

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS REFORMAS DE 2018 Y 2019*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO **Palabras Clave:** Planes de igualdad; registro horario; jubilación obligatoria; subrogación de plantilla

El cambio de Gobierno el pasado mes de mayo de 2018 ha provocado intentos de modificaciones, entre otras materias, del régimen jurídico de la negociación colectiva. No obstante, la ausencia de mayorías parlamentarias suficientes ha impedido su materialización en aspectos clave. Sin perjuicio de lo anterior, desde el pasado mes de diciembre el Gobierno ha introducido sucesivos cambios en materia laboral, vía Real Decreto-ley. Entre otras materias, las modificaciones afectan a la regulación de algunos contenidos de nuestro sistema de negociación colectiva; en concreto, han sido objeto de tratamiento aspectos relativos a la negociación colectiva de los planes de igualdad, de la posibilidad de negociar la jubilación obligatoria en convenio, la fijación convencional de los instrumentos de control horario en la empresa y la negociación de la subrogación de plantilla en el sector de la estiba. En el presente trabajo se estudian los cambios operados en la regulación de estas materias.

ABSTRACT **Key words:** Equality plans; Schedule registration; Compulsory retirement; Template subrogation

The change of government last May 2018 has provoked attempts to modify, among other matters, the legal regime of collective bargaining. However, the absence of sufficient parliamentary majorities has impeded their materialization in key aspects. Without prejudice to the foregoing, since last December the government has introduced successive changes in labor matters, via Royal Decree-law. Among other subjects, the modifications affect the regulation of certain contents of our collective bargaining system; In particular, aspects relating to the collective bargaining of equality plans have been treated, the possibility of negotiating compulsory retirement in the Convention, the conventional fixation of the timetable control instruments in the enterprise and the Negotiation of the subrogation of staff in the stevedoring sector. In this paper we study the changes operated in the regulation of these subjects.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Los Derechos Fundamentales ante las Transformaciones Laborales en la Nueva Economía” (DER2017-83488-C4-1-R).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS RECIENTES REFORMAS
3. LA RECUPERADA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SOBRE JUBILACIÓN OBLIGATORIA
4. LOS NUEVOS PLANES DE IGUALDAD
5. EL REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA
6. SUBROGACIÓN EN LA ESTIBA
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La ausencia de estabilidad que el nuevo tiempo político ha introducido en el sistema parlamentario español, que entre otras manifestaciones ha provocado la convocatoria de tres procesos de elecciones generales en los últimos cuatro años, ha facilitado el mantenimiento de los aspectos centrales del régimen jurídico que ordena las relaciones laborales en nuestro país, vigente tras las sucesivas reformas operadas en el periodo 2010-2012¹. Particular mención merece, por la relevancia del aparato crítico construido frente al texto hoy aplicable, la ordenación de las reglas que afectan a la evolución de la estructura de la negociación colectiva y a la vigencia de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo durante el proceso de renegociación.

El anuncio de la existencia de un principio de acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos CC.OO. y UGT, del que los medios de comunicación se hicieron ampliamente eco a mediados del mes de diciembre de 2018², permitía aventurar al menos una reforma parcial que afectase a los contenidos más controvertidos introducidos durante la crisis económica. La oposición de la CEOE³, la fragilidad de la mayoría parlamentaria que sustentó el Gobierno socialista, y la disolución de las Cortes Generales ha impedido avanzar en la dirección marcada en dicho acuerdo. Sin perjuicio de lo anterior, la voluntad gubernamental de proceder a una reforma profunda de los contenidos de la norma laboral por excelencia ha quedado plasmada mediante el compromiso de constituir una comisión experta, en el plazo

¹ Sobre las reformas y sus efectos en el sistema de negociación colectiva, VV.AA., “La reforma de la estructura de la negociación colectiva y su incidencia en la segmentación laboral”, en Cruz Villalón, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015; VV.AA. (Cruz Villalón, J. dir), “La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva”, MESS, Madrid, 2015; VV.AA. (Cruz Villalón, J. dir) “La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal”, MTMSS, Madrid, 2019.

² Entre otros, https://elpais.com/economia/2018/12/11/actualidad/1544532540_333658.html; <http://www.rtve.es/noticias/20181213/gobierno-sindicatos-mayoritarios-logran-preacuerdo-sin-patronal-para-derogar-partes-reforma-laboral/1852504.shtml>.

³ <https://www.elindependiente.com/economia/2018/12/13/ceoe-estalla-preacuerdo-gobierno-sindicatos-revertir-la-reforma-laboral/>.

que finaliza el 30 de junio próximo, con un encargo tremendamente ambicioso: proponer un nuevo Estatuto de los Trabajadores⁴. Los trabajos de esta comisión habrán de ser la base para una reforma integral de la norma nuclear de nuestro sistema de relaciones laborales, con la finalidad de afrontar los “retos y desafíos del siglo XXI”, entre los que expresamente se citan como problemas estructurales irresueltos: “la elevada tasa de desempleo y la alta temporalidad, la necesidad de restablecer el equilibrio en las relaciones laborales entre empresas y personas trabajadoras y las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral como consecuencia de la digitalización, la globalización, los cambios demográficos y la transición ecológica”.

Aunque no existe una referencia específica a la negociación colectiva, como tampoco a otras instituciones laborales, parece evidente que algunos de estos problemas estructurales no podrán ser afrontados eficazmente sin la consecución de cambios en las reglas que ordenan la negociación colectiva. Los resultados de los comicios que han de celebrarse el próximo día 28 de abril condicionarán sin duda el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el ejecutivo anterior, la constitución de la comisión en tiempo y forma y, en su caso, el enfoque de la agenda reformadora. Hasta entonces, el Gobierno ha procedido a realizar algunas modificaciones normativas que, por su carácter urgente y necesario, ha considerado improrrogables. En materia de negociación colectiva, vía Decreto-ley y durante los últimos meses de su mandato, han sido modificados algunos aspectos relacionados con las obligaciones y facultades que las partes negociadoras deben respetar o pueden ejercitar, en materia de jubilación forzosa⁵, planes de igualdad⁶, control de la duración de la jornada diaria de trabajo⁷ y subrogación de plantilla en el sector de la estiba⁸.

⁴ Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE de 12 de marzo).

⁵ Disposición final primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (BOE de 29 de diciembre)

⁶ Arts. 1 y 2 del Real Decreto-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE de 7 de marzo)

⁷ Art. 10 del Real Decreto-ley 8/2019, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE de 12 de marzo)

⁸ Art. 4 Real Decreto-ley 9/2019, de Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (BOE de 30 de marzo)

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS RECIENTES REFORMAS

Aunque puede entenderse que la nueva regulación responde a un mismo impulso reformador, tanto por vecindad cronológica como por paternidad, el análisis de la intrahistoria del proceso de elaboración de los distintos instrumentos normativos muestra algunos matices diferenciales que conviene poner de relieve por afectar la forma en que se construyen los conceptos necesidad y urgencia, comunes por exigencias formales a la totalidad de los cambios operados y por el papel en cada caso otorgado a los agentes sociales.

En orden cronológico, a partir de la fecha de adopción de las sucesivas normas, debe ser objeto de tratamiento el levantamiento del veto absoluto que, tras la reforma de 2012, pesaba sobre la negociación de acuerdos sobre extinción obligatoria del contrato por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (disp. adic. décima ET). La resurrección de este tipo de cláusulas se articula con el objetivo declarado de reducir la tasa de desempleo de las personas menores de treinta años, superior en diez puntos a la general. La eliminación de la prohibición legal de que los convenios colectivos puedan establecer la extinción del contrato de trabajo, una vez alcanzada la edad de jubilación obligatoria, siempre vinculada a la consecución de objetivos de política de empleo, es considerada por el ejecutivo, junto a otros, como un instrumento idóneo para impulsar el relevo generacional en el mercado de trabajo. En esta empresa, el Gobierno cuenta con el apoyo de los interlocutores sociales, quienes le instaron expresamente a promover los cambios legales “que permitan que los convenios colectivos posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, siempre que, el trabajador afectado tenga derecho a la pensión completa de jubilación, con el fin de facilitar el relevo generacional y vinculado a objetivos de políticas de empleo”⁹.

