

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

Harremanak

ABERASTASUNAREN BANAKETA ZUZEN BATEN ALDE
POR UN REPARTO JUSTO DE LA RIQUEZA

41

ECONOMÍA COLABORATIVA

EKONOMIA KOLABORATIBOA

2019



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

LAN HARREMAN
ETA GIZARTE LANGINTZA
FAKULTATEA
FACULTAD
DE RELACIONES LABORALES
Y TRABAJO SOCIAL



© Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua

ISSN: 1575-7048
e-ISSN: 2444-5819

Fotocomposición / Fotokonposizioa: Ipar, S. Coop. — Bilbao

Lan

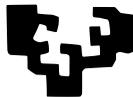
REVISTA DE RELACIONES LABORALES

Harremanak

41

ECONOMÍA COLABORATIVA
EKONOMIA KOLABORATIBOA

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

CONSEJO EDITORIAL:

Director: LUIS BELAUSTEGI IBARLUZEA,
Profesor de la Facultad de Relaciones Laborales y
Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU
(Departamento de Sociología II)

Secretario Editorial: KEPA XABIER APELLÁNIZ VALLE,
Profesor de la Facultad de Economía y Empresa
Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU
(Departamento de Sociología y Trabajo Social)

Vocal: ELIXABETE ERRANDONEA ULAZIA,
Profesora de la Facultad de Relaciones Laborales y
Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU
(Departamento de Derecho de la Empresa)

Vocal: FRANCISCO JAVIER CERRATO ALLENDE,
Profesora de la Facultad de Relaciones Laborales y
Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU
(Departamento de Psicología Social
y Metodología de las Ciencias del Comportamiento)

Vocal: AINHOA SAITUA IRIBAR,
Profesora de la Facultad de Relaciones Laborales y
Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU
(Departamento de Economía Financiera I)

Vocal: ÁNGEL ELÍAS ORTEGA,
Profesor de la Facultad de Relaciones Laborales y
Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU
(Departamento de Derecho de la Empresa)

Vocal: AMAIA INZA BARTOLOMÉ,
Profesora de la Facultad de Relaciones Laborales y
Trabajo Social (Campus de Araba) de la UPV/EHU
(Departamento de Sociología y Trabajo Social)

Vocal: EGUZKI URTEAGA OLANO,
Profesor de la Facultad de Relaciones Laborales y
Trabajo Social (Campus de Araba) de la UPV/EHU
(Departamento de Sociología y Trabajo Social)

Vocal: JON LAS HERAS CUENCA,
Profesor de la Facultad de Economía y Empresa
(Elkano) (Campus de Bizkaia)
(Departamento de Economía Industrial).

Vocal: JON BERNAT ZUBIRI REY,
Profesor de la Facultad de Relaciones Laborales y
Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU
(Departamento de Economía Aplicada I)

Secretario Administrativo: RAFAEL RUIZ SÁNCHEZ,
PAS, Facultad de Relaciones Laborales
y Trabajo Social
(Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU

ARGITALPEN BATZORDEA:

Zuzendaria: LUIS BELAUSTEGI IBARLUZEA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Soziologia II Saila)

Argitalpen idazkaria: KEPA XABIER APELLÁNIZ VALLE,
UPV/EHUko Ekonomia eta Enpresa Fakultateko
irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Soziologia eta Gizarte Langintza Saila)

Kidea: ELIXABETE ERRANDONEA ULAZIA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Enpresa Zuzenbidea Saila)

Kidea: FRANCISCO JAVIER CERRATO ALLENDE,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Gizarte Psikologia eta Portaera Zientzien
Metodologia Saila)

Kidea: AINHOA SAITUA IRIBAR, UPV/EHUko Lan
Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea
(Bizkaiko Campusa)
(Finantza Ekonomia I Saila)

Kidea: ÁNGEL ELÍAS ORTEGA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Enpresa Zuzenbidea Saila)

Kidea: AMAIA INZA BARTOLOME,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Arabako Campusa)
(Soziologia eta Gizarte Langintza Saila)

Kidea: EGUZKI URTEAGA OLANO,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Arabako Campusa)
(Soziologia eta Gizarte Langintza Saila)

Kidea: JON LAS HERAS CUENCA,
UPV/EHUko Ekonomia eta Enpresa Fakultateko
irakaslea (Elkano) (Bizkaiko Campusa)
(Industri Ekonomia)

Kidea: JON BERNAT ZUBIRI REY
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa)
(Ekonomia Aplikatua I Saila)

Administrazio Idazkaria: RAFAEL RUIZ SÁNCHEZ,
AZP, UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte
Langintza Fakultatea (Bizkaiko Campusa)

CONSEJO ASESOR:

JAVIER ALONSO SANTOS, Coordinador del Precio del Consejo de Relaciones Laborales

JON BILBAO, Director de Relaciones Laborales de CONFEBASK

CRISTINA CARRASCO, profesora titular de Teoría Económica de la Universidad Autónoma de Barcelona

LUIS CASTELLS, catedrático de Historia Contemporánea de la UPV/EHU

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MARCELA ESPINOSA PIKE, Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad de la UPV/EHU

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, presidente de Aedipe Norte

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPV/EHU

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, Diputada foral del Departamento de Empleo, Inserción Social e Igualdad, Diputación Foral de Bizkaia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, profesor titular de Dirección de Personal de la UPV/EHU

JOSÉ LUIS MONEREO, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

CARLOS PRIETO, codirector de la revista *Sociología del Trabajo* y Profesor Titular de Sociología de la UCM

ALBERT RECIO, profesor titular de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Barcelona

JAVIER RODRÍGUEZ ALBUQUERQUE, director de Ingaralde, organismo autónomo local para el desarrollo de Barakaldo

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Responsable de Comunicación de la Agrupación de Sociedades Laborales de Euskadi (ASLE)

NEKANE SAN MIGUEL, Magistrada de la Audiencia Provincial de Bizkaia

AHOLKULARITZA:

JAVIER ALONSO SANTOS, Lan Harremanen Kontseiluko Precoren Koordinatzailea

JON BILBAO, CONFEBASKeko Lan Harremanen Zuzendaria

CRISTINA CARRASCO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Teoriako irakasle titularra

LUIS CASTELLS, UPV/EHUko Historia Garaikideko katedraduna

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, Euskal Herriko Justizia Auzitegi Nagusiko Lan Arloko Magistratua

MARCELA ESPINOSA PIKE, UPV/EHUko Finantza Ekonomia eta Kontabilitateko irakasle titularra

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, Aedipe Norteko lehendakaria

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, UPV/EHUko Lana eta Gizarte-Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, Enplegua, Gizarteratzea eta Berdintasuna Sustatzeko Saileko foru diputatua, Bizkaia Foru Aldundia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, UPV/EHUko Langile Zuzendaritzako irakasle titularra

JOSÉ LUIS MONEREO, Granadako Unibertsitateko Lana eta Gizarte-Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna

CARLOS PRIETO, *Sociología del Trabajo* aldizkarioko zuzendarikidea eta UCMeko Soziologiako irakasle titularra

ALBERT RECIO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Aplikatuko irakasle titularra

JAVIER RODRÍGUEZ ALBUQUERQUE, Barakaldoko garapenerako erakunde autonomo lokala den *Ingaraldeko* zuzendaria

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Euskadiko Lan Elkarleen Taldeko Komunikazio Arduraduna

NEKANE SAN MIGUEL, Bizkaiko Probintzia Auzitegiako Magistratua

IMANOL ZUBERO, profesor titular
de Sociología de la UPV/EHU

JOSÉ MARÍA ZUFIAUR, profesor
de la Universidad Carlos III de Madrid

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, profesor
de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo
Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU

IMANOL ZUBERO, UPV/EHUko
Soziologiako irakasle titularra

JOSÉ MARÍA ZUFIAUR, Madrilgo
Carlos III Unibertsitateko irakaslea

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHUko
Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko
irakaslea (Bizkaiko Campusa)

AURKIBIDEA / ÍNDICE

Presentación / Aurkezpena , por Luis Belaustegi	9
Presentación de la Sección Monográfica sobre economía colaborativa / Ekonomia kolaboratiboari buruzko Atal Monografikoaren aurkezpena , por Elisabet Errandonea Ulazia	13
Sección monográfica / Atal monografikoa	
<i>Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista</i> Adrian Todolí Signes	17
<i>La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales</i> Josune López Rodríguez	42
<i>La colaboración público-privada en el fomento de la economía colaborativa en el ámbito local: una alternativa a la economía informal que trae causa de la falsa economía colaborativa</i> Francisco Javier Arrieta Idiakez.	63
<i>De la subcontratación laboral a la economía colaborativa: vicisitudes en sus po- sibles mecanismos de control internacional</i> Andrea De Vicente Arias	87
<i>Alcance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)</i> Ainhoa Fernández García de la Yedra	105
<i>Reflexiones sobre la economía colaborativa y el capitalismo de las emociones: nuevos retos en el análisis del conflicto Capital-Vida</i> Irati Mogollón García.	141

