incremento de los convenios que se refieren expresamente al carácter voluntario u obligatorio que la subrogación tiene para el trabajador. Clásica ha sido también la concreción del tiempo de adscripción del trabajador al centro de trabajo objeto de la transmisión, materia sobre la que existe una amplia horquilla en los convenios seleccionados.

En relación al alcance objetivo de la subrogación también existen diferencias importantes entre sectores, que van desde la subrogación en todas las condiciones de trabajo del trabajador subrogado hasta la limitación de los derechos y obligaciones de la nueva adjudicataria a los generados por el último contrato con la empresa saliente, previsión que ha recibido la “*aparente*” aprobación del TJUE si bien compete todavía al tribunal español (Juzgado nº 14 Madrid) decidir si esta limitación tiene como efecto colocar al trabajador en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación. En el ámbito de la negociación empresarial no aparece con frecuencia y en todo caso, lo más habitual es la remisión al convenio sectorial o en su caso, al art. 44 ET.

Existe, todavía, un margen importante de acción para la negociación colectiva en ambas materias si bien es preciso no olvidar que nos hallamos en el marco de una “negociación” con lo que conlleva. Esta negociación colectiva debe ser, sin duda, la sectorial, especialmente en el ámbito de la subrogación mientras que la negociación colectiva a nivel empresarial puede jugar un papel mayor en el establecimiento de cláusulas que permitan garantizar el mantenimiento del empleo en la propia empresa, impidiendo la externalización cuando su finalidad sea exclusivamente el abaratamiento de la mano de obra a través de la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores.

Las organizaciones sindicales ya son plenamente conscientes de los efectos negativos de la externalización sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores subcontratados aunque en ocasiones se olvida los efectos directos que la fragmentación interesada de la empresa tiene sobre la plantilla de la principal en muchos aspectos; baste ahora apuntar la cantidad de normas que toman en consideración el tamaño de la plantilla en el ámbito de la acción colectiva o sindical y en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Por lo que se refiere a la regulación de la subrogación en los supuestos de cambio de contratistas y puesto que, salvo algunos jurídicos del trabajo discrepantes, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia todavía siguen apegados a la tesis de que estos supuestos están excluidos del ámbito de aplicación del art. 44 ET, sería recomendable además de la generalización de estas cláusulas, la regulación de su régimen jurídico en términos que garanticen en mayor medida la totalidad de los derechos de los que disfrutaban los trabajadores en la empresa cedente.

Aun con todo, la negociación colectiva se enfrenta a límites infranqueables que sólo el legislador puede traspasar. Especialmente necesaria es la reforma legislativa del art. 42 ET. Como ya hemos defendido en otras ocasiones, entre otras medidas, es preciso eliminar su restricción a las actividades propias de la empresa principal. Se trata de una medida que conviene a trabajadores y también a los empresarios en cuanto puede contribuir a erradicar del mercado aquellas empresas contratistas que ejercen una competencia desleal mediante el abaratamiento de sus ofertas a partir del empeoramiento de las condiciones laborales de sus trabajadores. Se trata de empresas

“buitre” que, cual Guadiana, aparecen y desaparecen dejando en muchos casos como acreedores a unos trabajadores que constituían el único activo de la organización empresarial. El art. 44 ET también precisa de una actualización a las nuevas realidades. La empresa-organización coexiste ahora con la empresa-actividad (empresa inmaterial) y el legislador debe dar cabida a esta última en el ámbito de las garantías legales para la sucesión empresarial dado que los tribunales, todavía no han asumido una interpretación más ajustada a la realidad social del momento.

● EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y CESIÓN DE TRABAJADORES/AS

Las Empresas de Trabajo Temporal constituyen actualmente una de las vías más utilizadas para realizar la “exteriorización” del trabajo asalariado (o, en otras palabras, de gestión indirecta de personal), como proceso que caracteriza en la actualidad a las nuevas formas de organización empresarial. Junto con la subcontratación empresarial, los grupos de empresas, el teletrabajo, la utilización del trabajo autónomo, etcétera, el reclamo de las ETT se inserta también en el marco genérico de la externalización de actividades (formas de gestión indirecta del personal que emplean las organizaciones productivas).

Las transformaciones de los procesos productivos y de las técnicas de organización del personal han ido dando lugar a nuevas formas de organización de las empresas y, como consecuencia, a nuevas formas de empleo, entre las cuales destaca la organización de la prestación de servicios por cuenta ajena a través de ETT. El trabajo temporal a través de la ETT integra típicamente un supuesto de empresas de estructura triangular, que da lugar también a una relación laboral de estructura jurídica compleja con su carácter trilateral o tripartito, que el ordenamiento jurídico-laboral tiene que regular haciéndola más transparente y dotando a los trabajadores afectados de un sistema de garantías laborales, tanto de naturaleza individual como colectiva.

Como es sabido, la regulación de las ETT ha sido siempre una materia controversia en los distintos ordenamientos comunitarios. La Directiva 2008/104/CE

es significativa en este aspecto cuando destaca la finalidad de liberalización y generalización del mercado laboral del trabajo temporal a través de ETT.

Si se analiza atentamente, se comprenderá que su lógica interna no es sólo iuslaboral, sino también la propia del Derecho de la competencia (al tiempo se trata de una actividad empresarial mercantilizada, aunque sometida a un sistema de control y supervisión administrativa). Y todo ello partiendo de la premisa de que trabajo temporal y precarización no pueden ser identificados siempre, pero también desde la verificación empírica de que hoy por hoy en la mayor parte de los casos ser trabajador temporal se traduce, de ordinario, como sinónimo de precariedad.

El trabajo temporal generalizado, y en no menor medida a través de las ETT, no fomenta desde luego la estabilidad en el empleo, sino que tampoco promueve el trabajo de calidad en el empleo, es decir, el trabajo “decente” o digno en los términos utilizados por la OIT. El objetivo loable de la Directiva de buscar una mayor calidad en el empleo temporal chocará en la práctica con la posición de debilidad jurídico-contractual del trabajador (normalmente desafiado sindicalmente por su sometimiento a continuas rotaciones de trabajos en misión) y la fuerza (presión) que ejercen los principios de rentabilidad y competitividad que impulsa la actividad de las ETT.

La Directiva 2008/114/CE apuesta por favorecer la liberalización del mercado de las ETT (artículo 4. “Revisión de las prohibiciones o restricciones”). La apertura de nuevos espacios antes vedados a las ETT se traduce, extensivamente, en el Derecho interno en dos ámbitos fundamentales. En primer lugar, por lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales y, en segundo lugar, en lo que concierne al respeto al principio de igualdad y no discriminación. En lo referente a la materia preventiva, aprovechando la ocasión de la transposición de la Directiva, se establece que en el artículo 8 (“Exclusiones”) que las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo.

En segundo lugar, la Directiva 2008/104/CE tiene como objetivo esencial el de garantía de la igualdad de trato de los trabajadores cedidos, para lo cual toma como parámetro, por lo menos, las condiciones que se les hubieran

aplicado si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto de trabajo. Con ello se persigue mejorar las condiciones de trabajo de dichos trabajadores.

La negociación colectiva constituye una vía perfecta para la consecución de una efectiva igualdad entre los trabajadores cedidos por una ETT y los propios de una empresa usuaria. Sin embargo, en materia de empresas de trabajo temporal la tendencia muestra un claro estancamiento de la negociación colectiva, quizás debido a los parámetros tan generales que marca el VI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal. Se presenta así una regulación poco innovadora y abierta a mejorar los espacios que ya se disponen por la ETT.

En materia de condiciones de trabajo los distintos convenios se han inhibido a la hora de desarrollar limitaciones o prohibiciones, quizás por motivos de seguridad y salud, copiando así los mismos esquemas que ya marca la Ley 14/1994 y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Por esta falsa apariencia, es muy importante enfatizar la posibilidad, y sobre todo la conveniencia, de que la negociación colectiva siga tomando cartas en este asunto, ya que se trata de una materia de suma importancia en la que se vinculan los derechos a la vida e integridad física y psíquica de los trabajadores.

Otro tema de suma importancia es el referente a los contratos de puesta a disposición. No parece muy discutible que la lenta recuperación del empleo pueda venir de la mano, al menos en los primeros tiempos, de un repunte grande de las formas de contratación atípicas, con la más escasa asunción de riesgos posible por la parte empresarial.

En consecuencia, las empresas de trabajo temporal parecen erigirse en una alternativa especialmente apetecible para que las entidades usuarias dispongan de una mano de obra fungible que no les genere compromisos laborales. Lo cual puede producir desajustes importantes en el buen funcionamiento del mercado, como bien expresa literalmente la disposición adicional cuarta de la Ley 14/1994.