Los amplios apoyos que la lucha por la consecución de una efectiva igualdad de género ha congregado en los últimos años, visibilizado de manera nítida en las movilizaciones convocadas con motivo del día 8 de marzo, se han visto también reflejados en la acción normativa del ejecutivo en el plano laboral. La exposición de motivos del RDL 6/2019 reconoce la insignificancia de los efectos conseguidos por las medidas promocionales o de fomento contenidas en la LOIMH¹⁰, tras más de una década de vigencia. En concreto, se considera intolerable la persistencia de condiciones laborales desiguales para mujeres y hombres, realidad que se singulariza en el crecimiento registrado por la brecha salarial durante los últimos años. Aunque se afirma la necesidad de elaboración de un nuevo texto articulado integral y transversal, el RDL se limita a modificar algunos preceptos de las leyes

⁹ Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE de 18 de julio).

¹⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (BOE de 23 de marzo)

que configuran el bloque normativo laboral (ET, LGSS, LISOS, EBEP) y de la propia LOIMH. Con relación a la negociación colectiva, la reforma intensifica el deber de negociar las modalidades de ejercicio del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, mediante la concreción de los aspectos a negociar y el establecimiento de una obligación subsidiaria de negociación individualizada, que será exigible en ausencia de regulación convencional. En la misma lógica profundizadora, se reformulan las reglas relativas a los planes de igualdad, mediante la extensión del ámbito de aplicación del deber de negociar, para incluir a las medianas empresas, la creación de un registro de planes de igualdad y el incremento del protagonismo de los estudios de diagnóstico, que deberán preceder a la negociación de dichos planes, ser objeto de acuerdo con la representación de los trabajadores y mostrar una amplia panorámica de contenidos. Por último, con el objetivo de reforzar la eficacia del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres se introduce de manera expresa el concepto de “trabajo de igual valor”, en particular, en materia de negociación colectiva sobre clasificación profesional y remuneración¹¹.

La evolución de las relaciones laborales ha coadyuvado a reflejar también carencias regulatorias en otros ámbitos materiales. A juicio del Gobierno, la ausencia de una obligación legal de registrar la jornada debe ser corregida de manera necesaria y urgente. Conforme a los términos en los que se expresa la exposición de motivos del RDL 8/2019, la obligación de registrar la jornada de trabajo responde a la necesidad de garantizar, con mayor intensidad y eficacia, el respeto de los límites sobre tiempo de trabajo establecidos en la norma legal de manera imperativa (arts. 34 a 38 ET). Con ello, los mecanismos de control de la duración de la jornada diaria de trabajo adquieren una nueva dimensión, en garantía del respeto de los derechos de los trabajadores y de los límites a tales efectos establecidos en la legislación laboral. El texto recuerda que la realización de jornadas que violan, en términos cuantitativos, los límites establecidos en la norma legal o convencional contribuye a precarizar el mercado de trabajo y afecta en negativo el volumen de las cotizaciones de Seguridad Social. Con todo, la contabilidad del tiempo de trabajo, un mecanismo típico de control empresarial, se transforma en un instrumento de transparencia de la relación de trabajo, que garantiza los derechos de ambas partes, al tiempo que protege el interés general.

La respuesta normativa tiene origen en los problemas de acreditación formal de la jornada real realizada por los trabajadores, una vez que las tesis sostenidas por la Inspección de Trabajo no recibieron favorable acogida en la doctrina judicial. En concreto, el Tribunal Supremo ha declarado recientemente la inexistencia de previsión legal que obligue a los empleadores a mantener un registro diario de las jornadas efectivamente realizadas por las personas que prestan servicio en la em-

¹¹ Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (DOUE de 8 de marzo)

presa¹², excepción hecha de la previsión sobre horas extraordinarias, que establece el art. 35.5 ET, y sobre los contratados a tiempo parcial, que fija el art. 12.4.c ET. En tales circunstancias, y en la medida en que el registro de la jornada ordinaria es un presupuesto básico para el control de los excesos de jornada, la acreditación del número de horas extraordinarias realizadas, y la posibilidad de reclamar su retribución o compensación, resultan también afectadas. Constatada la insuficiencia de la regulación legal, y en ausencia de una regulación convencional suficiente que pudiera compensar esta laguna, el Tribunal Supremo señaló al legislador el camino a seguir: la introducción de los cambios normativos oportunos que obliguen al empresario a llevar un registro horario de las jornadas realizadas por todas las personas que prestan servicio en la empresa, al objeto de facilitar, entre otras cuestiones, la prueba de la realización de horas extraordinarias. La cuestión se encuentra también a la espera de pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE¹³.

El Gobierno ha considerado que la gravedad de los efectos negativos que se desprenden de la situación actual justifica una actuación inmediata que, siguiendo el camino señalado por el Tribunal Supremo, asegure que todos los centros de trabajo registren diariamente la jornada de quienes en ellos prestan servicio. En concreto, los arts. 10 y 11 RDL 8/2019, mediante la modificación de los apartados 7 y 9 del art. 34 ET y del apartado 5 del art. 7 LISOS, establecen de forma expresa y clara la obligación del empleador de llevar un registro de la jornada diaria. Desde el punto de vista subjetivo, la obligación se extiende al conjunto de los trabajadores de la empresa, sin exclusiones por razones de modalidad contractual o tipo de jornada. En cuanto al objeto de la obligación, la norma específica que el sistema debe registrar la hora de comienzo y la hora de finalización de la jornada de trabajo de cada persona. Por lo que se refiere a la obligación de publicidad, los datos deben ser conservados durante un periodo de cuatro años, periodo en el que han de permanecer a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes y de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. La transgresión de las normas y acuerdos sobre registro de jornada se considera infracción grave. Por último, aunque la obligación de llevanza de un registro de jornada ha de considerarse una norma de derecho necesario absoluto, y por tanto queda vedada toda negociación sobre la posibilidad de eludir su cumplimiento, la forma en que se “organizará y documentará” el registro ha de ser objeto de negociación o consulta con los representantes de los trabajadores. En este sentido, puede afirmarse que la obligación de establecer un registro de la jornada diaria de trabajo comprende, entre otras, el

¹² STS nº 246/2017, de 23 de marzo.

¹³ En concreto, en el asunto C-55/18 se cuestiona la adecuación de la legislación española sobre tiempo de trabajo con lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En principio, las conclusiones del Abogado General, publicadas el 31 de enero de 2019, vierten dudas sobre la regulación nacional, si bien razones de prudencia aconsejan esperar a la sentencia para valorar el alcance del pronunciamiento del TJUE.

deber de negociar con la representación de los trabajadores el procedimiento y los medios a través de los cuáles se cumplirá con el mandato legal.