Sección Abierta / Atal Irekia

<i>Las secciones sindicales en la negociación colectiva: convenios colectivos erga omnes y control sindical</i>	
Héctor Mata Diestro	165
<i>Representación legal de los trabajadores en la empresa y disfunciones derivadas de un modelo pluralista en este ámbito</i>	
Patricia Nieto Rojas	188
<i>El papel de la negociación colectiva como herramienta de reforzamiento de las representaciones sindicales más allá de la empresa</i>	
Ricardo Esteban Legarreta	215
<i>Gerencialismo a la vasca: un análisis del discurso de la «Nueva Cultura De Empresa»</i>	
Carlos J. Fernández Rodríguez	231
<i>La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos</i>	
Itxasne Abasolo Barandika	260
<i>¿Un cambio de paradigma en la construcción? Un estudio en Aragón sobre el organismo paritario del sector y la cualificación de la mano de obra como motores de la transformación</i>	
Vicente Pedro Lafuente Pastor	298

PRESENTACIÓN

Con este número 41 *LAN HARREMANAK* — *Revista de Relaciones Laborales*, avanza un paso más en la dirección de un aumento progresivo de su calidad, y es así porque todos los artículos que la lectora o lector pueden leer en este número, como siempre de forma libre y gratuita, han sido evaluados por dos, y en ocasiones tres, evaluadores externos a la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social, mediante el sistema «doble ciego». Queremos dejar constancia de nuestro agradecimiento a las veintiséis académicas y académicos de distintas Universidades sin cuyo concurso la *peer review* no hubiera sido posible. En adelante todos los artículos publicados tendrán el visto bueno de, al menos, dos académicas o académicos de reconocida trayectoria en la temática tratada.

Habrà más novedades de tipo organizativo en próximos números pero, en lo que respecta a la presentación del actual, hemos querido dar protagonismo a la reflexión crítica sobre la denominada *economía colaborativa*, a la que ha sido dedicada la Sección Monográfica y que da nombre al número. El trabajo de edición de esta sección ha corrido a cargo de la profesora Elisabet Errandonea y del profesor Jon Bernat Zubiri. Más abajo la profesora Errandonea nos detallará la configuración y los aportes que integran esa sección.

En esta ocasión, la Sección Abierta consta, a su vez, de dos tipos de aportes: de un lado, tres artículos de marcado carácter jurídico procedentes de ponencias presentadas en el *IV Encuentro de Profesionales del Asesoramiento Laboral y Social*, que este año ha tenido por lema «La representación de trabajadoras y secciones sindicales en la negociación colectiva y la huelga». En primer lugar, Héctor Mata Diestro escribe sobre la necesidad de impulsar el control sindical de las empresas mediante la negociación colectiva y las secciones sindicales en un artículo titulado *Las secciones sindicales en la negociación colectiva: convenios colectivos erga omnes y control sindical*. La académica Patricia Nieto Rojas aborda el controvertido encaje entre las capacidades negociadores de la representación unitaria y las de la puramente sindical, en su *Representación legal de los trabaja-*

dores en la empresa y disfunciones derivadas de un modelo pluralista en este ámbito. Por último, el profesor Ricardo Esteban Legarreta se centrará en el nivel de sección sindical supraempresarial a partir del estudio de varios convenios colectivos de ámbito estatal, en el texto titulado *El papel de la negociación colectiva como herramienta de reforzamiento de las representaciones sindicales más allá de la empresa.*

Otros tres aportes de temática menos homogénea entre sí, pero igualmente interesantes, contribuyen a completar la Sección Abierta. El profesor Carlos Jesús Fernández Rodríguez analiza el discurso empresarial contemporáneo, desvelando críticamente los rasgos neoliberales de la «gestión cultural» que despliega, también para el caso vasco, en el artículo *Gerencialismo a la vasca: un análisis del discurso de la «nueva cultura de empresa»*. Itxasne Abasolo reflexiona sobre la gestación subrogada utilizando argumentos jurídicos y éticos, sobre todo en relación al riesgo de mercantilización de las mujeres gestantes, en el texto que tiene por título *La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos*. Por último, en *¿Un cambio de paradigma en la construcción? Un estudio en Aragón sobre el organismo paritario del sector y la cualificación de la mano de obra como motores de la transformación*, el profesor Vicente Pedro Lafuente Pastor ha estudiado el caso del mercado de trabajo en el sector de la construcción en Aragón, fijándose sobre todo en sus déficits de profesionales formados y cualificados, para subsanar los cuales propone otorgar un papel protagonista a la fundación paritaria del sector.

A continuación, la profesora Errandonea introducirá los interesantes aportes que conforman la Sección Monográfica en este número 41 de LAN HARREMANAK — *Revista de Relaciones Laborales* que, esperamos, sea de su agrado.

Luis Belaustegi Ibarluzea

Director

AURKEZPENA

41. zenbaki honekin LAN HARREMANAK aldizkariak aurrerapauso bat nahi du eman kalitate areago baten bidean, eta horrela da irakurleak irakur dezakeen, beti bezala modu aske eta doakoan, zenbaki honetako artikuluko guztiek gure Fakultatez kanpoko ebaluatzaile bi edo hiruren oniritzia izan dutelako. Horretarako «itsu bikoitza» deritzon sistema erabili dugu. Gure eskerrak eman nahi dizkegu beste Unibertsitatea eta Fakultateko hogeitasei kideei, euren laguntza gabe gauzatu dugun *peer review* hau ezinezkoa izan zitekeen eta. Aurrerantzean, argitaratuko ditugun artikuluko guztiek izango dute gaien jaioak diren, behintzat, bi akademikoren oniritzia.

Antolaketa berrikuntza gehiago izango da datozen zenbakietan, baina aurrean dugun honetan protagonismoa eman nahi izan diogu *ekonomia kolaboratiboari*, eta gai horri zuzendu diogu Atal Monografikoa, zenbakiari izena ematen diolarik. Edizio lana Elisabet Errandonea eta Jon Bernat Zubiri irakasleen ardurapean izan da; geroago Errandonea irakasleak azalduko digu zertan den eta nola dagoen hornituta atal hori.

Aukera honetan Atal Irekia bi motatako ekarpenez dago osatuta: alde batetik izaera oso juridikodun hiru artikuluko ditugu, ponentzia bezala aurkeztu zirenak aurtengo *Lan eta Gizarte aholkularitzarako profesionalen IV. Topaketan*, «Langile eta sindikatu atalen ordezkariak negoziazio kolektiboan eta greban» goiburupean. Hasteko, Hector Mata Diestrok idazten du enpresen kontrol sindikala indartzearen beharrari buruz, horretarako negoziazio kolektiboa eta atal sindikalak erabiliz, *Las secciones sindicales en la negociación colectiva: convenios colectivos erga omnes y control sindical* artikuluan. Bere aldetik, Patricia Nieto Rojasek ordezkariak unitario, alde batetik, eta soilki sindikalaren, bestetik, ahalmen negoziatzaileen arteko auziari buruz idazten du bere *Representación legal de los trabajadores en la empresa y disfunciones derivadas de un modelo pluralista en este ámbito* testuan. Azkenik, Ricardo Esteban Legarreta irakasleak zuzentzen dio bere *El papel de la negociación colectiva como herramienta de reforzamiento de las*

representaciones sindicales más allá de la empresa enpresatik goragoko atal sindikalen gaiari, estatu mailako hitzarmen kolektibo batzuk oinarri bezala hartuta.

Beste hiru ekarpen heterogeneo baina oso interesgarri batzuk osatzen dute ere Atal Irekia. Carlos Jesus Fernandez Rodriguez irakasleak egungo enpresa diskurtsoa ikertzen du, modu kritikoan argituz diskurtso horrek dauzkan osagai eta erreminta neoliberalak «enpresa kultura» etxekotu bat zabaltzeko, baita euskal enpresen esparruan ere, *Gerencialismo a la vasca: un análisis del discurso de la «nueva cultura de empresa»* artikuluan. Hurrengo ekarpenean Itxasne Abasolok ernaldi subrogatuari buruz idazten du *La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos*en, oinarri bezala argudio juridiko eta etikoak erabiliz eta, gehien bat, azpimarratuz ernalduta dauden emakumeen merkantilizazio arriskua. Azkenik, Vicente Pedro Lafuente Pastor irakasleak *¿Un cambio de paradigma en la construcción? Un estudio en Aragón sobre el organismo paritario del sector y la cualificación de la mano de obra como motores de la transformación* artikuluan, Aragoiko eraikuntza lan merkatuaren kasua ikertzen du, gehien bat atentzia emanez egungo profesional kualifikatu eta hezituen gabeziari eta, irtenbide bezala, sektoreko fundazio paritarioari rol protagonista ematea proposatzen du.

Ondoren, Errandonea irakasleak emango digu Atal Monografikoa osatzen duten ekarpen interesgarrien berri, LAN HARREMANAK aldizkariaren 41. zenbaki honetan. Nire aldetik zuen gustukoa izango delakoan, agurtzea besterik ez.