Sin embargo, no olvidemos que las ETT no crean empleo de calidad, a corto plazo, de ahí que la mayoría de los convenios impongan un mínimo de

contratación en la empresa usuaria (que ronda entre los 24 y los 30 meses) para que pueda producirse la transformación de los contratos de duración determinada en indefinidos.

Empero, preocupa la falta de prohibición de limitaciones a ese encadenamiento de contratos de puesta a disposición que operan en las empresas usuarias. Es claro que la reforma de 2010 pretendió poner un punto y aparte en esta materia, pero concediendo que los límites no son intrínsecamente malos si se justifican en la necesidad de evitar abusos, proteger a los trabajadores de las empresas de trabajo temporal o amparar el buen funcionamiento del mercado de trabajo. Por consiguiente, no parece posible, al margen de cláusulas prohibitivas muy rotundas -hoy desaparecidas prácticamente de nuestra red de convenios colectivos- que un órgano de la jurisdicción social declare la nulidad de una cláusula de convenio al amparo de la disposición adicional cuarta, al menos al margen de las decisiones adoptadas en aplicación de la misma.

Finalmente, el tema más recurrente entre los distintos convenios colectivos analizados es el principio de igualdad y no discriminación en materia salarial. Tal tendencia se muestra, a veces, expresada en términos generales y en otras, de manera más concreta, buscando así que la negociación colectiva otorgue una reorientación del sector empresarial desde el prestamismo laboral hasta los servicios varios, que limite la aplicabilidad de la figura de la cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 de la ET.

Con todo, es posible pensar que el marco jurídico actual resulta insuficiente –y en parte deficiente por desbordamiento institucional respecto de la realidad empresarial de las complejas y muy variadas formas de gestión indirecta de personal-. En efecto, el problema práctico suscitado se podría resolver no sólo a través de la negociación colectiva, sino también mediante una expresa y meditada modificación legislativa de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal y, en concreto, de la definición establecida en su artículo 1, en su sentido más garantista y omnicompreensivo.

1

3. LA IGUALDAD EN EL EMPLEO PARA COLECTIVOS VULNERABLES

En la negociación colectiva, y desde un punto de vista *cuantitativo*, hemos encontrado una menor presencia de la esperada en cuanto a cláusulas de empleo y condiciones de trabajo específicamente dirigidas a colectivos vulnerables.

Un análisis *cualitativo* de tales cláusulas convencionales de empleo pone de manifiesto un escaso desarrollo de contenidos y regulaciones, limitándose en la mayoría de los casos a cumplir transcribiendo los preceptos legales aplicables. En nuestro estudio hemos identificado los siguientes grupos de vulnerabilidad.

• MUJERES

En cuanto al *empleo de las mujeres*, se detecta en la negociación colectiva las siguientes tendencias:

- 1) Cuantitativamente, una escasa presencia de cláusulas de empleo femenino, sobre todo en los convenios de ámbito sectorial.
- 2) Tendencia entre los convenios de empresa a exigir obligatoriamente el establecimiento de un Plan de Igualdad y la generalización de las cláusulas de igualdad.
- 3) Respecto a contratación son pocas las cláusulas específicas de fomento del empleo de la mujer, salvo en casos puntuales, que no dejan de ser acciones positivas, en ámbitos laborales muy concretos o en ocupaciones determinadas y siempre en convenios de ámbito de empresa y no sectoriales.

4) Reconocimiento de aquellos convenios que introducen acciones formativas en favor de la mujer, sobre todo las referidas al incremento de la capacitación de este colectivo para igualar al hombre en aquellas ocupaciones o puestos en los que están subrepresentadas o en los de promoción y responsabilidad.

5) Se echa en falta una técnica de *control y evaluación* más incisiva y eficiente de la aplicación de las medidas adoptadas, al menos con la misma intensidad que se viene haciendo ya respecto de otras materias (paradigmáticamente, en materia de prevención de riesgos laborales.)

6) Con el objetivo de conseguir la igualdad en el empleo entre hombres y mujeres, se considera prioritario clarificar la forma de acceder a la promoción y la publicidad de la vacante, la objetivación de los requisitos para promocionar y la redefinición objetiva de los puestos y de los requisitos exigidos por el puesto para la superación del *techo de cristal*.

7) En materia de igualación salarial, es necesaria una “readecuación” de salarios base por categorías profesionales.

8) Los aspectos más relevantes que debe regular la negociación colectiva para garantizar el principio de igualdad en el empleo femenino serían la definición objetiva de puestos de trabajo y de capacidades, la objetivación de las pruebas de acceso al empleo, el uso de un lenguaje no sexista en las convocatorias y procesos de selección, la utilización del *Currículo ciego* en la selección de personal, y la formación en igualdad de las personas participantes en el proceso para evitar sesgos de género en los procesos de selección.

● INMIGRANTES

Al igual que ocurría respecto al empleo de las mujeres, la regulación del empleo y condiciones de trabajo de los trabajadores extranjeros por los convenios colectivos es muy poco frecuente. Más allá del genérico reconocimiento al principio de trato y no discriminación por razón de nacionalidad, las

principales referencias convencionales las hemos encontrado en los sectores que tradicionalmente emplean trabajadores extranjeros, especialmente el sector del Trabajo en el Campo, que contempla previsiones específicas sobre alojamiento de los trabajadores (en algunos convenios, gratuito para los trabajadores extranjeros) y las cláusulas de promoción del acceso de los sindicatos a las trabajadoras extranjeras para una acción sindical eficaz.

Excepcionalmente, y como forma de integración laboral y social, también se han localizado cláusulas específicas que reconocen ayudas para la realización de cursos o talleres de la lengua predominante en la empresa. Otras veces, los convenios colectivos inciden de forma indirecta en las necesidades de movilidad al extranjero de los trabajadores inmigrantes al regular los permisos y licencias para la conciliación de la vida familiar y laboral.

En esta misma línea, también sería relevante una mejora de las cláusulas convencionales reguladoras de las licencias no retribuidas y el establecimiento de un procedimiento objetivo y no discrecional para su concesión. Una mejora de las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores inmigrantes, como colectivo vulnerable, pasa por la sensibilización de los propios sujetos negociadores de la necesidad de impulsar medidas específicas.

● PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la misma línea que lo detectado en relación con otros colectivos, llama poderosamente la atención el silencio absoluto que guardan muchos convenios colectivos sobre el hecho de la *discapacidad*. De los relativamente pocos que establecen cláusulas *específicas* sobre el empleo de los trabajadores con discapacidad y sobre sus principales condiciones de trabajo (cuota de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, ingreso, contratación, prestación de servicios, movilidad funcional, readaptación y recolocación, formación, retribución, salud laboral y prevención de riesgos laborales, etcétera) son escasos los que complementan y amplían lo previsto en la norma legal.

En la mayoría de los casos se limitan a reproducir los preceptos legales de aplicación o incluso a remitirse directamente a la norma legal. Tal vez los

contenidos más novedosos que incorporan algunos convenios colectivos sean los relativos al derecho a reacoplamiento funcional del trabajador con discapacidad sobrevenida.

En cualquier caso, y por razones obvias, encontramos una regulación más exhaustiva y detallada del empleo de los trabajadores discapacitados en algunos sectores, en particular, en el sector de la dependencia y atención a las personas con discapacidad o los convenios colectivos de empresas consideradas como centro especiales de empleo.

No obstante, en nuestro análisis hemos detectado regulaciones convencionales modélicas, que podrían convertirse en referente como “buenas prácticas”, destacando la posibilidad de ampliar la cuota legal de reserva de empleo a personas con discapacidad en función de las características y particularidades de cada sector de actividad o de cada empresa, y la mayor participación de la representación de los trabajadores tanto en la determinación de los puestos de trabajo adecuados para los trabajadores discapacitados (en atención al tipo y grado de discapacidad) como en la evaluación específica de riesgos laborales para los trabajadores discapacitados.

● EDAD

La edad es una circunstancia que convierte en colectivos vulnerables tanto a los *trabajadores maduros* como a los *trabajadores jóvenes*. Respecto a los primeros, la mayoría de convenios colectivos no contempla una política de empleo específica para este colectivo, aunque, eso sí, son utilizados como *moneda de cambio* en procesos de rejuvenecimiento de las plantillas, mediante cláusulas convencionales de jubilación forzosa, jubilación anticipada o jubilación parcial, instituciones que han sido redefinidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, sobre revalorización y sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y que en el futuro obliga a revisar y actualizar las cláusulas convencionales, para que no ocurra como, por ejemplo, con la jubilación anticipada a los 64 años que todavía se contempla en muchos convenios. En relación con los segundos, la regulación convencional de los trabajadores jóvenes se centra en los contratos formativos (más en el con-

trato para la formación y el aprendizaje que en el contrato en prácticas), modalidades contractuales que también han sido modificadas por la reforma laboral de 2021 (Real Decreto-ley 32/2021), pero además de ello, lo que debería ser prioritario es la estabilidad laboral y la mejora de la calidad del empleo de los trabajadores jóvenes, reconociendo como hacen varios convenios las posibilidades de transformar en indefinidos los contratos temporales.