Por último, el RDL 9/2019 modifica la LETT¹⁴, con el objetivo de adaptar su contenido a las profundas reformas que han afectado a la regulación de la actividad de la estiba portuaria. Entre otros aspectos, la intervención del ejecutivo pretende zanjar el debate abierto en torno a la legalidad de las previsiones de subrogación contenidas en el acuerdo de 7 de julio de 2017¹⁵. Como es conocido, el Gobierno español, mediante la aprobación del RDL 8/2017¹⁶, daba cumplimiento al fallo de la STJUE, de 11 de diciembre de 2014, (Asunto C-576/13), en virtud del cual nuestro país era condenado por vulneración del art. 49 TFUE¹⁷. A juicio del tribunal europeo, el régimen legal del servicio portuario de manipulación de mercancías imponía indebidamente una serie de obligaciones lesivas de la libertad de establecimiento de servicios. La modificación legislativa suprimió, en su mayor parte, el marco normativo que regulaba la actividad de los trabajadores del sector, al objeto de garantizar el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías. Sin perjuicio de lo anterior, y con la finalidad de facilitar la conservación de los derechos laborales preexistentes, la norma procedió a establecer un periodo transitorio de tres años. Pues bien, cuando resta un año para la conclusión de este plazo, y sometida a estudio la evolución del empleo y de la competencia en dicho ámbito, el Gobierno ha considerado que la regulación debe completarse para hacer compatible la libertad de competencia y la protección de los derechos de los trabajadores. En concreto, el art. 4 RDL 9/2019 habilita expresa y temporalmente a la negociación colectiva para acordar la subrogación obligatoria de los trabajadores en distintos supuestos. Por el contrario, la exposición de motivos del RDL 9/2019 no hace referencia al expediente sancionador abierto por la CNMC al acuerdo de subrogación en el ámbito de la estiba¹⁸. A pesar de ello, la intervención normativa ha de conectarse directamente con este último episodio, y tiene como objeto reforzar el encuadre jurídico a la actividad negociadora desarrollada en el sector.

¹⁴ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

¹⁵ Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta de modificación del IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria (BOE de 18 de julio)

¹⁶ Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), BOE 13 de mayo.

¹⁷ Cruz Villalón, J., Transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba, en *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B, Bomarzo, 2018, p. 61 ss.

¹⁸ Clausula sexta del Acuerdo de 7 de julio de 2017. Expediente CNMC S/DC/619/17.

Pues bien, la actividad normativa desarrollada en las normas referidas como hemos visto tiene por objeto completar la regulación de determinadas materias, habiéndose en cada caso manifestado la situación de necesidad de manera diversa. Tanto en el caso del registro de la jornada diaria, como en el supuesto de la subrogación en la estiba, las situaciones que demandan atención del ejecutivo español se derivan de interpretaciones judiciales, de un tribunal español en el primer caso y europeo en el segundo, que han sido precedidas o continuadas por la actividad de órganos administrativos, la ITSS en el primer caso y la CNMC en el segundo. Por su parte, en el caso de la jubilación forzosa, el ejecutivo responde a la solicitud remitida por los agentes sociales, en el sentido de derogar actuaciones legislativas precedentes. Por último, en el caso de los planes de igualdad, la actuación del Gobierno viene precedida por importantes movilizaciones y por la preocupante evolución de las brechas que separan la situación de mujeres y hombres en el ámbito del empleo y de la ocupación.

En otro orden de cosas, las reformas operadas sirven para revalorizar el protagonismo de la negociación colectiva en los distintos ámbitos objeto de tratamiento. Las nuevas normas introducen reglas de complementariedad, si bien con un desarrollo más amplio en el caso de la jubilación obligatoria y de los planes de igualdad, que en el caso del registro de la jornada. En el caso de la subrogación de plantilla en la estiba la situación es algo diferente, pues la norma tiene por objeto único apuntalar la legalidad de un acuerdo ya negociado. Por otra parte, con carácter general, las normas de reforma eluden la introducción de reglas específicas sobre preferencia aplicativa de convenios de distinto ámbito. Como excepción, en materia de planes de igualdad, destacan las reglas de articulación contenidas en los arts. 45 LOIMH y 85 ET. De un lado, se establece un deber genérico de negociar medidas de promoción de la igualdad de trato, que deberá ser respetado en la negociación de todos los convenios colectivos, independientemente de su ámbito. En segundo lugar, y solo para las empresas obligadas en razón de su tamaño a negociar planes de igualdad, se establece un sistema articulado mediante reglas de complementariedad, que otorgan al nivel empresarial el protagonismo principal. Sin perjuicio de lo anterior, las empresas pequeñas y microempresas pueden verse involucradas en la negociación de planes de igualdad por tres vías: porque así lo establezca un convenio colectivo (art. 45.3 LOIMH) o, subsidiariamente, de manera voluntaria y previa conclusión de un procedimiento de consulta con la representación legal de trabajadores (art. 45.5 LOIMH); o subsidiariamente, de manera obligatoria y previa negociación o procedimiento de consulta con la representación de trabajadores, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan (art. 45.4 LOIMH). Con relación a la negociación sobre el registro diario de jornada la perspectiva resulta algo diversa, en la medida en que el nuevo apartado 9 del art. 34 ET se refiere en primer lugar a la negociación colectiva y, subsidia-

riamente, a un procedimiento de consulta. El catálogo de fórmulas, negociales y cuasinegociables, pretende facilitar al empleador el cumplimiento de la obligación legal de establecer un registro diario de jornada, a costa de limitar la seguridad jurídica que motiva e impulsa la reforma. Por último, con relación a la subrogación de trabajadores en la estiba, las características de la materia objeto de regulación, así como la situación de transitoriedad en la que se encuentra el sector, permiten interpretar que la negociación de estas cláusulas únicamente resulta viable a nivel sectorial.

3. LA RECUPERADA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SOBRE JUBILACIÓN OBLIGATORIA

El reconocimiento del derecho a una pensión de jubilación y el cese definitivo en la actividad laboral del trabajo constituyen situaciones íntimamente vinculadas en la conciencia colectiva y en la tradición normativa. El art. 49.1.f ET señala como causa extintiva del contrato de trabajo la jubilación del trabajador, y concede a éste la facultad de dar por terminada unilateralmente la relación de trabajo con tal motivo. El acceso a la jubilación constituye para los trabajadores una opción voluntaria, en nuestro sistema legal no existe una edad que determine una suerte de incapacidad general para todo trabajo¹⁹; en la misma lógica, el reconocimiento del derecho al cobro de una pensión de jubilación se produce a solicitud del interesado, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos, edad mínima y periodo de carencia, exigidos por la normativa de seguridad social.

Por otra parte, las reglas que regulan la jubilación del trabajador deben compatibilizar la defensa de intereses en ocasiones contrapuestos, más allá de la genérica garantía de un ingreso suficiente para quienes por razón de edad deben abandonar la vida activa. De un lado, en la medida en que esta prestación constituye el pilar básico del sistema de seguridad social, las normas sobre acceso a la pensión de jubilación tienen un importante efecto sobre el equilibrio financiero del sistema, por lo que la extensión de la duración de la carrera profesional de quienes se encuentren aptos para el trabajo constituye un objetivo razonable en un contexto de incremento de la esperanza de vida; de otro lado, la retirada de la actividad profesional de estas mismas personas y su sustitución por personas más jóvenes permite la renovación de las plantillas, opción que puede producir efectos sobre los costes salariales y el desempleo juvenil; por último, siempre que se garantice la percepción de un ingreso económico no muy distante del que se percibe en activo, la retirada de la actividad profesional suele ser bien acogida por los trabajadores.

¹⁹ Posibilidad prevista en la versión original del ET, que declaró inconstitucional STC 22/1981, de 2 de julio (BOE de 20 de julio)

Por todo ello, la edad en la que los trabajadores acceden a la jubilación adquiere un importante protagonismo en el diseño de las políticas de empleo. Las altas tasas de desempleo juvenil que tradicionalmente afectan al sistema de relaciones laborales español popularizaron la introducción de cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos durante la década de los ochenta, a partir de la previsión contenida en el párrafo segundo de la disp. adic. quinta ET, en su versión original. La posibilidad de pactar “libremente edades de jubilación” vía negociación colectiva fue considerada respetuosa con el texto constitucional por la STC 58/1985, de 30 de abril, siempre que se justificase por una finalidad legítima, como la distribución o el mantenimiento del empleo, y siempre que el trabajador cesado tuviese derecho a acceder a una pensión de jubilación²⁰.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, procedió a eliminar la referencia normativa, entonces incluida en la disp. adic. décima ET. La supresión de la habilitación legal se justificó en el hecho de que a juicio del legislador aquella regulación estaba «inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales». La reforma de 2001 abrió un debate doctrinal y jurisprudencial en torno los efectos de la eliminación de la referencia normativas y, en concreto, con relación a la posibilidad de que, en ausencia de ésta, continuara siendo lícito la negociación de cláusulas de jubilación obligatoria. La cuestión fue resuelta por la jurisprudencia²¹, tras considerar que las limitaciones del derecho al trabajo, por su carácter constitucional y sin perjuicio la concurrencia de razones justificantes, precisan de una expresa habilitación legal a la negociación colectiva, que no puede entenderse incluida en el genérico reconocimiento previsto en el artículo 85 ET.