Luis Belaustegi Ibarluzea

Zuzendaria

PRESENTACIÓN DE LA SECCIÓN MONOGRÁFICA SOBRE ECONOMÍA COLABORATIVA

El término *economía colaborativa* abarca novedosos fenómenos de distinta índole que ganan incidencia en nuestra realidad. Estos fenómenos están planteando cuestiones complejas que merecen ser estudiadas con detenimiento desde diversos puntos de vista como puede ser el derecho, la economía y la sociología, entre otros.

Numerosas plataformas digitales copan cada vez más los mercados locales e internacionales, creando nuevos servicios o respondiendo de forma novedosa a actividades anteriormente realizadas en el seno de las empresas. Entender el terreno de juego laboral y empresarial en el que se desenvuelven estas actividades requiere de una reconceptualización de los marcos analíticos utilizados, dada la difusa relación contractual, el falso carácter autónomo o la escasa libre competencia que se establece, entre otras consecuencias, con la irrupción de estas plataformas de servicios, que requieren de una respuesta desde la investigación en ciencias sociales.

Algunas de estas formas de economía colaborativa han dado lugar a demandas judiciales y a sentencias relacionadas con las formas de trabajo que se producen en las mismas. Nuevas formas de explotación de los trabajadores han sido denunciadas en empresas creadas en torno a esta economía colaborativa.

Los conductores de Uber o los *riders* de Deliveroo y Glovo han sido las dos más sonadas en conflictos recientes, pero cada vez es más extensa la capacidad de estas plataformas de «poner la vida a trabajar» o «mercantilizar lo doméstico» para abaratar costes, tal y como hace de forma cada vez más compleja Airbnb.

Asimismo, estas nuevas realidades plantean otras cuestiones a estudiar como son la subcontratación, la relación público-privada, la prevención de riesgos la-

borales, el poder clientelar de los consumidores, la nueva contractualización mediante las «altas» que efectúan libremente los trabajadores, en otras muchas.

La economía colaborativa está planteando también nuevos retos a estudiar en torno a las normativas establecidas y la regulación de la competencia que afecta a las mismas y a cuáles serían las vías adecuadas para abordar dicha cuestión. Algunas ciudades y comunidades autónomas ya han planteado restricciones a la actividad de las plataformas, y es menester una reflexión política en el área del derecho mercantil sobre las posibilidades existentes, los marcos normativos a modificar y las implicaciones que tendrían las medidas propuestas.

Por todo ello hemos considerado de gran interés dedicar un número de nuestra revista a esta cuestión. Así, publicamos en este número varios artículos que abordan la cuestión de la economía colaborativa desde varios puntos de vista. En primer lugar, desde el derecho del trabajo Adrián Todolí escribe un artículo titulado *Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista*. A continuación, Josune López aborda la cuestión de la prevención de riesgos laborales en su artículo *La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales*. Por su parte, Javier Arrieta aborda en su artículo *La colaboración público-privada en el fomento de la economía colaborativa en el ámbito local: una alternativa a la economía informal que trae causa de la falsa economía colaborativa*. Andrea de Vicente dedica un artículo a la cuestión *De la subcontratación laboral a la economía colaborativa: vicisitudes en sus posibles mecanismos de control internacional*.

Desde el punto de vista del Derecho Mercantil contamos con la aportación de Ainhoa Fernández sobre *Alcance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)*, y, por último, desde el punto de vista de la sociología contamos con la aportación de Irati Mogollón en materia de *Reflexiones sobre la economía colaborativa y el capitalismo de las emociones: nuevos retos en el análisis del conflicto Capital-Vida*.

Elisabet Errandonea Ulazia

Editora

Leioa, 27 de junio de 2019

Ekonomia Kolaboratiboari Buruzko Atal Monografikoaren Aurkezpena

Ekonomia kolaboratibo izenarekin gure gizartean sortu diren mota ezberdinetako fenomeno berriak izendatzen dira. Fenomeno hauek erronka konplexu berriak sortarazten ari dira eta merezi du fenomeno hauek ikuspegi ezberdinetatik aztertzea. Esaterako: zuzenbidea, ekonomia, soziologia edo beste batzuk.

Hainbat plataforma digital sortu dira tokiko eta nazioarteko merkatuetan zerbitzu berriak eskaintzen dituztenak edo, baita ere, lehenago enpresa barruan egiten ziren jardueri era berrian erantzuten dietenak. Jarduera hauen joko zelai laborala eta enpresariala ulertu ahal izateko, orain arteko kontzeptuen berritze bat beharrezkoa da, lan harremana lausotu egiten baita, autonomo izaera faltsuak sortzen baitira edo lehia aske urria ezartzen delako, besteak beste. Horregatik zerbitzu plataforma berri hauekin batera gizarte zientzien ikerketa beharrezkoa da hainbat galderei erantzuna emateko.

Ekonomia kolaboratibo honen baitan sortutako lan harremanen arazo batzuk auzitegiatar iritsi dira dagoeneko eta epaiak ere badira. Langileen esplotazio era berriak salatu dira ekonomia kolaboratibo honen inguruan sortutako enpresetan.

Uberreko gidariak edo *Deliveroo* eta *Glovoko* *riders*enak izan dira gatazka ezagunenak, baina gero eta handiagoa da plataforma hauek duten gaitasuna «bitzita lanean jartzeko» edo «etxekoa merkataritzaren mesedetan jartzeko», kostuak merketzeko heleguruarekin. Hala gertatzen da gero eta modu konplexuagoan *Airbnb*-rekin, adibidez.

Era berean, errealitate berri hauek ikertu beharreko beste galdera batzuk sortzen dituzte azpikontratazioaren inguruan, harreman publiko-pribatuen inguruan, lan arriskuen prebentzioaren inguruan, kontsumitzaileek duten boterearen

inguruan, edo langileek modu askean egiten dituzten «alten» bidezko kontraktualizazioan, besteak beste.

Era berean, ekonomia kolaboratiboak ikertu beharreko erronka berriak jarri dizkio indarrean dagoen araudiari. Adibidez zein izango liratekeen gai berri hauek arautzeko bide egokiak. Hiri eta Autonomia Erkidego batzuk hasi dira plataforma hauen jarduerari mugak jartzen. Beharrezkoa da hausnarketa politiko bat egitea merkararitza zuzenbidearen arloan dauden aukerei buruz, aldatu behar diren araubideei buruz eta proposatutako neurriek izango luketen ondorioei buruz.

Horregatik guztiagatik, egokitzat jo dugu gure aldizkariaren zenbaki honetan gai honi heltzea. Honela, zenbaki honek jasotzen dituen artikuluetan ekonomia kolaboratiboa ikuspuntu desberdinetatik lantzen da. Lehenengo, lan zuzenbidearen ikuspuntutik. Honela Adrián Todolí-k «*Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista*» artikulua idatzi du; Josune López-ek «*La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales*»; Javier Arrietak «*La colaboración público-privada en el fomento de la economía colaborativa en el ámbito local: una alternativa a la economía informal que trae causa de la falsa economía colaborativa*» eta Andrea de Vicentek «*De la subcontratación laboral a la economía colaborativa: vicisitudes en sus posibles mecanismos de control internacional*».

Bestalde, Merkatal zuzenbidearen ikuspuntutik, Ainhoa Fernández-ek «*Alcance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)*», artikulua idatzi du. Eta azkenik, soziologiaren ikuspuntutik, Irati Mogollón-ek «*Reflexiones sobre la economía colaborativa y el capitalismo de las emociones: nuevos retos en el análisis del conflicto Capital-Vida*» artikulua.

Elisabet Errandonea Ulazia

Editorea

Leioa, 2019ko ekainaren 27a

PLATAFORMAS DIGITALES Y CONCEPTO DE TRABAJADOR: UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN FINALISTA

*Digital Platforms and the concept of worker:
Personal work relationship as a concept for workers*

ADRIAN TODOLÍ SIGNES*

Universidad de Valencia

RESUMEN

Existe consenso en la doctrina laboralista de que el concepto de trabajador debe interpretarse conforme a la realidad social del momento en el que debe ser aplicado. El presente trabajo analiza qué significa esta afirmación en el momento actual de expansión de las plataformas digitales y del trabajo autónomo en general. Para ello, se analizan i) las propuestas existentes en la doctrina comparada de ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo; ii) los fines propios del Derecho del trabajo; iii) las últimas interpretaciones del Tribunal Supremo del concepto de trabajador. En base a este análisis, se realiza una propuesta de interpretación finalista del concepto de trabajador que permita incluir a todos aquellos que prestan servicios sin ser genuinamente una empresa.

Palabras clave: Concepto de trabajador, ámbito subjetivo de aplicación del estatuto de los trabajadores, subordinación, dependencia, ajenidad, interpretación finalista del concepto de trabajador.