● OTROS COLECTIVOS VULNERABLES

Hemos encontrado algunas referencias convencionales a otros colectivos vulnerables, aunque de forma mucho más aislada, infrecuente y excepcional. Algunas de éstas tienen en consideración al grupo de *trabajadores con adicciones* (alcoholismo, drogadicción), para los que se contemplan medidas de mantenimiento del empleo cuando se acojan a programas de recuperación y rehabilitación.

También hay que destacar al grupo de *trabajadores de una determinada confesión religiosa* o al grupo de *trabajadores con determinada orientación sexual* (colectivo LGTBI), respecto de los que los convenios colectivos básicamente se limitan a reconocer el principio de igualdad de trato y la no discriminación en el acceso al empleo.



2
B
L
O
Q
U
E

**TRABAJO A DISTANCIA Y
TELETRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA**

TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- RAFAEL GÓMEZ GORDILLO (COORDINADOR)
- ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (COORDINADORA)
- WILFREDO SANGUINETTI RAYMOND (COORDINADOR)
- CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
- ESTHER CARRIZOSA PRIETO
- PIERRE CIALTÍ
- PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
- ANA DOMÍNGUEZ MORALES
- SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ
- MARÍA LUISA MARTÍN HERNÁNDEZ
- AMANDA MORENO SOLANA
- PATRICIA NIETO ROJAS
- DANIEL PÉREZ DEL PRADO

B
L
O
Q
U
E



2 TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La regulación legal recientemente aprobada deja en manos de la negociación colectiva un amplio margen para fijar las condiciones en las que prestan servicio las personas que trabajan a distancia o teletrabajan. Esta amplia remisión material incluye la relativa a las reglas de distribución de materias entre las diferentes unidades de negociación, actividad que corresponderá a los venideros Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva. A pesar de esta carencia temporal, algunos convenios colectivos sectoriales ya establecen previsiones convencionales mínimas sobre el trabajo a distancia que deben ser respetadas por el resto de las unidades de negociación.

Sin perjuicio de lo anterior, el marco temporal en el que se desarrollan las negociaciones contenidas en la muestra, la reciente reforma legal en la materia y la excepcionalidad provocada por el COVID-19, son circunstancias que determinan una práctica negocial desigual que debe ser objeto de maduración en el corto plazo.

La proclamación del carácter voluntario del teletrabajo constituye una constante en los diferentes textos analizados, lo que no impide que, de manera excepcional, se declare la obligación de teletrabajar por motivos sanitarios o por otros motivos excepcionales o extraordinarios, especialmente en el ámbito de la Administración Pública. Por el contrario, no se han detectado acuerdos que conviertan el acceso al teletrabajo en un derecho de las personas trabajadoras que así lo deseen.

Desde la perspectiva procedimental, la regla general en los convenios estudiados indica que el acuerdo individual de teletrabajo debe ser instado por la persona trabajadora, mediante un procedimiento de solicitud en el que las exigencias formales cobran un protagonismo especial. La determinación

de la titularidad de la facultad decisoria, el alcance de la participación sindical y el establecimiento de requisitos objetivos de valoración de las solicitudes cobran un protagonismo especial en este apartado.

La introducción vía convencional de criterios objetivos que modulen la unilateralidad de la decisión empresarial presta especial atención a la definición de criterios inherentes a la persona trabajadora, tanto respecto de sus competencias profesionales como de aspectos relacionados con cuestiones materiales o logísticas; en paralelo, las condiciones técnicas que afectan al puesto de trabajo condicionan obviamente la viabilidad de la solicitud. Las normas convencionales introducen también sistemas de preferencias entre las personas trabajadoras, de variado contenido y sistemas de articulación. La resolución de controversias también es objeto de regulación, mediante la fijación de procedimientos internos de resolución de discrepancias.

La referencia al principio de voluntariedad es una constante de las regulaciones convencionales estudiadas, en su doble sentido, tanto de acceso al teletrabajo como de retorno al trabajo presencial. Sin perjuicio de lo anterior, algunas previsiones temporales someten el derecho de retorno a plazos de preaviso excesivos o a la acreditación de causas excepcionales. Estas regulaciones, cuando afectan a las personas trabajadoras, deben considerarse contrarias a la normativa legal ahora vigente.

Desde la perspectiva del ámbito temporal del acuerdo individual de teletrabajo, si bien existen acuerdos que prevén una duración indefinida o prorrogable, resultaría interesante realizar un seguimiento de los acuerdos de duración determinada, alcanzados para afrontar la crisis sanitaria, o diseñados como proyectos piloto.

En materia de formación, destacan los acuerdos que exigen itinerarios específicos de adaptación a la modalidad de prestación de servicios, y los que se refieren únicamente a la formación preventiva, siendo testimoniales los que evalúan ambas perspectivas. La mayoría de los convenios se limita a señalar el derecho de acceso a la formación en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores de la plantilla, extremo que también resulta frecuente en materia de promoción profesional.

Los convenios más recientes incorporan de forma clara y concisa los derechos a la dotación, mantenimiento y compensación de los gastos generados por el trabajo a distancia o teletrabajo, mientras que los anteriores a la reforma muestran una gran diversidad. Conviene señalar cómo estos acuerdos no siempre diferencian entre trabajo a distancia regular y no regular, mientras en otros casos se crean nuevas categorías que tienen por objeto garantizar unas condiciones mínimas para la generalidad de las personas trabajadoras que adoptan esta modalidad de prestación de servicios. Para todas ellas, en ocasiones, se reconocen los derechos de dotación, mantenimiento y compensación, aunque estableciendo diferencias con relación a los útiles y herramientas suministrados y a las cuantías económicas objeto de compensación. Algunos convenios colectivos especifican los útiles imprescindibles para desarrollar la prestación de servicios (ordenador, tablet, smartPc o similar, teléfono móvil con línea y datos, teclado, ratón, pantalla y silla ergonómica homologada), pero sin mencionar ni regular otros aspectos o elementos trascendentales (adaptación o mejora de las instalaciones domiciliarias, gastos de electricidad, agua, calefacción, etc.).

Por ello, puede afirmarse que, aunque la vigencia de un régimen transitorio puede dilatar considerablemente la adaptación convencional a las nuevas exigencias legales, las prácticas establecidas hasta el momento han sabido adecuarse al nuevo régimen jurídico y otorgar soluciones plausibles para aquellas situaciones no resueltas por la norma legal, especialmente, por lo que se refiere al trabajo a distancia parcial inferior al 30% de la jornada o equivalente. No obstante, habrá que esperar a la emergencia de regulaciones convencionales al amparo de la LTD, para constatar que esta tendencia en la negociación se consolida.

Con carácter general, en la muestra de convenios colectivos analizada se aprecia una regulación escasa del derecho al horario flexible de los trabajadores a distancia. Son varios los convenios que limitan la flexibilidad horaria a supuestos muy específicos, por ejemplo, a determinados grupos profesionales. Sin embargo, debería intentarse extenderla a más supuestos, siempre que sea posible en función de las características del servicio.

La mayor parte de las pocas cláusulas específicas que existen sobre la cuestión recogen límites importantes a la libertad del teletrabajador de orga-

nizar la prestación laboral según sus propias preferencias o necesidades, incorporando franjas de disponibilidad horaria obligatoria más o menos amplias. Si bien se entiende que la incorporación de estos tiempos de disponibilidad es necesaria para permitir una correcta organización de la actividad laboral por parte de la empresa y garantizar la comunicación con el resto de los compañeros, su duración debería limitarse al mínimo indispensable para permitir la citada organización, por ejemplo, no más de dos horas diarias, y aprovechar así las ventajas que aporta el teletrabajo en relación con la flexibilidad horaria.

La regulación convencional de aspectos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo en el teletrabajo puede calificarse de insuficiente: tanto desde una perspectiva cuantitativa, ya que sólo un 31,5% de los convenios colectivos de la muestra contienen cláusulas al respecto; como cualitativa, dado que sus previsiones suelen ser muy generales y salvo supuestos excepcionales, no cumplen la función de adaptar la normativa general a las particularidades concurrentes en el trabajo remoto y, en particular, en el teletrabajo.