El régimen jurídico de la jubilación obligatoria fue nuevamente reformado solo cuatro años más tarde, con la aprobación de la Ley 14/2005, de 1 de julio, a petición de los agentes sociales²². La nueva regulación recuperaba la habilitación legal para negociar cláusulas de jubilación obligatoria, y explicitaba requisitos limitativos en la línea señalada por la jurisprudencia. En primer lugar, se limitaba el alcance subjetivo de la negociación, pues únicamente los trabajadores que alcanzasen la edad ordinaria de jubilación podrían ser jubilados obligatoriamente. En segundo lugar, y en el mismo sentido limitativo, entre los trabajadores anteriores, sólo se verían obligados a jubilarse los trabajadores que cumpliesen los requisitos para acceder a una pensión contributiva de jubilación. En tercer lugar, el acuerdo de jubilación obligatoria “deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabi-

²⁰ Sobre la evolución de la regulación de la materia, Cruz Villalón, J. y Gómez Gordillo, R.: “La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva”, *Temas Laborales* n° 83/2006, pp. 41 y ss.

²¹ Entre otras, SSTS de 9 de marzo de 2004 y de 6 de abril de 2004.

²² Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004.

lidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”.

Tan solo siete años más tarde, y por Ley 3/2012, de 6 de julio²³, se procede nuevamente a la eliminación de la habilitación legal para negociar, si bien en esta ocasión el legislador declara directa y expresamente la nulidad de este tipo de cláusulas, fórmula expeditiva que sin duda tiene por objeto eliminar toda posibilidad de reavivar viejas polémicas. Esta prohibición, y nuevamente a petición de los agentes sociales, ha sido levantada por el RDL 28/2018 que incorpora un texto con estructura similar al vigente hasta 2012. En concreto, se procede a habilitar a la negociación colectiva para acordar la jubilación obligatoria, se mantienen los requisitos precedentes relativos al cumplimiento de la edad legal de jubilación, al derecho a la percepción de una prestación contributiva de jubilación y a la vinculación con la política de empleo, si bien en esta ocasión los requisitos se expresan en términos más restrictivos y garantistas.

Con relación al requisito de la edad mínima, la nueva previsión hace referencia a la “edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social”, mientras que la precedente se refería a la “edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social”. Por el contrario, tanto la rúbrica de la vigente disp. adic. décima, como la letra a) de la misma, nos remiten al concepto de jubilación o pensión ordinaria, por lo que debe descartarse que el precepto haga referencia a cualquier modalidad de pensión distinta a la ordinaria.

Con todo, la modificación introducida en esta materia parece obedecer a los cambios que la normativa sobre jubilación ha experimentado durante los últimos años. Como es conocido, las reglas que ordenan el acceso a las distintas modalidades de pensión de jubilación establecen diferentes edades mínimas que funcionan como requisitos alternativos para acceder al derecho. En mi opinión, debe interpretarse que el cambio está relacionado con la dificultad de conciliar el concepto edad ordinaria de jubilación con el régimen transitorio actualmente vigente en la materia, por aplicación de lo dispuesto en la disp. trans. séptima LGSS. Como es conocido, a partir del año 2013 la edad mínima de jubilación ordinaria se hace depender de los periodos cotizados. De esta manera, para cada año incluido en el periodo transitorio se establecen dos edades ordinarias distintas. En concreto, para el año 2019 se exige haber cumplido 65 años, para quienes hayan cotizado al menos 36 años y 6 meses; y un periodo superior, 65 años y 8 meses, para quienes hayan cotizado 35 años o más sin alcanzar dicha cuantía. En dicho marco, el concepto edad legal de jubilación debe entenderse referido a ambos parámetros, lo que en la práctica significa que las cláusulas de los convenios colectivos deberán prever las dos posibles situaciones, condicionando la extinción del contrato de trabajo

²³ Apartado dos de la Disp. Final Cuarta, Ley 3/2012, de 6 de julio.

al cumplimiento de edades alternativas, en función de los periodos cotizados por cada trabajador.

En segundo lugar, como novedad relevante, el trabajador cuya relación se extingue debe cumplir los requisitos para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. A diferencia de la regulación anterior, que como se recordará exigía solo que el trabajador tuviese derecho a la pensión contributiva de jubilación, el nuevo texto garantiza a los trabajadores un cierto grado de indemnidad económica, siendo consideradas contrarias a derecho aquellas cláusulas que en un futuro pudiesen determinar la extinción del contrato de trabajo superado el periodo mínimo de carencia, con la consiguiente reducción de la prestación económica (art. 205.1.b. y 210.1 LGSS). Dicho lo anterior, la previsión legal garantiza que el trabajador alcance el cien por ciento de la cuantía de la base reguladora, si bien nada impide que se le prive de la posibilidad de incrementar dicho porcentaje (art. 210.2 LGSS). Sin lugar a dudas, la previsión legal pone coto a la posibilidad de que por esta vía se infrinja un perjuicio económico de cierta relevancia al trabajador, que se verá prolongado en tanto goce del derecho a la pensión. Por otra parte, conviene también tener presente que en tales situaciones el sistema de seguridad social se veía obligado a incrementar el gasto vía complementos de mínimos. Por último, la literalidad de la norma parece rechazar también la posibilidad de que las empresas asuman la compensación económica que en cada caso corresponda, corriendo con el coste correspondiente a la disminución de la cuantía de la pensión.

El tercero de los requisitos consiste en que la medida «deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo.». Este requisito entronca con la exigencia sustancial de política social impuesta por la jurisprudencia, que permite superar el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de las jubilaciones materializadas sin contar con el consentimiento individual de los trabajadores afectados. También con respecto a esta tercera condición, se presenta alguna novedad de calado, que tiene por objeto limitar la tipología de objetivos. Aunque se mantiene la descripción del marco general, vinculación con objetivos de empleo expresados en el propio convenio, se modifican los elementos ejemplificativos. De un lado, su unen dos menciones previstas en la norma anterior, de manera que la mejora de la estabilidad en el empleo se concreta en la transformación de contratos temporales en indefinidos. En principio, parece razonable descartar otras posibilidades de mejora en materia de estabilidad. En todo caso, de plantearse otras medidas que mejoren la estabilidad del empleo podrían encuadrarse en la cláusula general sobre mejora de la calidad que cierra la enumeración ejemplificativa. En segundo lugar, se elimina la referencia relativa al soste-