ABSTRACT

There is consensus in the labor law doctrine that the concept of worker must be interpreted according to the social reality of the moment in which it should be applied. The present work analyzes what this affirmation means in the current moment of expansion of digital platforms and autonomous work in general. For that, i) the existing proposals in the comparative doctrine of extension of the subjective scope of Labor Law are analyzed; ii) the aims of labor law; iii) the latest interpretations of the Supreme Court of the concept of worker. Based on this analysis, a purposive interpretation proposal is made of the concept of worker that allows to include all those who provide services without being genuinely a company.

Keywords: worker concept, Labour Law scope, subordination, control-test, finalist interpretation of the concept of worker.

* **Correspondencia a:** Adrián Todolí Signes. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo. Av. Tarongers s/n 46020-VALENCIA, España – adrian.todoli@uv.es – <https://orcid.org/0000-0001-7538-4764>

Cómo citar: Todolí Signes, Adrián. (2019). «Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista»; *Lan Harremanak*, 41, 17-41. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20880>).

Recibido: 22 mayo, 2019; aceptado: 25 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

SUMARIO

1. Las plataformas y los retos del Derecho del trabajo.—2. El creciente trabajo en plataformas: tipos de trabajos y sectores.—3. La digitalización y la desigualdad.—4. Más allá de los trabajadores de plataformas: la ampliación del ámbito subjetivo de protección del Derecho del trabajo.—5. Una interpretación finalista del concepto de trabajador laboral.—6. La labor del Tribunal Supremo en la reinterpretación del concepto de trabajador.—7. Reflexión final.—8. Bibliografía.

1. Las plataformas y los retos del Derecho del trabajo

Una de las mayores innovaciones del trabajo en plataformas ha sido su capacidad de producir una nueva forma de organización del trabajo. La tecnología actual (*aplicaciones*, páginas web, *smartphones*, algoritmos, entre otros) permite nuevos modelos de negocio y de prestación de servicios que despiertan el interés de los consumidores¹.

No es la primera vez que se produce una situación similar vinculada, precisamente, a los cambios tecnológicos. Con la máquina de vapor y los telares mecanizados, las formas de producción y distribución de textiles cambiaron radicalmente. Antes de la industrialización existía una producción individualizada en los hogares de los trabajadores, de donde el empresario recogía semanalmente (o con otra periodicidad) las prendas para, a continuación, distribuir las en el mercado. Posteriormente, con las posibilidades que ofrecía la tecnología, se cambió a una producción en fábricas. En efecto, el incremento de productividad provocado por el telar mecánico hacía económicamente ineficiente continuar cosiendo individualmente vestidos por los trabajadores en sus respectivas casas. Por el contrario, era necesario realizar fuertes inversiones en la adquisición de maquinaria y aquellos que no podían costearla —quienes vivían de su trabajo— debían abandonar el trabajo doméstico para acudir a la fábrica y ofrecer su tiempo a cambio de una remuneración. En base a esta forma de prestar servicios, y con objeto de incrementar la eficiencia del proceso productivo, apareció

¹ Un reciente informe de la Comisión Europea establece tres tipos de organización la economía industrial de 1850 a 1970, la economía de la información de 1970 a 2020 y un tercer tipo llamado economía de la inteligencia artificial que empezando en los 2010 será imperante en el futuro. Esta economía de la inteligencia artificial incluye en su seno la economía de plataformas, pero también el big data, ver Goos (2019).

—con el tiempo— la cadena de montaje *fordista* y, persiguiendo la reducción de los costes de mano de obra, el *taylorismo*.

Precisamente, debido a este cambio en la forma de organizar el trabajo —del trabajo en casa a la fábrica— provocado por la necesidad del uso de la tecnología, de la cual los trabajadores no eran titulares, aparecieron los primeros conflictos sociales enfrentando a los empresarios —propietarios de la tecnología indispensable— con los trabajadores —que no la poseían—. Esta posición de privilegio del empresario permitió abusos sobre los trabajadores, quienes habían de someterse a las órdenes del titular de los medios de producción, a jornadas extenuantes marcadas por éste y a precarias condiciones de salubridad en las fábricas si querían continuar trabajando. Frente a ello, surgió el Derecho del trabajo como forma de «resolver» el conflicto entre las partes con, entre otros, los siguientes objetivos (Davidov, 2002).

- La protección de la parte débil frente abusos (desigualdad del poder de negociación)
- La dignificación del trabajo y sus condiciones (valores sociales)
- La pacificación y encauzamiento del conflicto colectivo dentro del sistema capitalista (fallos de mercado)

Así pues, el nacimiento del Derecho del trabajo es indisociable de la industrialización y de la aparición de grandes fábricas con trabajadores que realizan sus funciones bajo la estricta supervisión de los encargados. Dado el interés del legislador original de proteger a este sujeto que prestaba servicios en el marco de una organización determinada, se diseñó el concepto legal de «trabajador» para describirlo. A su vez, el sistema de protecciones (jornada máxima, salario mínimo, etc.) se creó pensando en las necesidades de estos trabajadores y los derechos laborales se limitaron a aquéllos que eran compatibles con el sistema de producción industrial, otorgando ciertas potestades de control de los trabajadores al empresario (entre otros, su horario, su jornada, instrucciones directas, etc.). En conclusión, tanto el concepto «trabajador», como su régimen jurídico, fueron pensados y adaptados a ese modelo de organización empresarial/industrial.

En este contexto, y con la legislación de inspiración industrial todavía vigente, aparece una nueva forma de organizar el trabajo, que no surge aisladamente, sino que culmina un proceso de descentralización productiva y «desverticalización» de las empresas, que proviene de los años 70. Efectivamente, la empresa integrada verticalmente ha sido remplazada por una empresa-red mucho más dinámica y adaptable a las necesidades del mercado en cada momento. Las empresas que aportan un alto valor añadido ya no desean integrar todos los elementos del proceso productivo en su matriz, sino mantener exclusivamente el núcleo del negocio para descentralizar y subcontratar en otras empresas el resto del proceso. Ello les permite adaptar su estructura de costes a la necesidad del mercado con mucha facilidad. Así, rescindir una contrata con otra empresa cuando una parte del proceso

productivo ya no resulta necesario es mucho menos costoso que escindir o extinguir parte de la empresa propia (Calvo, 2017). De esta forma, este proceso de descentralización ha creado empresas de «primera» —las que mantienen el valor productivo— y de «segunda» —servicios accesorios—, modelo al cual el Derecho del trabajo ha ido adaptándose, sin muchas modificaciones, como ha podido. Esto ha sido posible dado que la descentralización productiva aquí narrada se limitaba a cambiar la forma de organizar las empresas, pasando de una integración vertical a una coordinación entre ellas o incluso a una subordinación de unas empresas a otras, pero sin afectar al núcleo de la prestación del trabajo.

En este proceso de descentralización aparece el trabajo en plataformas como expresión última de dicha descentralización productiva. No obstante, a diferencia de las anteriores manifestaciones del fenómeno, esta vez no se afecta solamente a la forma en que las empresas se organizan y se coordinan, sino que también repercute directamente en cómo se organiza el trabajo, esto es, cómo se presta el servicio por parte del trabajador y cómo se relaciona la empresa cliente final con la persona que presta el servicio.

En este punto se plantea la cuestión de si el concepto de trabajador, o más bien el propio ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores, se adecúa a esta nueva realidad social. Tradicionalmente se ha mantenido que el concepto de trabajador es suficientemente flexible como para adaptarse a las nuevas profesiones y a las nuevas realidades económicas sin necesidad de cambios. En efecto, el concepto de trabajo subordinado lleva años acomodándose a las diferentes situaciones, sin que el hecho de que el trabajador tenga libertad para elegir cuándo realiza el trabajo —o cómo— sea relevante para su calificación jurídica. Es precisamente la elasticidad del concepto la que permitirá su adecuación a la «realidad social del tiempo» en el que ha de ser interpretado (Pérez, 1993: 39). Así pues, la pregunta que se pretende responder en este trabajo es ¿qué significa esa elasticidad aplicada actualmente? ¿Cómo se debe interpretar el concepto de trabajador —y a la vez el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores— para responder a las nuevas realidades? Para responder a esta cuestión, el trabajo se ha dividido de la siguiente manera: el apartado dos tratará de configurar una radiografía del trabajo en plataformas en nuestro país con objeto de conocer su intensidad y su alcance; el tercero tratará brevemente de justificar la necesidad de proteger a los trabajadores en plataformas debido a que pertenecen todos a un grupo de proveedores de servicios que requieren de una tecnología —la plataforma—, que no es de su propiedad, ni está bajo su control, para poder prestar sus servicios y los efectos que ello tiene. El cuarto apartado, parte de la premisa de que los trabajadores en plataformas no son los únicos afectados por la desregulación existente en materia de condiciones de trabajo para los trabajadores autónomos, por lo que se plantearán posibles soluciones más globales, entre ellas, un nuevo ámbito de aplicación de Derecho del trabajo que comprenda toda prestación personal de servicios. El quinto, analiza una interpretación finalista

del concepto de trabajador dependiente que incluya a todos aquellos prestadores personales de servicios —sean dependientes o no— que no sean genuinamente una empresa. El sexto capítulo analizará la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de concepto de trabajador para establecer una comparativa con esta doctrina (interpretación finalista del concepto de trabajador) vista en el anterior capítulo. El trabajo termina con unas conclusiones.