Por lo que se refiere a los Acuerdos específicos sobre teletrabajo, el 75% de los consultados abordan aspectos relacionados con la prevención de riesgos laborales y lo hacen de manera más amplia y desarrollada, especialmente aquellos aprobados en el ámbito público.

De la regulación del teletrabajo en nuestro país se ha dicho que se caracteriza por situarse entre la anomia y la obsolescencia. Aunque las últimas reformas legales han contribuido a paliar ambos defectos en el ámbito legal, lo cierto es que queda mucho camino por recorrer aún en el convencional. La particular faceta que aquí se ha analizado, el poder de dirección y control, así lo evidencia. Es más, en este caso en concreto, la escasez regulatoria es palmaria. Esto puede obedecer, como ya se adelantó, al hecho de que, ante el déficit general en la regulación del teletrabajo, los convenios que han optado por desarrollarlo normativamente hayan preferido atender otros elementos que entendían eran más acuciantes o, simplemente, haya entendido que el teletrabajo no exigía adaptación alguna en la particular esfera del poder de dirección.

Sin embargo, existe una explicación alternativa, probablemente más plausible, que obedece a la estrategia empresarial de evitar cualquier tipo de regulación (negociada) como la mejor vía para mantener el teletrabajo bajo su completo control. Desde esta perspectiva, la parte de la regulación del teletrabajo más próxima a las facultades de dirección y control sería precisamente la que más resistencia presente a la regulación.

Sea cual fuere la explicación que se entienda más apropiada, lo cierto es que todas ellas evidencian una situación completamente insostenible a la luz de nuestros días. Desde la perspectiva de las personas trabajadoras, sin lugar a dudas, pues la ausencia o déficit de regulación convencional conduce a abusos. Pero también desde la perspectiva empresarial, pues al margen de la inseguridad jurídica que genera, también ha propiciado una escasa implantación de una herramienta de gestión con un enorme potencial.

Al margen de este resultado general, varias son las conclusiones particulares que podemos obtener del análisis del concreto aspecto del poder de dirección y control del empresario en relación con las nuevas tecnologías de la muestra de convenios. La primera, como ya hemos comentado, que las referencias son escasas, y cuando las hay, son referencias y expresiones ambiguas de ese poder, de forma y manera que, los límites a ese poder, y las opciones de empresas y trabajadores no siempre quedan claras.

Observamos que el poder de dirección queda integrado en otro tipo de cláusulas, que no siempre llevan por denominación el poder de dirección y control, sino que se trata de cláusulas variadas de donde se puede obtener alguna referencia a ese poder de dirección, y sobre todo al control por parte de la empresa del cumplimiento de las normas sobre uso de las nuevas tecnologías. Algunas de ellas, son sobre tratamiento de datos, o al derecho a la intimidad y uso de dispositivos, sobre desconexión digital, o dentro de la regulación del teletrabajo.

En relación con las cláusulas sancionadoras, de nuevo tenemos que decir que apenas hay regulación expresa sobre las infracciones que ocasionan los inadecuados usos de las nuevas tecnológicas, o el quebrantamiento de las políticas y normas internas sobre estos usos. En este sentido, podemos afirmar que uno de los grandes defectos de la regulación convencional en

este aspecto es que ésta no ha recogido un verdadero régimen disciplinario que tipifique infracciones y sanciones en relación con la incorporación de los nuevos modelos y formas de organización del trabajo, y en relación con el uso de las nuevas tecnologías. De esta forma, cuando una persona hiciera un uso indebido o incumpliera las normas establecidas al respecto, la empresa deberá reconducir las conductas a infracciones genéricas, alejándose, con mucho, así del principio de tipificación de las normas sancionadoras.

Al margen de las cláusulas sobre el derecho a la desconexión digital y los medios y equipos de trabajo que el empresario debe poner a disposición de los teletrabajadores/teletrabajadoras, que son las más numerosas en los convenios colectivos de la muestra y en los acuerdos específicos sobre teletrabajo, cuya regulación, en general, no incorpora una perspectiva preventiva, la mayor parte de estas disposiciones colectivas contienen cláusulas generales, bien de mero reconocimiento del derecho de los trabajadores a distancia a ejecutar su prestación laboral de servicios en unas condiciones seguras y saludables, bien de remisión a la normativa preventiva común en vigor –principalmente a la LPRL y a sus normas de desarrollo reglamentario, especificándose algunas veces determinados Reglamentos específicos relativos a los lugares de trabajo y/o a las pantallas de visualización, y también, en algún caso, remitiéndose al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo y a otras disposiciones de ámbito comunitario.



Como líneas de actuación futura en esta materia, se proponen las siguientes:

- 1 Los convenios colectivos que se adopten en el futuro deberían hacer uso de la facultad que les concede el art. 13 de la Ley 10/2021 y regular, con detalle, el régimen de funcionamiento del derecho al horario flexible de los trabajadores a distancia.

Sería positivo que los convenios colectivos incorporasen cláusulas en las que se contemple y detalle el régimen de funcionamiento de la flexibilidad horaria de los trabajadores a distancia, permitiéndoles desarrollar un horario diferente al existente en la empresa.

Ahora bien, es importante que la negociación colectiva regule, de manera clara, los tiempos de disponibilidad obligatoria, en función de las necesidades de cada sector o empresa concreta, con el objetivo de garantizar el derecho a la desconexión de los trabajadores y evitar así que el horario flexible se convierta en sinónimo de disponibilidad permanente. En este sentido, también sería conveniente incluir, como ya hace alguno de los convenios de la muestra, cláusulas que incorporen un límite máximo de jornada diaria para las personas que teletrabajan. De esta manera, se les estaría permitiendo organizar su horario de trabajo de manera flexible, pero, al mismo tiempo, se podría garantizar mejor su derecho al descanso.

- 2** Los sujetos negociadores deben tener presente que, a falta de una normativa preventiva legal o reglamentaria adaptada a las numerosas y relevantes particularidades que concurren en el teletrabajo, esta función de ajuste y acomodación, imprescindible para poder cumplir con el mandato legal recogido en el art. 14.1 de la LPRL de garantizar a todos los trabajadores una protección eficaz frente a los riesgos laborales y que ésta resulte plenamente equiparable a la de los trabajadores presenciales (art. 5 LTD), debe ser desempeñada por la negociación colectiva.
- 3** En la regulación convencional de la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo resulta conveniente tener en cuenta dos circunstancias básicas, que deben guiar e inspirar cualquier cláusula al respecto: la falta de control directo por parte del empresario de las condiciones de trabajo a las que se encuentran expuestos los teletrabajadores/teletrabajadoras y, en consecuencia, sus mayores dificultades para adoptar las medidas preventivas necesarias y adecuadas y para controlar que las mismas se aplican efectivamente por los trabajadores a distancia en su lugar de prestación de servicios; y el hecho de que

en el teletrabajo se puede ver especialmente amenazado el derecho fundamental de los trabajadores a su intimidad personal y familiar. Las normas convencionales deben tratar de establecer una reglamentación que permita hacer efectivos de la manera más equilibrada posible el derecho a la intimidad del teletrabajador/teletrabajadora y a la inviolabilidad de su domicilio (art. 18 CE) con la protección eficaz de su seguridad y su salud en el trabajo que, en último término, se retrotrae al derecho fundamental a la vida y a la integridad psicofísica (art. 15 CE).

- 4 Se recomienda incluir en los convenios colectivos referencias expresas a las obligaciones de colaboración de los teletrabajadores /teletrabajadoras con su empleador en materia de prevención de riesgos laborales, fomentando además su cooperación con el sujeto empresarial en el diseño y efectiva aplicación de las medidas de seguridad. Sin esta colaboración de los trabajadores a distancia resultará en todo caso imposible que los empresarios puedan garantizar a esta clase de trabajadores la protección eficaz que exige el art. 14.1 LPRL.

En particular, se deben tratar de evitar comportamientos injustificados de los trabajadores que impidan a los empresarios adoptar las medidas preventivas necesarias y adecuadas en cada caso (especialmente respecto al cumplimiento de las obligaciones empresariales de evaluar los riesgos laborales y de controlar a posteriori la adecuación de la actividad preventiva desarrollada en el lugar de trabajo en el que el trabajador remoto ejecuta sus servicios).

- 5 En relación con lo anterior, se estima también muy apropiado que los instrumentos colectivos regulen la formación de la que deben disponer las personas teletrabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales. Ha de regularse de una manera adaptada a las particularidades de esta forma de prestar servicios y debe estar directamente orientada a que los teletrabajadores/teletrabajadoras se puedan encontrar realmente en condiciones idóneas de poder colaborar con su empleador en el desenvolvimiento de una actividad preventiva adecuada en función de sus específicas necesidades de protección.