nimiento del empleo, lo que impedirá acudir a esta vía para solucionar problemas de crisis empresarial. En tercer lugar, se mantiene la referencia a la contratación de nuevos trabajadores en los mismos términos que en el texto previo a 2012. En cuarto lugar, se introduce una nueva motivación que, si bien podría considerarse incluida en la anterior, merece un reconocimiento expreso: el relevo generacional, la sustitución de trabajadores de mayor edad por trabajadores más jóvenes. En esta ocasión, parece que la inclusión posee un carácter meramente promocional, quizás porque la exposición de motivos de la norma de reforma hace referencia explícita a este objetivo como finalidad fundamental de la reforma en este punto. Por último, a modo de cláusula de cierre se mantiene la referencia a otras medidas que favorezcan la calidad del empleo. Si bien el concepto calidad en el empleo resulta de gran imprecisión, considero que la referencia a las políticas de empleo permite entender que las medidas compensatorias deben circunscribirse a aspectos estructurales de la relación de trabajo, tales como la conversión de jornadas a tiempo parcial en jornadas a tiempo completo, la transformación de contratos de trabajo temporales en indefinidos, el rejuvenecimiento de la plantilla, mediante la contratación de un número de trabajadores similar al número de extinciones, o el incremento del volumen de empleo. Una interpretación distinta podría conducirnos a aceptar la extinción de contratos de trabajo de algunos miembros de la plantilla a cambio de mejoras en materia de retribución o tiempo de trabajo para el resto. Sin perjuicio de lo anterior, y cuando la contraprestación se concrete en la renovación de la plantilla, cabe plantearse si los nuevos trabajadores han de ser contratados en similares condiciones que los trabajadores jubilados de manera obligatoria. No cabe duda que la exigencia de igualdad no puede extenderse al conjunto de las condiciones de trabajo, pero desde la perspectiva de la mejora de la calidad en el empleo resulta exigible que las nuevas contrataciones se realicen en términos similares, al menos respecto de aquellas que condicionan de manera más intensa esta variable (modalidad contractual y tipo de jornada).

Por lo que respecta al ámbito de negociación, en la medida en que la disp. adic. décima se refiere genéricamente a los convenios colectivos, y el art. 84.2 ET no hace referencia alguna a la materia, no debe plantearse ningún tipo de limitación en cuanto al ámbito sobre el que se proyecta la habilitación legal. Sin perjuicio de lo anterior, la vinculación de la jubilación obligatoria con la materialización de políticas de empleo pueda ser más complicada de articular en un convenio colectivo sectorial, lo que implica la existencia de obstáculo legal alguno para que los convenios colectivos sectoriales establezcan compromisos de jubilación forzosa a través de la negociación sectorial. Lo que parece fuera de toda duda es que estos compromisos de política de empleo, aunque fijados con carácter sectorial, deberán conectar las jubilaciones obligatorias realizadas en cada empresa con objetivos concretos que deberán verificarse en la misma empresa, no siendo suficiente con que las compensaciones se produzcan a través de totalizaciones a nivel sectorial.

Por lo que hace referencia al tipo de acuerdo, el mantenimiento de la fórmula legal utilizada en la versión anterior a 2012, debe ser interpretado en sentido limitativo, reduciendo la habilitación legal únicamente a los procesos de negociación colectiva que desemboquen en un convenio colectivo de eficacia general, con exclusión de aquellos que sólo gozan de eficacia limitada. La implementación de una política de empleo de alcance general en el seno de la empresa o empresas afectadas no podría materializarse mediante instrumentos convencionales de limitada eficacia. Por otra parte, aunque como se ha dicho el ámbito más adecuado es la empresa, la letra de la norma tampoco permite avalar interpretaciones extensivas que permiten alcanzar a los acuerdos de empresa, como instrumentos de negociación hábiles a estos efectos.

En definitiva, la negociación de jubilaciones obligatorias para los trabajadores que alcanzan la edad ordinaria de jubilación muestra una alta aceptación entre los agentes sociales como instrumento de política de empleo. Esta firme posición ha conseguido torcer la voluntad del legislador en dos ocasiones, si bien la incertidumbre política no permite realizar certeros pronósticos sobre la esperanza de vida de la habilitación legal vigente desde hace unos meses, circunstancia que cobra particular relevancia a partir de la tesis jurisprudencial que considera contraria a derecho la negociación de estas cláusulas en ausencia de previsión legal expresa. En todo caso, cada nueva versión de la disposición adicional habilitante ha limitado progresivamente el margen de actuación de los negociadores, con el objetivo de garantizar al trabajador afectado el acceso a una pensión jubilación suficiente y asegurar la eficacia de las políticas de empleo que justifican la adopción de la medida. En todo caso, la redacción vigente se erige como la más garantista en tales términos, en tanto que asegura al trabajador el acceso a una pensión de jubilación calculada tomando como base el cien por ciento de su base reguladora, y elimina la posibilidad de que las jubilaciones obligatorias se justifiquen con medidas de mantenimiento del empleo.

4. LOS NUEVOS PLANES DE IGUALDAD

El RDL 6/2019 procede a la modificación del marco normativo que ha de garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, mediante la reforma de distintas normas e instituciones. En materia de negociación colectiva los cambios tienen por objeto mejorar la eficacia de las reglas originales, al objeto de garantizar el efecto útil de la normativa sobre igualdad en el trabajo²⁴. De un lado, se amplía progresivamente el ámbito de

²⁴ Sobre la interpretación y aplicación de la versión original de la LOIMH, Escudero Rodríguez, R. Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres², RL n^o

aplicación del deber de negociar planes de igualdad, mediante la inclusión de las empresas de tamaño mediano. De otro lado, la norma procede a una delimitación más minuciosa del contenido y alcance de los estudios de diagnóstico previos (art 46.2 LOIMH), y remite a la norma reglamentaria el desarrollo de los contenidos del acuerdo (art. 46.5 LOIMH). Por último, se procede a crear un registro de planes de igualdad, en el que obligatoriamente deberán incluirse todos los acuerdos en la materia (art. 46.4 LOIMH).

La ampliación del ámbito de aplicación de la obligación de negociar y acordar planes de igualdad permite incrementar de manera notable el impacto de la norma de igualdad. De esta manera, a la finalización del periodo transitorio, que se extenderá hasta el día 7 de marzo de 2022, únicamente permanecerán al margen de la obligación legal de negociar planes de igualdad las empresas pequeñas, aquellas que generan un volumen de empleo inferior a cincuenta trabajadores²⁵. La ampliación del ámbito de aplicación se producirá de manera progresiva, otorgando un plazo superior a las empresas de menor tamaño, por ser éstas las que en buena lógica pueden encontrar mayores dificultades para cumplir con las nuevas obligaciones. En concreto, la nueva disp. trans. decimosegunda LOIMH concede un plazo de un año a las empresas con un volumen de empleo superior a ciento cincuenta personas y hasta doscientas cincuenta; este plazo se amplía hasta dos años para a las empresas con un volumen de empleo superior a cien personas y hasta ciento cincuenta; y, por último, el plazo de tres años se reserva a las empresas con un volumen de empleo igual o superior a cincuenta personas y hasta cien. En términos cuantitativos, con datos del MTMSS para enero de 2018, la reforma permitirá extender la tasa de cobertura de los planes de igualdad a un porcentaje algo superior al 56% de las personas asalariadas. Con relación a la situación previa, la reforma supone un crecimiento nada despreciable de casi diecisiete puntos en esta variable. Con todo, y sin desconocer las fórmulas convencionales, administrativas y voluntarias que desde el punto de vista teórico permiten la ampliación de la tasa de cobertura de los planes de igualdad, no puede obviarse el significativo porcentaje de personas que quedan al margen de la obligación legal, que puede cifrarse en torno al 44% de quienes prestan servicio por cuenta ajena. Es por ello que, en mi opinión, no resulte aventurado adelantar que los positivos cambios normativos en materia de negociación colectiva producirán limitados efectos sobre la reducción de las brechas de género.

9/2007, pp. 61 y ss; Cabeza Pereiro, J. "Los planes de igualdad y la negociación colectiva", *Aequalitas* nº 21/2007, pp. 35 y ss.