2. El creciente trabajo en plataformas: tipos de trabajos y sectores

Varios estudios se han llevado a cabo en los últimos años con objeto de cuantificar el empleo en plataformas. Uno de los más amplios es el realizado por la encuesta COLLEM, dirigida por Pesole (2018) y elaborada por la Comisión Europea, que ofrece datos de 14 Estados Miembro, incluyendo España, sobre el número de trabajadores de plataformas. Las estimaciones para nuestro país indican que, en promedio, un 11,6% de la población adulta española ha recurrido alguna vez a las modalidades *online* de trabajo en plataformas para obtener ingresos, prestando algún tipo de servicio. Sin embargo, menos del 10% realiza este tipo de actividad frecuentemente. Respecto a cuántos trabajadores dedican un tiempo considerable de horas (al menos 10 por semana) y obtienen una cuantía significativa de ingresos (al menos un 25% del total) a través del trabajo en plataformas, la cifra se fija en torno al 6%. Por su parte, en cuanto a los trabajadores cuya actividad económica principal es el servicio prestado en la plataforma, esto es, que, al menos, el 50% de sus ingresos proviene del trabajo en plataformas o dedican a este tipo de trabajo más de 20 horas por semana, la cifra se reduce a aproximadamente un 2% de la población adulta. Esto es, un 3,7% de la población ocupada total en España.

Las cifras absolutas revelan que el número de trabajadores en España cuya fuente principal de ingresos son sus servicios en plataformas asciende a 694.000 personas. Se trata de un número nada desdeñable de afectados por esta nueva forma de trabajar que, además, se espera que aumente exponencialmente en un periodo relativamente corto, considerando que, hace cinco años, esta forma de prestar servicios era prácticamente inexistente en nuestro país.

A mayor abundamiento, la percepción ofrecida por los medios de comunicación podría conducir a la conclusión de que nos encontramos ante un tipo de prestación de servicios que afecta únicamente a un trabajo poco cualificado (transporte, limpieza, etc...), pero nada más lejos de la realidad.

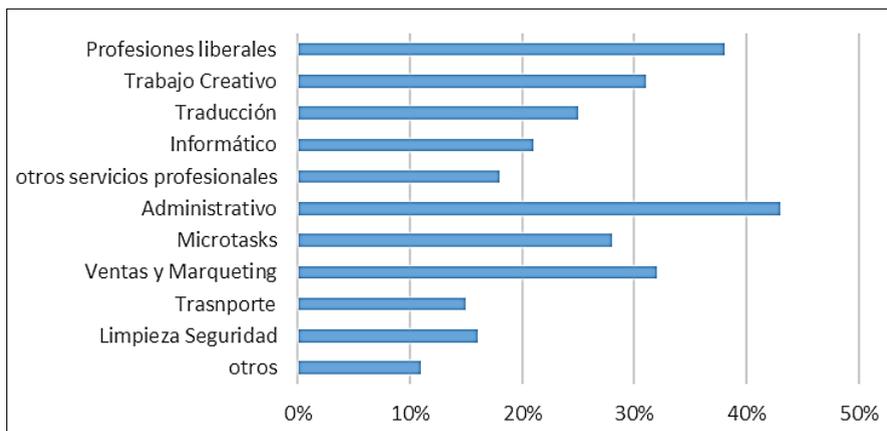
Las plataformas han modificado la forma de organizar el trabajo, y de proveer servicios transversalmente, en todo tipo de sectores y ocupaciones, entre ellos, aquéllos más cualificados. De acuerdo con la encuesta citada, la mayoría de tareas realizadas consisten en funciones administrativas, seguidas inmediatamente por profesiones liberales, como puedan ser abogados, arquitectos, ingenierías o inclu-

sos servicios médicos. En efecto, el trabajo en plataformas no se limita a ocupaciones poco cualificadas, sino que cualquier prestación de servicios individual es apta para organizarse a través de plataformas. Incluso aquellas que requieren un grupo de trabajadores para completarse pueden organizarse a través de los susodichos sistemas de plataformas, por ejemplo, segmentando el trabajo mediante algoritmos hasta individualizarlo². Así pues, en el sector servicios, pocas ocupaciones escapan a la posibilidad de ofrecerse individualmente a través de plataformas.

A su vez, estos datos nos dan una idea bastante clara de que las plataformas no crean nuevos sectores productivos ni nuevas ocupaciones, sino que esencialmente se limitan a cambiar la forma de ofrecer servicios en el mercado y de organizar el trabajo de profesiones pre-existentes. Y el anterior es hallazgo relevante, puesto que revela que con el trabajo en plataformas no se cumple la promesa *schumpeteriana* de generación de nuevos sectores productivos gracias a la tecnología creando, así, empleo. En cambio, se trata de una transformación, en la mayoría de casos, de ocupaciones y empleos ya existentes.

Tipos de trabajos y sectores.

Gráfico 1
Ocupaciones de los trabajadores en Plataformas



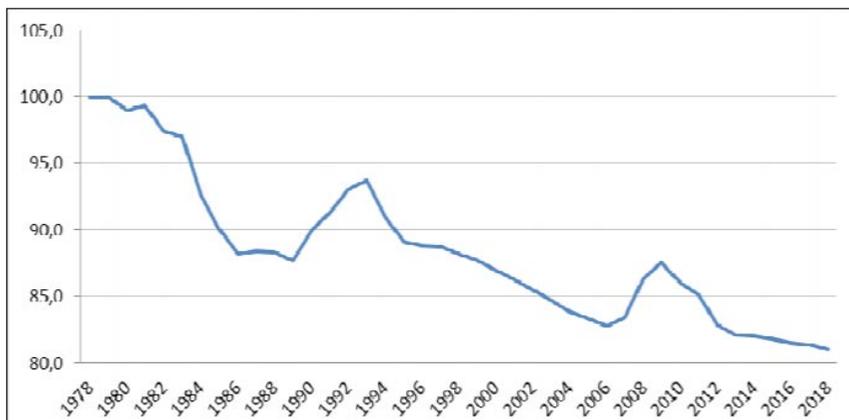
Fuente: elaboración propia a partir de Pesole *et al.* (2018: 37.38) con datos de la encuesta COLLEEM

² Por esta razón, desde la doctrina se ha considerado que nos encontramos ante un nuevo taylorismo, Marvit, M., «How Crowdworkers became the ghosts in the digital machine» (en línea), 2014, <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/> (consultado 10 de abril de 2019); Todoli Signes, A., El trabajo en la era de la economía colaborativa, Tirant, 2017.

3. La digitalización y la desigualdad

Recientemente, un informe de la Fundación BBVA (2018) alertaba de una fuerte bajada en la participación de las rentas del trabajo en la economía nacional frente a un incremento de las rentas del capital. Lo anterior se traduce en una caída de la masa salarial percibida por los trabajadores españoles. Uno de los principales factores que explica esta reducción es la digitalización. Se argumenta, desde esta teoría, que las nuevas empresas digitales requieren una menor mano de obra en comparación con las empresas tradicionales, generando, incluso, mayores beneficios con un menor número de trabajadores. En efecto, algunos autores han puesto de relieve que la suma de los ingresos obtenidos por GM, Ford y Chrysler en los años 90 es prácticamente idéntica a la declarada por Google, Apple y Facebook, requiriendo estos tres últimos nueve veces menos trabajadores que los anteriores (Tegmark, 2017: 121). Así pues, pocas dudas caben de la importancia de la tecnología en la sustitución del trabajo y como forma de acaparar la mayor parte de los ingresos creados.

Gráfico 2
Participación ajustada de las rentas del trabajo en España 1978-2018



Fuente: Comisión Europea. Base de datos AMECO.

Ello parece confirmarse no solo por la sustitución de los trabajadores por la tecnología, sino también cuando la tecnología se vuelve un instrumento central de la organización del trabajo, como es en el caso de las plataformas digitales. Así, un informe del Instituto JPMorgan Chase (2018), tras analizar los salarios de los conductores de Uber y de otras plataformas digitales del sector del transporte en 2018 y lo que estos mismos trabajadores percibían en otros empleos en 2013, concluyó que ingresaban significativamente menos en Uber que en sus

trabajos previos. Concretamente, de media obtenían al mes un 53% menos que en sus antiguos empleos fuera de la economía de plataformas. Parece, pues, y a falta de más estudios, que el trabajo en plataformas repercute negativamente en los ingresos totales de los trabajadores por su empleo.

Cabe destacar, pues, que la inclusión de la tecnología, y la necesidad de ésta para acceder al mercado disminuye el poder de negociación de aquellos que viven de su trabajo sin ser titulares de la misma —igual que sucedió con los primeros teclares—. Esta reducción del poder de negociación incrementa la subordinación del trabajador —que ha de estar a las órdenes de la empresa o perderá la oportunidad de trabajar— a la vez que estrecha la porción de los ingresos totales que se dedican a retribuir el trabajo. Ante esta perspectiva, cabe señalar dos cuestiones.