- 6 Se debe tratar de evitar incluir cláusulas que hagan recaer sobre los trabajadores a distancia el deber de realizar la actividad preventiva necesaria en su lugar de trabajo. Este deber, por imperativo legal, corresponde siempre al empresario de forma absolutamente principal. Esta cautela no exime, sin embargo, a los trabajadores remotos de tener que colaborar con su empresario en el diseño y la ejecución de las medidas de seguridad que resulten adecuadas en cada caso.
- 7 Se considera adecuado incorporar la “perspectiva preventiva” a la regulación de aspectos relativos al teletrabajo que, por tener una regulación legal autónoma y diferenciada a la de la prevención de riesgos laborales, sin embargo, tiene una repercusión directa e inmediata sobre las condiciones de seguridad y salud en el teletrabajo: principalmente respecto al derecho a la desconexión; al porcentaje de jornada presencial; a los medios de trabajo que el empleador tiene que proporcionar a los teletrabajadores/teletrabajadoras para el desempeño de su actividad profesional; y a las medidas de protección frente al acoso, incluyendo una regulación específica de prevención/protección frente al ciberacoso.
- 8 Una línea de actuación en materia de desconexión digital a explorar por los convenios colectivos sería aquella que formule un derecho a la desconexión pleno que no se limite a reconocer la existencia del mismo, sino que prohíba a la empresa y mandos intermedios comunicarse con las personas trabajadoras en sus tiempos de descanso salvo circunstancias de fuerza mayor. Igualmente, parece adecuado que el derecho a la desconexión se inserte en el apartado relativo a la prevención de riesgos laborales en el convenio colectivo. De esta forma, el mencionado derecho pasaría a ser parte integrante de las medidas preventivas a adoptar por la empresa frente a los riesgos psicosociales que puedan afectar a las personas que teletrabajan.

La negociación colectiva debe limitar la introducción de excepciones al derecho a la desconexión digital de las personas que teletrabajan a las situaciones de riesgo grave para las personas o las cosas u otras análogas que afecten a bienes esenciales y no a un mero interés económico de parte.

Los pedidos urgentes, las consultas inaplazables y otras situaciones análogas deben ser cubiertos recurriendo a los mecanismos ordinarios de acceso al trabajo fuera de la jornada previstos por las leyes y los convenios colectivos, y en particular a las horas extraordinarias, y no imponiendo al teletrabajador/teletrabajadora su reconexión.





3

B
L
O
Q
U
E

DERECHOS DIGITALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

DERECHOS DIGITALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

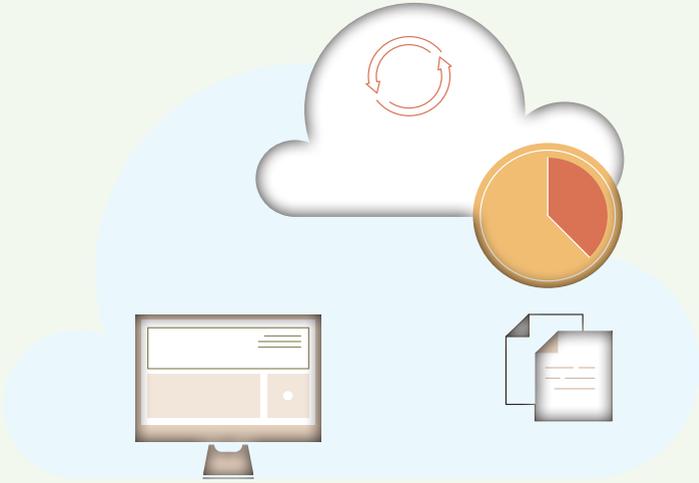
1 ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO, VIGILANCIA Y CONTROL, CIBERACOSO, TUTELA MEDIOAMBIENTAL Y REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

- AMPARO MERINO SEGOVIA (COORDINADORA)
- MILENA BOGONI
- NUNZIA CASTELLI
- ÓSCAR CONTRERAS HERNÁNDEZ
- MARÍA ENCARNACIÓN GIL PÉREZ
- GRATIELA MORARU
- EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
- MARÍA JOSÉ ROMERO RÓDENAS

2 DESCONEXIÓN DIGITAL, CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, ESTRUCTURA SALARIAL, FORMACIÓN, PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y PROTECCIÓN DE DATOS

- HENAR ÁLVAREZ CUESTA (COORDINADORA)
- DAVID LANTARÓN BARQUÍN (COORDINADOR)
- ROSA MARÍA MORATO GARCÍA
- ADRÍAN TODOLÍ SIGNES
- ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

B
L
O
Q
U
E



1. ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO, VIGILANCIA Y CONTROL, CIBERACOSO, TUTELA MEDIOAMBIENTAL Y REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

PRIMERA. En el momento actual el papel regulador de la negociación colectiva en el territorio de las tecnologías y los derechos digitales laborales es, con carácter general, limitado, debido a que nos encontramos aún en una fase ‘preliminar’, sin un tratamiento jurídico acabado, plenamente adaptado a la digitalización. Con todo, se han detectado cláusulas, en su mayoría de naturaleza normativa, que, introducen medidas de salvaguarda y refuerzo de determinados derechos, especialmente en materia de protección de datos personales e intimidad de las y los trabajadores, con normas sobre un uso razonable y racional de las comunicaciones y los medios digitales, de conformidad con lo establecido en la LOPDP y en el RGPD.

Son comunes, no obstante, algunas tendencias en la negociación colectiva a reproducir preceptos legales, con reenvíos a la normativa vigente, y cláusulas programáticas o declaraciones de intenciones, que no introducen novedades significativas.

Este tipo de previsiones resaltan el papel pedagógico del convenio colectivo para las empresas y personas trabajadoras incluidas en su ámbito de aplicación, lo que nos lleva a valorar positivamente, siempre con las debidas cautelas, estos primeros avances. Sin negar, naturalmente, que la negociación colectiva debe seguir progresando, haciendo eficaces, tanto el uso racional de las tecnologías, como el pleno disfrute por las personas trabajadoras de sus derechos digitales.

SEGUNDA. El impacto de las tecnologías en la organización del trabajo no ha sido objeto de un tratamiento pormenorizado en los convenios colectivos, algunos -los menos- con algunas referencias al derecho a la educación digital y al compromiso que asumen las empresas de formar a su personal en las competencias y habilidades digitales necesarias para afrontar la transformación digital y facilitar su reconversión digital. También se menciona la formación en este campo para garantizar una adecuada adaptación de las plantillas a los nuevos puestos de trabajo, y para evitar y erradicar las brechas digitales.

Con carácter general, los convenios colectivos -tanto los de empresa como los de ámbito superior- realzan la organización del trabajo como vertiente del poder de dirección empresarial e insisten en que la innovación y la mejora tecnológica son factores de relevancia para incrementar la productividad y lograr una mayor eficiencia económica. La productividad eficiente de la empresa se conecta así con las mejoras tecnológicas, previendo algunos convenios que los avances en tecnología son un cauce adecuado para incrementar la productividad. Es frecuente, en este sentido, incluir dentro del poder de organización de la empresa la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en su vertiente individual y colectiva, provocada por la introducción de las TIC, con mención a los derechos de información y a los periodos de consulta en los términos previstos en el art. 41 ET. Se constata, asimismo, una especial atención al ejercicio del poder de dirección en la implementación de nuevas tecnologías cuando, además de suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tenga efectos directos sobre el empleo, la salud laboral, la formación y la organización del trabajo. Se echan en falta, sin embargo, previsiones sobre derechos y deberes de las personas trabajadoras ante cambios en la organización del trabajo, requisitos de acceso a nuevos perfiles profesionales y procedimientos de reconocimiento de competencias profesionales, entre otras.

Son de interés las cláusulas de los convenios colectivos que determinan que, cuando la introducción de nuevas tecnologías en la organización de la empresa conlleve una modificación sustancial de condiciones de trabajo, la persona trabajadora destinada al puesto de trabajo modificado tendrá derecho a la formación necesaria para el desarrollo de la prestación. Algunas señalando que los sistemas de organización del trabajo y sus posibles

transformaciones requieren para su eficacia de políticas de formación y de igualdad de oportunidades.