²⁵ En este trabajo se toman como referencia las definiciones sobre la materia contenidas en el Anexo I del Reglamento UE nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DOUE nº 187, de 26 de junio de 2014), si bien en dicha norma se contempla también el volumen de negocios de la empresa.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene recordar en este punto que las empresas pequeñas, aunque no están obligadas a negociar planes de igualdad, no pueden eludir el deber genérico de negociar y, en su caso, acordar con la representación de los trabajadores medidas dirigidas a promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres (arts. 45.1 LOIMH y 85.1 ET). En este sentido debe interpretarse también la continuidad de la posibilidad de extender la obligación de negociar planes de igualdad a las pequeñas empresas, vía convenio colectivo, estrategia que convendría generalizar en la negociación colectiva sectorial, en particular en aquellas actividades económicas en las que puedan detectarse brechas de mayor intensidad. A tales efectos, quizás resultase oportuno incorporar en los convenios sectoriales la realización de estudios de diagnóstico de situación, focalizados sobre las empresas de menor tamaño, con el objetivo de planificar posteriores actuaciones con un mayor grado de eficacia. Por otra parte, convendría incentivar desde las AA.PP. a las empresas que voluntariamente decidan negociar y aplicar planes de igualdad (art. 45.5 LOIMH).

Con relación a las medianas y grandes empresas, considero importante señalar que la reforma no ha procedido a modificar expresamente la previsión contenida en el art. 85.2 ET, situación que desde una perspectiva sistemática debe considerarse un mero olvido. Como se recordará, el art. 85.2 ET trasladó a la normativa laboral el deber de negociar planes de igualdad contenido en el art. 45.2 LOIMH. En mi opinión, la modificación de los términos cuantitativos que determinan el alcance de dicha obligación, antes a partir de doscientos cincuenta trabajadores ahora a partir de cincuenta, debiera haberse trasladado también a la norma laboral. Por el contrario, el texto del art. 85.2 ET permanece invariado, y continúa prescribiendo la articulación del alcance del deber de negociar planes de igualdad en exclusiva para las grandes empresas. No cabe interpretar que la voluntad del legislador haya sido establecer un sistema de articulación diferenciado, en función del tamaño de las empresas obligadas a negociar un plan de igualdad. Por el contrario, el sistema de complementariedad establecido en el art. 85.2 ET sirve para articular la negociación de todos los planes de igualdad, independientemente del tamaño de la empresa. De ser así, los convenios colectivos sectoriales han de establecer los “términos y condiciones” en los que se desarrollará la negociación colectiva de los planes de igualdad de ámbito empresarial. La redacción del precepto, más allá del olvido citado más arriba y de la discutible elección de la ubicación, resulta manifiestamente mejorable. La cita del principio de complementariedad permite interpretar que el convenio colectivo sectorial ha de fijar las bases o criterios generales de los planes de igualdad a negociar en el sector, mientras que al convenio de empresa le corresponde el desarrollo, la concreción y la implementación de tales reglas. Sin perjuicio de lo anterior, el precepto resulta de difícil lectura y no señala limitaciones concretas para los niveles supraempresariales. En definitiva, la norma parece ofrecer un amplio espacio regulatorio a los convenios sectoriales, que no

podrá vaciar de contenido la actividad negociadora de los ámbitos empresariales en materia de planes de igualdad. Por otra parte, conviene tener presente que el art. 46.3 LOIMH apuesta con claridad por planes de igualdad que afecten al conjunto de la empresa, si bien permite el establecimiento de acciones específicas para determinados centros de trabajo de ésta. Es por ello que debe negarse la posibilidad de negociar planes de igualdad en niveles inferiores al de empresa. Por el contrario, este afán de universalidad permitiría en mi opinión aceptar la negociación de planes de igualdad para un grupo de empresas, sin perjuicio también de que puedan acordarse medidas específicas para determinadas empresas del grupo.

Con relación a la tipología de acuerdos, el art. 85 ET no deja lugar a dudas. Los planes de igualdad han de formar parte de los convenios colectivos regulados en el Título III ET y, por ello, debe descartarse la posibilidad de materialización del deber de negociar mediante otro tipo de productos negociales. Por otra parte, la naturaleza de las materias objeto de acuerdo dificulta en gran medida la posibilidad de adoptar medidas de promoción de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres mediante productos negociales de eficacia limitada. Como excepción a la fórmula convencional, es posible la elaboración e implantación de planes de igualdad vía procedimiento de consulta en las pequeñas empresas. Esta posibilidad queda circunscrita a las empresas no sometidas al deber de negociar planes de igualdad en virtud de norma legal, convenio colectivo aplicable o decisión administrativa. En ausencia de regulación expresa y desde una interpretación analógica, debe entenderse que el procedimiento de consulta deberá desarrollarse *mutatis mutandi* en términos similares a lo establecido en el art. 41.4 ET, para los supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

En otro orden de cosas, la reforma afecta al contenido de los planes de igualdad, mediante la modificación de los apartados 2 y 5 del art. 46 LOIMH. También en esta materia parece haberse actuado con exceso de improvisación. Tras la reforma, los apartados 1 y 2 de dicho precepto duplican la labor de enumerar los contenidos de los planes de igualdad, en una reiteración de términos bastante similares, pero no idénticos. En el primer caso se hace referencia a los planes de igualdad de las empresas, mientras que en el segundo se refiere a los planes de igualdad, independientemente de su ámbito. Por otra parte, en el primer caso las medidas que contiene el plan de igualdad tienen por objeto “alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres” y “eliminar la discriminación por razón de sexo”; en el segundo, las medidas que contiene el plan de igualdad tienen por objeto “remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Considero que ambos apartados hacen referencia a un mismo concepto, por lo que la reiteración debe considerarse un error, sin que quepa apreciar diferencias reseñables en la práctica. Dicho lo anterior, conviene precisar que, en el apartado de nueva redacción, se señala que las medidas deben tener carácter evaluable, alusión que no contiene el apartado 1, y

que por ello debe considerarse la mayor innovación de la reforma en este punto. La posibilidad de evaluar la eficacia de las medidas acordadas constituye un elemento de gran importancia a la hora de determinar cuáles, entre las prácticas negociales, constituyen las mejores opciones en orden al cumplimiento de los objetivos marcados por la norma y por el plan de igualdad. A pesar de ello, también en este último caso la incorporación puede resultar superflua, porque conforme al párrafo segundo del art. 46.1 LOIMH, los planes de igualdad han de continuar fijando lo “objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”.

Lo que sí constituye una novedad es la realización de un diagnóstico negociado de situación que, por aplicación del nuevo apartado 2, debe abarcar un listado bastante completo de materias. Se trata de una lista no cerrada, puesto que puede acordarse el análisis de otros aspectos, que a modo de norma de mínimos se convertirá con bastante seguridad en un modelo de diagnóstico estándar, aunque nuevamente podría incorporar alguna reiteración innecesaria. En concreto, el diagnóstico debe examinar materias como el proceso de selección y contratación, la clasificación profesional, la formación, la promoción profesional, las condiciones de trabajo (incluida la auditoría salarial entre hombres y mujeres), ejercicio corresponsable de los derechos de vida personal, familiar y laboral, la infrarrepresentación femenina, las retribuciones, la prevención del acoso sexual y por razón de sexo. Sin perjuicio de algunas redacciones poco afortunadas, la doble referencia a la “auditoría salarial” entre las condiciones de trabajo, que contiene la letra e), y a las retribuciones, que contiene la letra h), podría haberse resuelto simplemente estableciendo la obligación de realizar una “auditoría de retribuciones”. Por otra parte, sorprende la ausencia de referencia expresa a los aspectos ligados a la prevención de riesgos laborales, materia en la que la falta de adecuación tanto de los estudios como de las medidas a las particularidades condiciones de hombres y mujeres pueden convertirse en una fuente relevante de discriminación.