La primera, y a efectos de lo que aquí interesa, se debe poner en valor la negociación colectiva como forma tradicional de obtener un reparto más equitativo entre las rentas que se destinan al capital (beneficios) y al trabajo (salario) en una empresa o un sector. Cualquier reducción o limitación al uso de este instrumento solamente agravará la inequidad en el reparto de los ingresos obtenidos por las empresas entre los propietarios de la tecnología y los trabajadores que carecen de ella (amén de incrementar la conflictividad laboral³).

En segundo lugar, visto que los sectores afectados por el trabajo en plataformas son todos aquellos basados en la prestación de un servicio, independientemente de que éste requiera una alta o baja cualificación, y que la economía de plataformas no crea en sí misma un nuevo sector productivo, sino que modifica o transforma los preexistentes y que lo hace incrementando el poder del titular de la plataforma frente al trabajador que carece de ella, cabe la posibilidad de que profesiones liberales, que tradicionalmente funcionaban de manera autónoma y con capacidad de auto-protegerse sin necesidad de intervención del Derecho del trabajo pueden verse ahora sometidos a los mismos riesgos y a la misma —o parecida— subordinación respecto del propietario de la tecnología —y la marca⁴— que los obreros de las fábricas.

Si las predicciones se cumplen, y los consumidores incrementan la demanda de servicios —incluidas profesiones liberales— a través de las plataformas digitales, estos profesionales liberales dejarán de poder prestar servicios en sus despachos particulares —como tradicionalmente venían haciendo— sin estar integrados en una plataforma. Estas plataformas —que además tienden al monopolio

³ Un claro ejemplo es la huelga a nivel mundial de Uber el 8 de mayo de 2019 ver <https://edition.cnn.com/2019/05/09/tech/uber-driver-deal/index.html> (accedido el 13 de mayo de 2019)

⁴ La plataforma además de un medio tecnológico consistente en portales web, aplicaciones móviles, algoritmos y recolección de datos para «alimentar los algoritmos» también es una «marca» en el sentido de un elemento distintivo conocido y reconocido por los consumidores necesario para poder acceder al mercado y proveer servicios.

u oligopolio⁵— ejercerán gran poder de negociación sobre los trabajadores que presten servicios con el uso de su tecnología y marca —igual como lo hicieron los dueños de las fábricas sobre los trabajadores que necesitaban de su maquinaria para poder producir bienes—. En fin, ello puede hacer que estos profesionales, que tradicionalmente prestaban sus servicios de manera independiente, pasen a depender, de una forma u otra, del propietario de la plataforma.

4. Más allá de los trabajadores de plataformas: la ampliación del ámbito subjetivo de protección del Derecho del trabajo

El problema de la exclusión de los trabajadores del ámbito de protección del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sin duda, no es exclusivo de este nuevo modelo de negocio. Es cierto que la aplicación de la tecnología puede, incrementalmente, agravar la situación, además de poseer particularidades dignas de estudio. No obstante, sería ingenuo pensar que se está ante un problema completamente nuevo. Con la evolución del mercado de trabajo de los últimos años se ha constatado un aumento de la sustitución de mano de obra laboral por mano de obra «autónoma». De hecho, la extrema flexibilidad en la utilización de la mano de obra y la transferencia del riesgo desde la empresa hacia el prestador de servicios mediante la utilización de la figura de los autónomos se ha convertido en una realidad para una gran parte de la fuerza de trabajo que va mucho más allá de la economía de plataformas (De Stefano, 2016). Por ello, sería lógico pensar que la prestación de servicios a través de plataformas digitales es sólo parte de una tendencia general hacia la utilización del trabajo autónomo.

Por esta razón, una primera respuesta a la cuestión planteada en este trabajo pasa por ampliar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Es decir, dado que el *trabajo en plataformas* no es una cuestión aislada, sino que se enmarca en una tendencia generalizada, se podría argumentar que la solución difícilmente puede provenir del estudio particularizado de esta cuestión. Por el contrario, habría que conectar la solución a la falta de protección de los trabajadores en plataformas digitales con aquéllas planteadas para reducir los riesgos que asumen, en general, los trabajadores autónomos que actualmente tampoco quedan cubiertos por la protección del Derecho del trabajo. En definitiva, dado que el problema analizado no es radicalmente nuevo, el análisis de las soluciones doctrinales que se han planteado hasta ahora puede arrojar cierta luz.

En este sentido, las propuestas doctrinales de modernización del Derecho del trabajo elaboradas en los últimos años pasan todas, también, por ampliar del ám-

⁵ Ver al respecto conclusiones del informe realizado por el IVIE, Pérez García, (2019),

bito subjetivo de la disciplina. Ello no significa, en todos los casos, ampliar la definición de contrato de trabajo, sino, por el contrario, librar a la especialidad del anclaje del contrato de trabajo como ámbito de aplicación. En efecto, de una forma u otra, las propuestas apuestan porque el Derecho del trabajo no esté constreñido por la definición del contrato de trabajo, sino que su ámbito debería extenderse a todo el «mundo del trabajo» (Freedland y Kountouris, 2011 21). La anterior tendría, como primera consecuencia, que el trabajo personal, esté formulado bajo dependencia o independencia, seguiría sujeto a normativas protectoras.

Las posiciones doctrinales, obviamente, difieren en cómo realizar la ampliación y en el tipo de protecciones que debieran tener las relaciones personales de trabajo que entraran dentro del Derecho del trabajo, pero no dentro del contrato de trabajo.

La Comisión Europea, en un informe realizado bajo la dirección de Alain Supiot (2001), tuvo como objetivo reformular el Derecho del trabajo de tal forma que se liberara de las restricciones del trabajo subordinado bajo el contrato de trabajo. La idea central en el «informe Supiot» fue la de reconocer y concienciar sobre la existencia de un amplio rango de situaciones en las que los ciudadanos están trabajando a pesar de no encontrarse bajo un contrato de trabajo. De hecho, el informe Supiot no se limitaba a ampliar el ámbito subjetivo de la disciplina al «trabajo no subordinado», sino también al «trabajo no remunerado» (ej., cuidados dentro de la familia o tareas domésticas sin retribución). La ambiciosa propuesta configuraba un «statut professionnel» o estatuto profesional, donde se incluirían todos aquellos que prestaran servicios de mano de obra. No obstante, en dicha propuesta, este estatuto se limitaría a conceder derechos de Seguridad Social. Esto es, Supiot proponía desligar la protección de Seguridad Social de la existencia de un contrato de trabajo. Efectivamente, uno de los primeros problemas con los que se encuentran los trabajadores autónomos es su desprotección en materia de Seguridad Social respecto a sus homólogos trabajadores. Por su parte, éste es el campo donde más se avanzado en los últimos años —a pesar de seguir existiendo importantes diferencias—.

También Lyon-Caen (1990: 7-9), en su momento, propuso integrar en el Derecho del Trabajo relaciones personales de trabajo distintas al contrato de trabajo. En este sentido, propuso «un Derecho del trabajo para trabajadores distintos de los existentes en el modelo del Derecho del trabajo». A su vez, enunció qué principios legales debían ser aplicables a trabajadores distintos de los trabajadores subordinados.

Por su parte, Ewing, Hendy y Jones (2016: 35), en su *Manifesto for Labour Law* y su continuación en la reciente publicación *Rolling Out the Manifesto for Labour Law* (2018: 36), también sugieren la necesidad de ampliar la construcción nacional del ámbito de aplicación personal de los derechos laborales mediante su propuesta de definición consistente en toda persona contratada por

otra para proveer trabajo, y que no esté genuinamente dirigiendo una empresa de su propiedad, ha de considerarse trabajador⁶.

Adicionalmente, también Dockés (2017) y otros autores franceses han defendido una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo en su país.

En una línea similar, es interesante la propuesta realizada por Freedland y Kountouris (2011). Estos autores también se decantan por el abandono de la noción de subordinación como definidor del ámbito del Derecho del Trabajo. Se debe notar que estos autores no proponen la modificación del ámbito subjetivo del contrato de trabajo —que seguiría limitándose a la subordinación—, sino que su propuesta es incluir dentro del ámbito del Derecho del trabajo otras relaciones de trabajo personales, que actualmente se encuentran en el derecho privado (Freedland y Kountouris, 2011: 38).

Se parte de la idea de que actualmente se está ante un sistema binario en las prestaciones personales de trabajo; por una parte, el contrato de trabajo —regulado por el Derecho del trabajo— y, por otra, el resto de prestaciones de trabajo amparadas en el Derecho privado. Sin embargo, esta división parte de una falsa idea de que todas las prestaciones de trabajo reguladas por el Derecho civil son idénticas. Este argumento viene reforzado por el hecho de que el Derecho civil, en su regulación, no distingue entre la prestación de servicios personales y los no personales (Freedland y Kountouris, 2011: 289). En efecto, la regulación aplicable a un contrato de prestación de servicios entre una empresa y un trabajador autónomo será la misma que entre una empresa y otra empresa. Ante ello, estos autores proponen que el Derecho del trabajo amplíe su ámbito a todas las prestaciones de trabajo realizadas personalmente. Con ello, se pretende que el Derecho del trabajo deje de centrarse en el contrato de trabajo para pasar a centrarse en «la persona que trabaja» (Freedland y Kountouris, 2011: 316)⁷.