En el ámbito de la participación colectiva, deben mencionarse, los convenios colectivos que recogen funciones de asesoramiento, orientación y propuesta de las representaciones de las personas trabajadoras, así como el derecho a presentar informe con carácter previo a la ejecución de las decisiones empresariales que impliquen implantación o revisión de los sistemas de organización del trabajo, fundamentalmente en referencia a las TIC. Son también interesantes las disposiciones que introducen una obligación de información al comité de seguridad y salud o a la representación de las y los trabajadores cuando se trata de establecer medidas de seguridad para las personas trabajadoras que manejan dispositivos digitales. Puede constatar-se, en este sentido, una creciente preocupación de las partes negociadoras por regular los aspectos relativos a la seguridad y salud laboral, así como las medidas conectadas con la implantación de las TIC en la organización del trabajo.

TERCERA. Una observación comparativa entre convenios colectivos sectoriales y convenios de ámbito inferior, que permita conocer si la negociación colectiva está desarrollando la normativa estatal vigente en materia de protección de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, resulta interesante. Este análisis permitirá detectar si se han introducido en los convenios colectivos ‘garantías adicionales’, haciendo uso de lo dispuesto en el art. 91 LOPDP. Cabe aducir, en este sentido, que los derechos digitales todavía no ocupan un lugar propio dentro del contenido de los convenios colectivos, quedando insertados en preceptos que regulan otras materias, ya clásicas -registro de jornada y tiempo de trabajo, control horario, jornada laboral, seguridad y salud, régimen sancionador-, muchas veces como normas declarativas que se limitan a reproducir los preceptos legales habidos en este campo. En aquellos convenios en los que sí se introducen alguna o algunas de estas materias dentro de un precepto o cláusula independiente, con frecuencia se hace mención del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras frente al uso de los dispositivos de videovigilan-

cia y geolocalización, con remisiones a la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. Con todo, son más numerosos los convenios colectivos -especialmente de ámbito empresarial- que se refieren al uso de los medios de vigilancia -videograbación, monitorización, tacógrafo y geolocalización- exclusivamente como mecanismo de control para la garantía de la debida diligencia en el trabajo o para garantizar la seguridad de la mercancía -art. 20.3 ET-.

En relación con el uso de internet, redes sociales y el correo electrónico durante la jornada de trabajo, los convenios colectivos recogen previsiones muy genéricas que, junto a una prohibición general de su utilización con fines personales o ajenos a la actividad empresarial, recogen los derechos y deberes de las empresas empleadoras y de las personas trabajadoras. Tanto en los convenios de sector como en los de ámbito empresarial se parte de dos premisas: primera, el legítimo derecho de la empresa de restringir los usos, así como de controlar el empleo adecuado de las herramientas y medios técnicos puestos a disposición para el ejercicio de la actividad laboral, con inclusión dentro del régimen disciplinario como falta muy grave su utilización inadecuada; segunda, el respeto del derecho a la intimidad y la garantía de la protección de datos de la persona trabajadora mediante la incorporación de una cláusula expresa en el articulado de los convenios.

En los convenios de la muestra donde se hace referencia al derecho a la desconexión digital, lo más común es su incorporación en un párrafo genérico dentro de los preceptos que regulan otros derechos; en ellos se viene a señalar que las personas trabajadoras tienen derecho a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Cabe sostener que en la actualidad la negociación colectiva aún no ha abordado como correspondería los derechos a la intimidad y a la desconexión digital, con el fin de adicionar más contenido al ya recogido legalmente, las posibles acciones, herramientas y modalidades de ejercicio de los citados derechos, ni tampoco las acciones de formación y/o sensibilización de las personas trabajadoras sobre la utilización razonable de la tecnología para evitar la fatiga informática y la conexión permanente al ámbito laboral como consecuencia de la disponibilidad de medios tecnológicos.

Son aisladas las cláusulas convencionales sobre el derecho de las personas trabajadoras a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos recogidos por la ley, así como el derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos están fundados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la empresa, en caso de discrepancia. Tampoco se recoge la obligación de las empresas de informar a la representación de las personas trabajadoras sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de IA cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana, en consonancia con los establecido en la letra d) del art. 64.4 ET.

CUARTA. En los últimos años se ha producido un enriquecimiento en los temas a tratar dentro de las distintas comisiones paritarias creadas por la negociación colectiva, detectándose, asimismo, un incremento de comisiones específicas para atender materias concretas relacionadas con las tecnologías, que afectan a todas las partes en el ámbito laboral; es el caso de las comisiones paritarias para el cambio tecnológico y social, o de las comisiones paritarias sobre evolución tecnológica y clasificación profesional, o para la protección de los derechos digitales en las empresas.

En ocasiones, la negociación colectiva ha atribuido a la comisión paritaria del convenio, además de sus funciones generales y ordinarias, otras más específicas, vinculadas a los derechos digitales, tales como el examen sobre cualquier conflicto que afecte a los derechos a la desconexión digital, a la intimidad y a la protección de datos por el uso de App o cualquier otro medio electrónico para el control de la obligación de fichar por la jornada laboral, entre otras. También se recoge el compromiso de las partes firmantes a abordar, debatir y analizar de manera responsable y conjunta, en el seno de la comisión paritaria, la afectación e impacto de la denominada Industria 4.0, la nueva era de la digitalización, el ‘internet de las cosas’ y las nuevas tecnologías, con la finalidad de extraer conclusiones que, en su caso, permitan anticiparse y prever nuevas situaciones y realidades socioeconómicas

que, a buen seguro, marcarán la senda de los nuevos mercados y economías emergentes, en un mundo globalizado e interconectado.

QUINTA. Las nuevas tecnologías suponen una inmediatez en las comunicaciones, que deben ser aprovechadas por la representación de las y los trabajadores, no solo para comunicarse con las personas que estén afiliadas, sino, en general, con cualquier persona trabajadora de la empresa. Resulta fundamental, asimismo, la posibilidad de realizar reuniones por medios telemáticos; esto, sin duda, podrá ser un instrumento importante para evitar disfuncionalidades horarias y, en la medida que se evita el traslado, ganar tiempo de vida y, con ello, derechos de conciliación.

Algunos convenios colectivos han introducido cláusulas ad cautelam, que se preocupan de que las nuevas formas de ejercer los derechos de información y consulta sean acordes con el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial. Otros reconocen el derecho de las personas trabajadoras, en general, a recibir información por los medios tecnológicos a su alcance en el ámbito empresarial, y, en particular, alguna cláusula se refiere al derecho de las personas afiliadas a recibir la información remitida por su sindicato. Con todo, la limitación de la utilización indiscriminada de estos instrumentos no deja de presentar cierta continuidad en la negociación colectiva; ya no tanto por lo que pueda implicar de gasto o distorsión en servidores, como de pérdida de tiempo o simplemente del uso adecuado que se recomienda de las TIC, en general. Por otra parte, y paralelamente al reconocimiento de la utilización de medios digitales por la representación legal de las personas trabajadoras para realizar sus funciones de información, se recogen llamadas continuas a la limitación del poder empresarial sobre su ejercicio, siendo muy oportunas las cláusulas que limitan el propio ejercicio del poder empresarial de control y vigilancia de los medios tecnológicos a una negociación previa con la representación legal de las personas trabajadoras. Se trata de una vía acertada porque delimitará, en cada caso, la pertinencia o no de esa fiscalidad o facultad de inspección de la empresa y, lo que es más importante, la intensidad de esa capacidad empresarial de control.

SEXTA. Las cláusulas relativas a la lucha contra el ciberacoso laboral, si bien no son muy numerosas, sí muestran una toma de conciencia de la negociación colectiva sobre el papel que puede cumplir en la defensa de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras frente al mal uso de la tecnología, operando especialmente en clave preventiva, pero también coercitiva-sancionadora. Es dable señalar, en este sentido, la progresiva incorporación en los protocolos de acoso de medidas específicas dirigidas a identificar y sancionar las conductas de acoso llevadas a cabo a través del uso de las tecnologías; y si bien es cierto que es más fácil que el ciberacoso sea tratado en convenios de ciertos sectores y empresas concretas, es oportuno remarcar que debería ser contemplado en todos los sectores y empresas, ya que su posible puesta en práctica no necesita de condiciones especiales, sino de una digitalización mínima que ya es común denominador de la mayoría de las empresas y sectores actuales.

Es interesante señalar que, en algunas ocasiones, las cláusulas generales de previsión (y prohibición de conductas lesivas tipificadas en ciberacoso) se conectan con el más conocido ‘derecho a la desconexión digital’ y la cuestión de los sistemas de geolocalización. Es en este contexto que la negociación colectiva incorpora reflexiones relacionadas con el uso inteligente de las nuevas tecnologías y el límite que hay que poner a la vigilancia empresarial por GPS (y otras herramientas, como programas de vigilancia digital instalados en herramientas de trabajo etc.). En estos casos, la cuestión del abuso de la tecnología, con el fin de perpetrar acoso, se relaciona con las cada vez mayores herramientas -digitales- de control empresarial que, además de ser reguladas desde la perspectiva del derecho a la desconexión, deberían ser tenidas en cuenta en las conductas de acosos, especialmente de superiores jerárquicos hacia las personas trabajadoras.