En todo caso, es preciso recordar que la redacción anterior del apartado 2 del art. 46 no realizaba expresa mención al diagnóstico negociado, para entrar de lleno en las materias que podrían integrar el plan de igualdad. Con la redacción vigente tras la reforma, el esfuerzo enumerador de materias se vierte sobre el diagnóstico y no sobre el plan de igualdad. Por otra parte, si las materias listadas en la versión original podían o no formar parte del plan de igualdad, a voluntad de los negociadores, tras la reforma las materias listadas deben obligatoriamente formar parte del diagnóstico negociado. De esta forma, las empresas y los representantes legales de los trabajadores están obligados a realizar un esfuerzo de transparencia, que evidenciará las brechas que puedan existir en cada empresa. A partir de este dato, los planes de igualdad deberán incluir medidas para remover los obstáculos que impidan la eliminación de tales diferencias, ahora sí en ejercicio de la autonomía

de las partes. Pero los diagnósticos pueden servir también para poner de relieve la existencia de situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en tales casos, tanto si se toman medidas para su eliminación como si no en el plan de igualdad, la publicidad del documento puede facilitar el acceso a los tribunales de justicia.

Con relación a la elaboración del diagnóstico, aunque también en este apartado la mención contenida en el primer párrafo del art. 46.2 ofrece alguna duda, el último párrafo del mismo precepto aclara que corresponde a la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad, alusión que en mi opinión debe ser interpretada como referida a la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo, la elaboración del diagnóstico. En este sentido, debe entenderse que los resultados del examen de las materias que obligatoriamente deben ser objeto de estudio han de ser objeto de acuerdo entre las partes. En todo caso, la norma establece la obligación de la dirección de la empresa de facilitar a la Comisión Negociadora los datos necesarios para la elaboración del diagnóstico, información que ha de incluir el registro de retribuciones al que hace referencia el nuevo apartado 2 del art. 28 ET²⁶. También en este caso la mención resulta redundante, en la medida en que el propio precepto permite el acceso de la representación de los trabajadores a la información contenida en dicho registro.

En todo caso, el nuevo apartado 6 del art. 46 LOIMH encomienda al Gobierno el desarrollo reglamentario del diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad. Por esta vía, quizás se pretenda realizar un mayor esfuerzo homogeneizador del formato de los planes de igualdad, dejando en manos de los negociadores únicamente la elección de las medidas tendentes a la eliminación de las desigualdades que los informes de diagnóstico permitan poner de relieve en cada caso.

También en el mismo apartado 6, se confía al Gobierno el desarrollo del Registro de Planes de Igualdad, “en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso” que, como parte del “los Registros de convenios y acuerdos colectivos, crea el apartado 4 del art. 46 LOIMH. Si, como se ha dicho más arriba, los convenios colectivos deben incluir los planes de igualdad (art. 85.1 ET), la utilidad de un registro específico, que conllevará la exigencia de obligaciones específicas de documentación, resulta cuestionable.

Por último, las modificaciones que el RDL 6/2019 introduce en materia de clasificación profesional (art. 22.3 ET), retribuciones (art. 28.1 ET), adaptación de la jornada por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET) y nacimiento de hijo (art. 48.4 ET) obligarán a realizar un mayor esfuerzo a

²⁶ El art. 28.1 ET establece: “El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa.”

los negociadores de los convenios colectivos en materia de igualdad, al menos en lo que respecta a la eliminación de previsiones discriminatorias relacionadas con dicha materia.

5. EL REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA

En el caso del registro diario de jornada, la referencia normativa específica constituye, en cierta medida, una novedad en el panorama normativo español. La facultad de controlar el cumplimiento del horario laboral por el empresario constituye un elemento básico del poder de dirección del empleador, en orden a verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 ET en relación con lo dispuesto en el art. 5.a ET). Entre los deberes del trabajador, el estricto respeto de los horarios de trabajo ha sido siempre considerada una obligación principal en toda relación de trabajo. La falta de puntualidad es objeto de sanción y su reiteración constituye un clásico entre las causas de despido disciplinario (art. 54.2.a ET). Por consiguiente, en nuestro sistema de relaciones laborales se ha compartido de manera pacífica que el respeto de los horarios laborales es una obligación nuclear en el marco del contrato de trabajo y, por ello, la reiterada falta de observancia de esta obligación es considerada un incumplimiento contractual grave y culpable que legitima al empleador para extinguir la relación de trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, la posibilidad de acordar el diseño de los instrumentos de control mediante los que ha de materializarse la vigilancia del respeto al horario establecido, vía convenio colectivo o acuerdo de empresa, no recibía tratamiento normativo específico, si bien podía considerarse inserta en la amplia referencia contenida en el art. 85.1 ET.

La obligación de establecer un registro diario de la jornada de trabajo comprende, entre otros, el deber de negociar con la representación de los trabajadores la forma en que se “organizará y documentará” en cada empresa (art. 34.9 ET). La lectura del precepto invita a considerar bastante limitado el espacio de negociación de la materia. De un lado, es obvio que la obligación de establecer un registro constituye un mandato imperativo, sobre el que no resulta posible transacción alguna. De otro lado, el precepto hace referencia expresa a la empresa, de lo que cabe extraer una aspiración de unidad. Por consiguiente, el registro debe establecerse en dicho ámbito, recogiendo los datos de todos los centros de trabajo de la empresa, mediante un mismo sistema que permite conocer el inicio y el final de la jornada de trabajo del conjunto de las personas que prestan servicio en la empresa.

Dicho lo anterior, el contenido del acuerdo se limita a los aspectos relacionados con la organización y la documentación de este registro. Con relación a esta cuestión, debe tenerse en cuenta que la organización del registro, los medios a través de los cuales se obtendrán los datos, su tratamiento y su publicidad, en principio

quedaría condicionada por cuestiones materiales como el tipo de actividades laborales, en lugar en el que se desempeñan, la continuidad o discontinuidad de la jornada diaria, y otras cuestiones típicas en materia de tiempo de trabajo. En todo caso, las avances que las tecnologías de la información y la comunicación han sufrido, durante los últimos años, la reducción de los costes que lleva aparejada, permite suponer que las empresas tendrán a su disposición múltiples soluciones técnicas que permitan superar estos obstáculos. En mi opinión, el deber de negociar esta materia debe proyectarse sobre la garantía de los derechos de los trabajadores y, en particular, sobre aquellos que tienen carácter fundamental. La puesta en marcha de determinadas tecnologías, como hemos visto en los últimos años, puede colisionar con derechos fundamentales de la persona trabajadora, en particular con el derecho a la imagen, a la intimidad o a la protección de datos. La negociación sobre la forma en que serán obtenidos y tratados estos datos debe garantizar el respeto a dichos derechos.

Por otra parte, en garantía del efecto útil de la norma, la negociación debe también facilitar el acceso a la información sobre las jornadas realmente realizadas por los trabajadores. Esta información, tal y como establece el último párrafo del art. 34.9 ET, debe permanecer durante cuatro años a disposición de los representantes de los trabajadores y de la Inspección de Trabajo. La norma también reconoce el derecho de los trabajadores a acceder al registro, si bien en este caso parece lógico circunscribir el derecho al acceso a la información particular de cada trabajador, en cada caso, no a la referida a otros trabajadores. Pues bien, el tiempo y la forma en que se accede a tales datos, el nivel de agregación o desagregación que ofrecen y, en definitiva, el contenido concreto de la información han de ser objeto de negociación en cada caso. En todo caso, sobra decir que en estas materias la norma apuesta por un ejercicio de transparencia, que permita a las partes interesadas conocer y acreditar la duración real de la jornada de trabajo.