Retomando esta posición doctrinal se pronuncian Countouris y De Stefano (2019) al establecer que el Derecho del trabajo no debería verse constreñido al trabajo subordinado, puesto que todos aquéllos que «viven de su trabajo» requieren protección. Si bien estos autores en su informe no establecen el nivel de

⁶ Traducción propia.

⁷ Por su parte, esta propuesta doctrinal no propugna una equiparación en los derechos y deberes de todas «las personas que trabajan» con los derechos y deberes del contrato de trabajo, sino que habría que realizar diferenciaciones respecto al contenido obligacional según las necesidades de cada relación jurídica. En definitiva, estos autores proponen una ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo a través del establecimiento, de lo que podría llamarse, una lista de relaciones laborales especiales que no se limitarían a las relaciones laborales dependientes, sino que se incluirían las no realizadas bajo dependencia. Con ello, a modo orientativo, los autores establecen una lista de prestaciones personales de trabajo que deberían estar insertas dentro del Derecho del trabajo como, por ejemplo; las profesiones liberales, los autónomos, los consultores externos, los agentes comerciales, etc.

protección concreto, sí fijan que, al menos, deberían tener todos derecho a la libre sindicación y a la negociación colectiva (también haciendo referencia a otros derechos individuales, pero sin matizar cuáles). En efecto, se argumenta que el Derecho del Trabajo debería aplicarse a todos aquéllos que realizan trabajo personal, esto es, que son ellos mismos los que realizan el trabajo frente a aquellos otros —los que quedarían excluidos— que, bien, tienen otros trabajadores a su cargo que realizan el trabajo por ellos, bien, es un trabajo intensivo en capital o tecnología de la cual son propietarios esos trabajadores. Esto es, el Derecho del Trabajo, de acuerdo con estos autores, debería aplicarse, con independencia de si se realiza bajo instrucciones directas o no, a todos aquéllos que prestan personalmente servicios. De esta forma, solamente quedarían excluidos aquéllos que prestan servicios a través de otras personas contratadas que los desarrollan en su nombre o aquellas que no prestan servicio personalmente, puesto que son dueños de un importante capital —en forma de tecnología o activos— siendo éste esencial para realizar el servicio.

En fin, en la doctrina comparada se puede observar un empuje hacia una redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Aunque haya diferencias entre las propuestas, todas ellas tienen un fin común: ajustar la aplicación de esta disciplina a todos aquéllos que requieren protección. Para ello se parte de la hipótesis de que en la actualidad se está excluyendo del Derecho del Trabajo a muchos sujetos que, realmente, no son empresarios. Esto es, se entiende que los límites del Derecho del trabajo deben encontrarse allí dónde se halle un genuino empresario. Por el contrario, con la actual definición de subordinación como forma de atribución de derechos laborales, el efecto generado es que existan muchos sujetos que, aunque no son genuinos empresarios, quedan excluidos del Derecho del trabajo.

En otras palabras, existen trabajadores dependientes, trabajadores independientes y empresarios. Pues bien, se defiende por estos autores que, con la configuración de la normativa actual, solamente los trabajadores dependientes quedan protegidos, no estándolo los trabajadores independientes a pesar de ser sujetos que carecen de poder de negociación suficiente como para auto-protegerse. Por ello, las propuestas pasan todas por ampliar el campo del Derecho del Trabajo, extendiéndolo a las personas que trabajan —y que no son genuinamente un empresario— aunque no se encuentren estrictamente subordinadas.

Por su parte, esta ampliación puede realizarse de dos maneras, bien mediante una modificación legislativa, bien mediante una reconfiguración interpretativa del concepto de trabajo subordinado.

5. Una interpretación finalista del concepto de trabajador laboral

La idea subyacente en las propuestas presentadas hasta el momento no es otra que extender la aplicación del Derecho del Trabajo a quienes necesitan protección. Esto es, permitir que el Derecho del Trabajo satisfaga sus funciones originales. Y para ello no parece requisito indispensable un cambio normativo, sino más bien una interpretación finalista del concepto de trabajador. Como pone de relieve la situación social de muchos trabajadores actualmente clasificados como autónomos, una interpretación restrictiva de la noción de trabajador, centrada en la dependencia jurídica, excluye de su aplicación muchos trabajadores que requieren de protección. En efecto, que no exista un control directo por parte del beneficiario de una prestación de trabajo sobre el trabajador no significa que esta persona no requiera protección del Derecho del trabajo.

Por ello parece necesario realizar una interpretación teleológica del concepto de trabajador para aplicar dichas protecciones a todos aquellos que las requieran. Esto es, se pretende diferenciar un trabajador —al que se aplican las protecciones laborales— de un genuino empresario —al que no— en función de las vulnerabilidades presentes en el primero que no afectan al segundo (Davidov, 2016: 35).

La doctrina identifica tres principales razones que justifican la necesidad de la aplicación de la regulación laboral: i) fallos de mercado; ii) distribución de la riqueza; iii) desequilibrio en el poder de negociación de las partes.

En primer lugar, los fallos de mercado justifican la regulación laboral dado que el mercado laboral adolece de problemas de eficiencia que la normativa ha de solucionar. Los principales fallos que caracterizan el mercado laboral pueden resumirse de la siguiente manera (Fudge, 2006: 626): i) asimetría de la información; ii) inelasticidad en la oferta de trabajo; iii) problemas de conflicto colectivo; iv) baja inversión en el capital humano. Hyde (2006) argumenta que estos fallos de mercado afectan todas las prestaciones personales de servicio con independencia de que éstas puedan calificarse jurídicamente como subordinadas o no. Así pues, para abordar estos fallos de mercado y promover una regulación eficiente, la normativa laboral debe aplicarse a todos los trabajadores. En efecto, para combatir estos fallos es necesario que todos los trabajadores puedan organizarse y negociar colectivamente, así como tener condiciones mínimas de trabajo de carácter irrenunciable (salario mínimo, máxima jornada de trabajo, restricciones en el trabajo infantil, normativas de prevención de riesgos laborales, entre otras). En definitiva, los derechos sociales son un requisito indispensable para que funcione correctamente el mercado de trabajo (Deakin and Wilkinson 2005: 290-303), lo cual incluye a todo tipo de trabajadores sean dependientes o independientes —en tanto no sean genuinamente una empresa—.

La distribución de la riqueza y el bienestar de los trabajadores constituyen la segunda razón que justifica la legislación laboral. Prosser (2006) desarrolla la idea de

que las condiciones laborales de los trabajadores no deben ser decididas por el mercado, sino que han de ser el resultado de un proceso deliberativo democrático. Este autor defiende la existencia de una serie de valores en la sociedad que pueden desvirtuarse si las condiciones de trabajo se dejan al libre mercado y que, por ello, se justifica la existencia de regulaciones laborales. La existencia de un salario mínimo a cambio del trabajo, la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, religión, el derecho a trabajar bajo medidas de seguridad que protejan a los trabajadores, una jornada máxima y los descansos, son cuestiones que el mercado por sí mismo no asegura, mientras que sí son deseados por la ciudadanía —e incluso entendidos como derechos inherentes a la condición humana—. Por ello, parece poco razonable excluir estos valores sociales y no asegurarlos normativamente simplemente por el hecho de no ser trabajador dependiente conforme a una concreta definición.

La tercera razón fundamental, y probablemente la más ampliamente aceptada, como justificación de la existencia de protección de los trabajadores es la desigualdad del poder de negociación (Davies, 1983: 18), entendida como la falta de una autonomía real cuando se trata de aceptar las condiciones de trabajo por parte de los trabajadores (Valdés Dal-Ré, 2002: 45). En efecto, igual que los trabajadores de la fábrica no podían negociar libremente sus términos contractuales ni sus condiciones laborales, dada la diferencia de poder respecto al capitalista (dueño de la fábrica), hoy en día muchos trabajadores calificados como autónomos no pueden negociar sus condiciones de trabajo. En el caso de las plataformas digitales esta cuestión parece bastante clara dado que las condiciones las fija la plataforma, siendo iguales para todos los que prestan servicios en ella, no pudiendo ser modificadas ni negociadas individualmente —contratos de adhesión—. Esto implica que los trabajadores solamente pueden aceptar o no trabajar (Murray, 2014; Hillman and Rachlinski, 2002). Lo mismo ocurre para muchos trabajadores formalmente autónomos pero que no gozan de poder para modificar los términos del contrato con su cliente por falta de poder de negociación.