Es oportuno indicar, asimismo, la existencia de normas convencionales que incorporan dispositivos sancionadores en los supuestos en los que se detecten situaciones de ciberacoso; en algunos casos calificando como falta grave o muy grave el abuso de los medios informáticos; y, en otros, sancionando directamente el uso contrario a eventuales protocolos pactados. En estos casos, además, la identificación del abuso y su correlativa sanción se suelen acompañar con algún tipo de procedimiento en el que se garantiza la

presencia de las representaciones de las personas trabajadoras y el respeto del derecho a la intimidad y dignidad cuando se es víctima de este tipo de comportamientos.

SÉPTIMA. En materia de tutela medioambiental, lo más interesante que se extrae del análisis conjunto de la muestra de convenios colectivos examinada tiene que ver con la intención de transversalizar la política medioambiental de la empresa, involucrando directamente a las personas trabajadoras -especialmente a través de cursos de formación para el personal, pero también para personas colaboradoras, como por ejemplo clientela, proveedores y subcontratistas- y a sus representantes sindicales. Algunos convenios dedican unas disposiciones a la ‘gestión medioambiental’, incorporando una serie de conceptos y objetivos esenciales para que la política medioambiental se traslade hasta las prácticas más comunes desarrolladas en la actividad laboral de los centros de trabajo. En esta dirección, diferentes convenios plantean que el desarrollo de los planes de gestión medioambiental cuente con el nombramiento de ‘responsables sindicales de medioambiente’, o, en su caso, la ampliación de las competencias de las y los delegados de prevención para que abarquen funciones específicas en materia medioambiental. Estas atribuciones además llegan a conectar directamente la tecnología y su (ab)uso con la tutela medioambiental, configurando de manera específica el riesgo medioambiental derivado de la puesta en marcha de nuevas tecnologías.

Del examen de los convenios colectivos de la muestra se extrae la ausencia de cláusulas sancionadoras que hagan referencia a la materia medioambiental, lo que podría significar y provocar una escasa efectividad en el logro de los objetivos declarados, así como una limitada participación sindical en los mecanismos sancionadores que, finalmente, quedan en una remisión a la normativa medioambiental de carácter civil, penal o administrativa. Otro aspecto en el que podría haberse profundizado en la negociación colectiva es el relativo a los derechos de las personas trabajadoras ante las órdenes empresariales medioambientalmente injustas. Incentivar y promocionar la inclusión de esta cuestión entre las materias objeto de negociación colectiva representaría un avance importante, aprovechándose al respecto disposiciones como el art. 64.7.c) ET.

2. DESCONEXIÓN DIGITAL, CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, ESTRUCTURA SALARIAL, FORMACIÓN, PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y PROTECCIÓN DE DATOS

● DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DE LA PERSONA TRABAJADORA

La negociación colectiva ha atendido paulatinamente la encomienda legal, asumiendo su protagonismo y cada vez son más los convenios que incluyen una regulación del derecho a la desconexión digital. Por otro lado, las previsiones convencionales siguen resultando muy genéricas, sobre todo en los convenios sectoriales, y apegadas en general a la literalidad de la legislación pública estatal.

Anticipado lo anterior, la desconexión digital es una materia mayoritariamente incluida en la ordenación del tiempo de trabajo y descanso o en un apartado destinado a regular nuevas tecnologías y/o derechos digitales. Existen, no obstante, otras sistemáticas más extraordinarias.

Un segundo aspecto a destacar en esta aproximación general es la extensión de este régimen convencional. En términos generales más bien breve o como mucho moderada. Y, como se ha señalado, sin presentar grandes aportaciones frente al tenor legal. Cierto que un número menor de convenios colectivos sobresale tanto por arriba (en el sector financiero o del corcho, por ejemplo, si bien más frecuente en el ámbito empresarial de las tecnológicas) como por abajo.

Las cuestiones tratadas -o, mejor dicho, en muchos casos mencionadas- van, igualmente in crescendo. El tratamiento del derecho a la desconexión digital del trabajador en la negociación colectiva parte de reconocer, en la

mayoría de los convenios de la muestra, su finalidad en relación con la salvaguarda del tiempo de descanso del trabajador. En contraposición, resulta pobre su relación y tratamiento con otro aspecto fundamental, cual es la protección de la salud del mismo.

Relevante es hacer notar que los convenios analizados dejan en general sin definir si el tiempo de conexión que finalmente se produzca fuera de horas de trabajo forma parte de las horas ordinarias en una distribución irregular de la jornada, o bien de las horas extraordinarias, ni la manera en que serán compensadas. Sin duda ello guarda relación con la escasez de convenios colectivos que vinculan las medidas implementadas para garantizar la desconexión digital con las consideraciones relativas al registro horario y el cómputo de la jornada irregular que en su caso pueda preverse.

Menores son, en su número, los convenios que, acorde con su naturaleza como derecho del trabajador, prohíben sanciones, perjuicios en su promoción profesional o, aún menos -aún a pesar de ser posiblemente la cláusula más adecuada-, cualquier tipo de medida lesiva del interés del trabajador por el ejercicio de este derecho.

Desde la perspectiva subjetiva llama la atención la imprecisa identificación de la representación de los trabajadores referida en el clausulado y, siguiendo con la tónica general, la limitación de esta al rol legalmente previsto. Se sigue la criticable omisión legal de la omisión al papel de la representación especializada en materia de prevención de riesgos laborales. Más allá de lo anterior, y del papel en órganos/comisiones con competencias en esta materia, se advierten tres tipos de atribuciones a esta representación.

En primer lugar, algún convenio contempla la comunicación a la representación legal de los trabajadores de cualquier medida en relación al uso por el empleador de los dispositivos. En segundo lugar, de consulta a los representantes de los trabajadores con la debida antelación, sobre la adopción de cualquier decisión relativa a la planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías. Por último, se contempla la colaboración con la empresa en campañas de información, sensibilización y formación dirigidas a la plantilla.

También escasas son las expresiones, de todo punto necesarias a pesar de la labor de las políticas internas de la empresa al efecto, dirigidas a los colectivos particularmente afectados por la sobreexposición, como directivos o mandos intermedios con cierta responsabilidad organizativa en la empresa. Al igual a como sucede con los teletrabajadores/teletrabajadoras. Pobreza que se extiende al control horario, en el que nuevamente se constata en la negociación el particular olvido de los mandos intermedios o trabajadores con determinadas responsabilidades que hayan pactado la disponibilidad horaria en el ejercicio de su actividad profesional. Y de las fórmulas que permitirían registrar la jornada diaria en el caso del teletrabajo, limitándose a mencionar que el control horario también se llevará a cabo en estos casos.

Una política interna que recibe diversas denominaciones en los convenios (política interna, protocolo, guía de buenas prácticas o recomendaciones), que en contadas ocasiones establecen el plazo para proceder a su elaboración. Existiendo algún convenio (v.gr. convenio colectivo de la Fundación Laliga) particularmente detallado al efecto.

En contraposición, la negociación colectiva presta cierta atención al uso adecuado de estos medios por parte del trabajador. En particular de los que asumen las citadas responsabilidades. Uso adecuado que demanda una formación atendida en numerosos convenios de la muestra, tanto a nivel empresarial como sectorial, si bien usualmente siguen el tenor legal añadiendo si acaso alguna mínima precisión, como puede ser identificar -acaso innecesariamente- como destinatarios todos los niveles de la empresa o la periodicidad anual de las acciones formativas.

En relación con las concretas medidas adoptadas, y antes de abordar su contenido, merece significar, de entrada, tres reflexiones de índole general. En primer lugar, que son pocos los convenios colectivos que recogen medidas concretas. En segundo lugar, que alguno de los convenios analizados establece una graduación de las medidas significando aquellas que son mínimas.

Por último, que las medidas observadas no siempre presentan el mismo carácter. En ocasiones se tildan de meras recomendaciones o buenas prácticas, en otras presentan un carácter obligatorio.