Por lo que respecta a los productos de la negociación, la referencia general a “la negociación colectiva y a los acuerdos de empresa” permite la materialización mediante cualquier tipo de instrumento negocial, siempre que garantice la eficacia general de lo acordado, pues como se ha dicho más arriba debe garantizarse el registro diario de la jornada de todas las personas que prestan servicio en la empresa. Por lo que hace referencia al ámbito de negociación, aunque la generalidad del precepto no impide que pueda negociarse a nivel sectorial, parece que las especiales características de la materia objeto de negociación sitúan a la empresa como nivel más adecuado a estos efectos. La dificultad de alcanzar acuerdos en el ámbito sectorial y, sobre todo, los problemas de aplicación que un hipotético acuerdo en este sentido conlleva, justifica la previsión subsidiaria que permite la organización del registro por decisión unilateral del empleador. Esta posibilidad, particularmente útil en empresas sin representación de los trabajadores, ha de ir precedida de la implementación de un periodo de consultas que, en ausencia de

mención expresa, debe entenderse que ha de discurrir de manera similar al establecido en el art. 41.4 ET.

6. SUBROGACIÓN DE PLANTILLA EN LA ESTIBA

La reforma del sector de la estiba, operada mediante RDL 8/2017, determina la desaparición de las Sociedades Anónimas de Gestión de Trabajadores Portuarios (SAGEP) o su conversión en empresas de trabajo temporal, en un plazo no superior a tres años (disp. trans. primera). Durante los primeros meses de dicho periodo, la norma concedía a las empresas estibadoras accionistas de la SAGEP la posibilidad de separarse de la misma. En paralelo, y en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de dicha norma, se crea la figura de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) cuya actividad será la contratación de trabajadores para la manipulación de mercancías y su cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación de dicho servicio portuario. La actividad de estos CPE se prestará en concurrencia con empresas de trabajo temporal.

En este contexto de profunda transformación de un sector que desde el punto de vista laboral ofrece importantes especialidades, no en vano hasta la reforma poseía una regulación específica²⁷, el Acuerdo de 7 de julio de 2017 procede a modificar el IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria, con el objetivo de introducir garantías de estabilidad en el empleo para los trabajadores que prestaban servicio en el sector. La modificación incorpora una cláusula subrogatoria (disp. adic. séptima), en virtud de la las empresas estibadoras que hagan uso de la facultad de separación individualizada de la SAGEP quedan obligadas a subrogarse en el personal de estiba portuaria que a la fecha de entrada en vigor de la reforma de 2017 integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad, en las mismas condiciones que posee en ese momento, con aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 44 ET. Igual previsión de subrogación contractual se contempla para los supuestos en que los accionistas decidan proceder a la disolución de la SAGEP, vía acuerdo de separación de la misma de la totalidad de las empresas estibadoras. Con posterioridad, y por acuerdo de 7 de marzo de 2018²⁸, se procede a modificar la disp. adic. séptima del IV Acuerdo del sector de la estiba, para incorporar un sistema de asignación de los trabajadores subrogados.

²⁷ Rodríguez Ramos, P. “El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente y futuro” TL nº 142/2018, pp. 79 y ss.

²⁸ Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial de modificación del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE 13 de marzo de 2018)

El RDL 9/2019 viene a ofrecer seguridad jurídica a estos acuerdos de subrogación, ante las dudas que han podido plantearse, en particular tras la apertura por la CNMC de un expediente. La norma habilita a las partes legitimadas a negociar en el sector para acordar estas especiales fórmulas de subrogación, previsión que se extingue a la finalización del periodo transitorio (art. 4.4). En segundo lugar, el ámbito de aplicación subjetivo de la medida queda restringido a los trabajadores que estuvieran prestando servicios a la entrada en vigor del RDL 8/2017 y que continúen haciéndolo a la fecha de entrada en vigor del RDL 9/2017 (art. 4.1). En tercer lugar, el mecanismo subrogatorio únicamente podrá acordarse en tres supuestos: cuando las empresas titulares de licencias decidan separarse de la SAGEP, cuando decidan disolverla y cuando se transforme en un CEP. Por último, la disp. adic. segunda establece un nuevo plazo, ahora de nueve meses, para la adaptación de los convenios colectivos a las exigencias derivadas de lo previsto en el art. 49 TFUE.

La necesidad y urgencia con la que han sido adoptadas las sucesivas medidas normativas sirven para poner de manifiesto las dificultades de transformación que ofrece un sector tan complejo como el que es objeto de tratamiento. En principio, considero que las soluciones transitorias que la negociación colectiva ha puesto sobre la mesa muestran la voluntad del sector de adaptarse a las exigencias derivadas de los pronunciamientos judiciales. El texto del acuerdo intenta situar en posición de igualdad a las empresas estibadoras presentes en los puertos españoles, evitando con ello afectar la libre competencia entre ellas. Por el contrario, la ausencia de este tipo de reglas podría provocar importantes distorsiones de la competencia entre empresas; de permitirse que las empresas estibadoras abandonasen la SAGEP libres de cargas laborales, quedarían situadas en una posición comercial ventajosa, por cuanto podrían iniciar libres de obligaciones laborales una nueva actividad en la estiba, mientras que las empresas que permanecieran en la SAGEP se verían obligadas a asumir el empleo que hasta ese instante asumían las empresas que proceden a separarse²⁹.

En todo caso, la necesidad y oportunidad de la previsión legal puede someterse a discusión. De un lado, las especialidades del sector dificultan la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 44 ET, en particular por lo que respecta a la consideración de los tres casos previstos en el RDL 9/2019, que delimitan el ámbito de aplicación descrito en la norma legal. En segundo lugar, la habilitación legal, expresa y temporal, para negociar la subrogación de personal en el sector permite suponer un cierto nivel de acuerdo sobre la dificultad de invocar el precepto estatutario para exigir la subrogación *ex lege* de los trabajadores del sector. En tales circunstancias, la posibilidad de que el mantenimiento de los derechos de los trabajadores sea garantizado mediante obligaciones de subrogación establecidas

²⁹ Cruz Villalón, J. “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, TL nº 147/2019.

en el convenio colectivo constituye una materia típica de negociación colectiva en muchos sectores de actividad, cuya licitud no ha sido cuestionada por los tribunales españoles y europeos. La posibilidad de que dichas prácticas puedan colisionar con las libertades económicas no ha sido objeto hasta la fecha de decisiones definitivas, mucho menos cuando se trata de situaciones transitorias, si bien es evidente que tanto las partes negociadoras como el Gobierno han preferido reforzar con una expresa previsión normativa.

Por último, y en materia de negociación colectiva, la disp. adic. segunda RDL 9/2019 contiene una previsión en virtud de la cual se produce la ampliación en nueve meses del plazo previsto en la disp. adic. primera RDL 8/2017. Deber recordarse que el segundo precepto establecía un plazo de un año para que las normas convencionales aplicables a las empresas del sector se adaptasen a la nueva regulación. Transcurrido dicho plazo, la norma declara nulas de pleno derecho las cláusulas pudieran eventualmente restringir la libertad de contratación o limitar la competencia³⁰. Con ello, se establece una suerte de excepción a lo previsto en el art. 85 ET, en virtud de la cual, y también de manera temporal, se permite a los convenios del sector mantenerse al margen de las obligaciones que se derivan de la aplicación del art. 49 TFUE. La excepcionalidad de la medida se justifica en las especiales circunstancias por las que atraviesa el sector y, con ello, su sistema de negociación colectiva. En un marco en que tanto los sujetos legitimados para negociar, en particular los empresarios, como las reglas que limitan los contenidos de los acuerdos están sometidos a un proceso de transformación radical, la eliminación por nulidad de las normas convencionales que vienen regulando las relaciones laborales en dicho ámbito produciría una tremenda distorsión de las actividades empresariales, con importantes efectos sobre los resultados empresariales y sobre los derechos de los trabajadores. Con todo, el plazo de nueve meses, que finalizará con el año 2019, se antoja un plazo excesivamente breve a los efectos de la adopción de nuevos acuerdos en el sector que permitan dar por finalizado el periodo de transición.

³⁰ Cruz Villalón, J. “Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba”, TL nº 142/2018, p. 109 y ss.