Sentado lo anterior, y yendo a las concretas medidas, la más extendida es, salvedad hecha de situaciones excepcionales que el propio convenio apuntará, la no realización de llamadas telefónicas, envío de correos electrónicos o mensajería de cualquier tipo fuera del tiempo de trabajo. La segunda medida más extendida consiste en la limitación de las convocatorias, en particular de reuniones, pero también de convocatorias de formación, videoconferencias, presentaciones, información, etcétera, a su realización en la jornada de trabajo. En tercer lugar, es habitual en las previsiones que tratan esta materia la programación de una respuesta automática durante los periodos de ausencia incluyendo fechas en que el trabajador no se encontrará disponible, así como el correo de contacto para la reasignación del servicio. Con carácter más puntual se observan otras medidas.

Desde otro prisma, los convenios colectivos guardan con frecuencia un completo silencio en cuanto a la posibilidad de que la empresa asuma un papel más dinámico de seguimiento y supervisión del tiempo de descanso para poder controlar si efectivamente son interrumpidos o no.

Tampoco se contemplan las consecuencias de la remisión arbitraria de comunicaciones profesionales a los trabajadores fuera del horario de trabajo o los cauces específicos para que los empleados afectados puedan denunciar y reaccionar frente a eventuales abusos de quienes ocupan posiciones de mando.

Los convenios contemplan verdaderas excepciones a esta imposibilidad de conexión, con carácter general la fuerza mayor y otras circunstancias de urgencia por su potencial peligro serio para las personas o marcha empresarial. Referencias imprecisas y falta de mecanismos de verificación de la causa y de control. Y también prevén otros supuestos que no constituyen verdaderas excepciones sino situaciones en que el trabajador, fuera de un horario ordinario, ha de estar disponible para la empresa a cambio de una retribución.

● CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, ESTRUCTURA SALARIAL Y TECNOLOGÍAS

Tanto en el caso del sistema de clasificación profesional como en el diseño del salario y su estructura, las consecuencias del cambio tecnológico aparecen larvadas, ocultas, sin que ello suponga que no existan ni que tengan escasa entidad.

En ambas instituciones es posible la utilización de instituciones clásicas del Derecho del Trabajo para realizar la transición tecnológica sin dejar apenas “rastros” de ella en el contenido convencional. Así, la polivalencia funcional o la definición amplia, extensa y con carácter enunciativo de tareas o funciones incluidas en cada grupo profesional puede permitir cambiar una concreta ocupación casi por completo o amparar la modificación funcional requerida por la concreta tecnología introducida en la empresa sin que conste expresamente tal posibilidad en el sistema clasificatorio.

También sería necesario un estudio en profundidad comparando los sistemas clasificatorios en convenios sucesivos para saber cuáles han sido los puestos o tareas creados ex novo y cuáles eliminados por obsoletos.

En todo caso, conviene apostar como vía para incorporar el impacto de la digitalización y la automatización por la creación de comisiones paritarias con competencias en la materia a semejanza de alguna cláusula ya existente o bien integradas dichas funciones en otra comisión que anticipe y prevea la transición tecnológica de forma general.

Semejante afirmación se puede realizar respecto a los salarios, bien entendido que la digitalización o automatización en una empresa o sector puede suponer la percepción tanto de determinados complementos salariales como el vinculado a la titulación, a la disponibilidad, por productividad o beneficios como ser minorado el mismo por la desaparición de tareas a realizar o el empleo de menos tiempo en su conformación.

De nuevo, y al igual que sucede respecto a la clasificación, los sujetos negociadores han de conocer y ser capaces de anticipar los cambios necesarios vinculados a la transformación tecnológica e impedir la minoración de

su percepción, su desaparición de facto por devenir obsoletos y, al tiempo, propiciar la aparición de otros capaces de impulsar el avance necesario en la concreta empresa o sector. Para ello, se precisa la debida actualización, facilitada por un seguimiento continuado y, llegado el caso, su específica negociación.

● NUEVAS TECNOLOGÍAS, FORMACIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La Cuarta Revolución Industrial ha desencadenado una gran transformación a la que difícilmente se ha logrado sustraer empresa alguna. So pena de devenir obsoleta, cada una de ellas ha de afrontar una inversión tecnológica significativa y planificar su implantación, lo que implica adaptar a ella su mano de obra. Adquiere así notable relevancia la formación del trabajador, destinada a permitir su adaptación a los renovados procesos productivos. Dado que el cambio en el paradigma acarrea también nuevos riesgos, procede aclarar que dicha formación presenta una vertiente productiva y otra preventiva.

De la vertiente productiva se ocupa la formación profesional del trabajador. Concebida por la negociación colectiva como un proceso continuo de adquisición de conocimientos, competencias y habilidades destinado a hacer frente a los cambios derivados de los procesos de innovación tecnológica, persigue mantener la competitividad de la empresa mediante la recapacitación de su mano de obra. Se configura, así, como un valor estratégico que se consagra, en particular, en la negociación colectiva sectorial, de donde se deduce su relevancia para la conservación de la propia empresa, en tanto dadora de empleo. No es de extrañar, por consiguiente, que algún convenio llegue a imponer la elaboración de un plan de formación a las grandes empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación.

A la par que valor estratégico de la empresa, la formación continua se vertebra como mecanismo tendente a garantizar la empleabilidad del asalariado, y no sólo la conservación de su puesto de trabajo. Con ello se pretende, por una parte, preparar al trabajador para un eventual cambio del contenido

funcional en su puesto de trabajo, incrementando también su polivalencia funcional. Y, por otra parte, prepararle para la eventual pérdida de su empleo. De esta forma, la negociación colectiva admite implícitamente el riesgo de destrucción de puestos de trabajo que conlleva el cambio tecnológico, aferrándose a la formación como facilitadora del tránsito hacia un nuevo empleo.

Es de advertir la apuesta de numerosos convenios por el aprovechamiento de las nuevas tecnologías en el diseño de sus programas formativos, haciéndolos más inclusivos al soslayar cualesquiera obstáculos geográfico-temporales que pudieran impedir el acceso a la oferta por parte del trabajador. Destacan, en particular, las disposiciones convencionales que diferencian diversas etapas formativas que comprenden cursos destinados a la adquisición de competencias elementales en el manejo de las nuevas tecnologías a otros de especialización.

Su vertiente preventiva atañe, como no podría ser de otro modo, a la prevención de riesgos laborales, no en vano la formación constituye parte integrante del derecho de los trabajadores a recibir una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Considerándola como uno de los pilares fundamentales de la prevención de riesgos laborales, la negociación colectiva dota de contenido al derecho a la formación en materia preventiva, atendiendo a los riesgos emergentes, tanto físicos, como psicológicos, derivados de la introducción de nuevas tecnologías en la empresa.

Llamado a conjurar estos riesgos laborales de nuevo cuño está el derecho a la desconexión digital, cuyo reconocimiento legal se halla extramuros de la LPRL. Aunque figure reconocido en el art. 88 LOPD, donde se alude expresamente a la necesidad de llevar a cabo acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, su concreción incumbe a la negociación colectiva. Es, por consiguiente, digna de censura la proliferación de disposiciones que se limitan a reproducir el tenor literal del art. 88 LOPD, en lugar de precisar las medidas formativas que, en cada empresa o sector, puedan dotarlo de efectividad.

Se acogen con satisfacción, por el contrario, las escasas disposiciones en las cuales se especifica el tipo de acciones formativas diseñadas para evitar la hiper conectividad en el trabajo, y, en particular, las destinadas a quienes ostentan funciones directivas en la empresa.

● LA PROTECCIÓN DE DATOS

En primer lugar, se debe señalar que los convenios colectivos usan el concepto de protección de datos desde una perspectiva sociológica y no jurídica. Esto es, dentro de este apartado suelen regular cuestiones relacionadas con “listas de información” de las personas trabajadoras. Cuando el concepto legal de “protección de datos” es mucho más amplio incorporando cualquier “bit” de información que se refiera a la vida de una persona, sea un documento, la voz o una fotografía, imagen, será considerada como dato personal si permite su identificación. Esto es, para la ley la protección de datos es todo, sin embargo, usar un concepto restringido en la negociación colectiva algo que por otra parte parece sensato con objeto de diferenciar materias y dejar al concepto genérico de “protección de datos” un espacio menor y más delimitado que permita distinguirlo de las negociaciones sobre videovigilancia, registro de ordenadores, GPS, monitorización de ordenadores, etc.

De esta forma, consecuencia directa de este concepto restringido es que se ha encontrado poca regulación bajo el epítome “protección de datos”. Lo que se ha encontrado ha sido, principalmente, en materia de información de vigilancia de la salud, de confidencialidad del acoso sexual y alguna regulación sobre qué información puede tener la empresa sobre las personas trabajadoras. Finalmente, lo que más se ha encontrado ha sido una mera reiteración de la normativa legal plasmada en el convenio. En esta materia no se han encontrado grandes diferencias entre la regulación sectorial y de empresa.