Este desequilibrio en el poder de negociación parece ser la causa de todos los riesgos a los que están sometidos los trabajadores: salarios bajos, jornadas de trabajo excesivas, *impredecibilidad* en los horarios, transferencia de los riesgos inherentes en el negocio al trabajador, riesgos para la salud, etc. Hoy en día muchos trabajadores —sean dependientes o no— trabajan sometidos a condiciones de trabajo establecidas por una empresa sin posibilidad de ser modificadas —ni siquiera negociadas— por parte del trabajador. En vista de esta situación, el contrato de trabajo se caracteriza principalmente por normas obligatorias que no pueden ser modificadas por las partes. La legislación laboral debe imponerse a las partes, ya que el desequilibrio de poder significa que no existe una libertad contractual real en el trabajador. Las leyes laborales deben imponer límites a la aceptación de ciertas condiciones de trabajo por parte de los trabajadores siempre que medie un desequilibrio en el poder de negociación —y con independencia de que exista o no dependencia jurídica—.

Al final, las tres justificaciones para la existencia del Derecho del Trabajo aquí presentadas parecen complementarias más que excluyentes. En el trabajo en plataformas, y en general en todo aquel trabajo personal que no se realiza por una empresa, existe desequilibrio de poder de negociación, fallos de mercado y necesidad de mantener ciertos valores sociales, circunstancias que justifican la aplicación del Derecho del Trabajo a esas relaciones contractuales.

Como se ha visto al principio de este artículo, la dependencia jurídica no fue originariamente —y no lo es ahora— la razón de la aparición de una gran masa de obreros que necesitaban protección. Por el contrario, fue la imposibilidad de tener en su propiedad los medios de producción relevantes. Requerir elementos productivos —activos materiales e inmateriales— de un tercero —empresario— para poder producir es lo que les hace vulnerables y los sitúa en una situación de debilidad en la negociación (desequilibrio poder de negociación). Es precisamente el hecho de que la estructura empresarial relevante no fuera de su propiedad lo que provocaba que tuvieran que cumplir las órdenes del empresario, someterse a jornadas de trabajo extenuantes, aceptar salarios por debajo del umbral de supervivencia, etc. Es decir, la jerarquía o la existencia de instrucciones por parte del empresario de obligado cumplimiento —dependencia jurídica— son un indicio de existencia de desequilibrio del poder de negociación, pero no el único.

Que actualmente exista desequilibrio de poder de negociación sin instrucciones directas no elimina la vulnerabilidad de los trabajadores, dado que esta solamente era una de las consecuencias de estar sometidos a una estructura empresarial que no le es propia. Confundir la consecuencia —dependencia jurídica— con el hecho causante de la vulnerabilidad —la falta de estructura empresarial propia y de poder de negociación— es lo que ha provocado que el derecho del trabajo deje de aplicarse a muchos sujetos que lo necesitan.

La dependencia jurídica como criterio exclusivo de aplicación del Derecho del Trabajo impide que éste cumpla con sus objetivos primigenios. La subordinación no debería ser equiparada exclusivamente con dependencia jurídica —o control del empresario—. Por el contrario, el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo debe ser interpretado en términos finalistas, esto es, como aquél que permita cumplir los objetivos de protección de quien lo necesite. Para ello se propone que el Estatuto de los Trabajadores se aplique, con independencia del nivel de control existente sobre ese trabajador, a todos aquellos que prestan servicios de forma personal en contraposición a los que prestan servicios mediante otros trabajadores o aquellos que prestan servicios mediante la propiedad de una estructura empresarial relevante. Con esta interpretación se consigue que el Estatuto de los Trabajadores se destine a todos los trabajadores que requieren protección.

Llegados a este punto se debe analizar qué significa prestar servicios de forma personal. Esta definición debe realizarse en negativo, esto es, todos aquellos

servicios que *no* se presten a través de una estructura productiva de la que se es titular —empresa— estarían incluidos en dicho ámbito. Aquí se revela la primera diferencia con la interpretación clásica, la cual entiende que solamente el trabajo dependiente y ajeno será laboral, quedando fuera del ámbito de aplicación el resto de tipos de trabajo.

Así pues, con la interpretación finalista se está más bien en la situación contraria: lo relevante será definir qué es una empresa, puesto que, si no se prestan servicios siendo empresario, se entenderá que se es trabajador asalariado. En este sentido, lo relevante, cuando se enfrenta a un caso de clasificación del contrato de trabajo, será la existencia de indicios de que el prestador de servicios es una genuina empresa pues lo contrario implicará que se está ante un trabajador laboral. Se entenderá que se está ante un genuino empresario cuando:

- La propiedad de activos materiales (infraestructuras, maquinaria, edificios...) o inmateriales (marca, datos, fondo de comercio, software específico, etc) pertenecen al prestador de servicios.
- La gestión real, y la toma de decisiones, de partes clave del negocio frente al mercado (precio, búsqueda y elección de clientes) es llevada por el prestador de servicios.
- La prestación de servicios es realizada por trabajadores contratados por el empresario.

En definitiva, esto es coherente con las anteriores manifestaciones realizadas sobre los nuevos indicios de laboralidad —ajenidad en la marca, ajenidad en los datos, la plataforma digital como medio de producción real, la fijación del precio del servicio, etc.— los cuales, tienen como objetivo buscar la diferencia entre un verdadero empresario de aquél que únicamente aporta trabajo⁸. No obstante, lo que aquí se propone es una teoría consolidada alrededor del concepto de trabajador que, a través de una interpretación finalista del concepto, permita abandonar la dependencia jurídica como criterio preponderante de la determinación de laboralidad para centrar el peso del debate en la existencia o no de una verdadera empresa: pues si el prestador de servicios no lo hace teniendo el control efectivo de una estructura empresarial relevante se entenderá que se está ante un trabajador laboral.

Además, el objetivo de esta interpretación finalista será incorporar dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores a todos los que pres-

⁸ En el fondo, todo ello tiene similitud a lo defendido anteriormente respecto a «los nuevos indicios de laboralidad», puesto que al final estos indicios nuevos no tienen otro objetivo que señalar la importancia que tiene en el siglo XXI unos elementos productivos distintos —ahora inmateriales principalmente— a los que tenían importancia en el siglo XX (maquinaria, fábrica). Y cómo la falta de propiedad de estos nuevos elementos productivos de relevancia es lo que realmente subordina al trabajador (ver Todolí Signes, 2018 y 2017).

ten servicios sin ser una verdadera empresa. Ello implica que no se está aquí defendiendo una diferenciación en los niveles de protección entre un tipo de trabajadores y otros —lo que acabaría creando de nuevo trabajadores «de primera» y «de segunda»—. Sino una unificación —mediante la interpretación finalista del concepto de trabajador— del régimen jurídico aplicable a todo tipo de trabajadores bajo el paraguas del Estatuto de los Trabajadores —o en caso de absoluta necesidad mediante una relación laboral especial que tenga como normativa subsidiaria el propio Estatuto de los trabajadores—.

6. La labor del Tribunal Supremo en la reinterpretación del concepto de trabajador

El Tribunal Supremo viene realizando, en los últimos años, una reinterpretación profunda del concepto de trabajador en nuestro país. En efecto, de forma más o menos clara, el máximo Tribunal, parece haber abandonado —o al menos reducido a la mínima expresión— la cuestión de la dependencia jurídica o el control como forma de identificar a los trabajadores.

En este sentido, en multitud de ocasiones el Tribunal Supremo ha entendido que existe contrato de trabajo aunque el trabajador tenga libertad para elegir sus propios horarios o su jornada de trabajo⁹. En el mismo sentido, también se ha entendido que puede existir laboralidad aunque no haya instrucciones por parte del empresario¹⁰. E incluso se entiende que la facultad del trabajador para rechazar trabajos encargados y asignados por el empresario no excluye automáticamente la laboralidad¹¹. No obstante, es cierto que, en otras ocasiones, el hecho de que sí existan instrucciones que el trabajador deba cumplir se ha utilizado para confirmar la laboralidad¹², llegando a considerar que la emisión ins-

⁹ STS 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014) —caso de limpiadores de escaleras—; STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) —limpiador de oficinas—; STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) —Transportistas con vehículo propio—; STS de 30 de abril de 2009 (1701/2008) —recogedor productos higiénicos—; STS de 16 de julio de 2010 (rec. 3391/2009 y 2830/2009) de 19 de julio 2010 (rec. 1623/2009 y 2233/2009) —artistas y dobladores—; STS 3 de mayo de 2005 (rec. 2606/2004) —abogados—; STS 21 de junio de 2011 (rec. 2355/2010) —subagentes de seguros—; STS de 14 de julio de 2016 (rec. 539/2015) —Agentes de Seguros—; STS DE 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) —traductores—; STS 8 de febrero de 2018 (Rec. 3205/2015) —Montadores de ascensores—.

¹⁰ STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) —limpiador de oficinas—; STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) —Transportistas con vehículo propio—; STS de 30 de abril de 2009 (1701/2008) —recogedor productos higiénicos—; STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) —Traductores—; STS 8 de febrero de 2018 (Rec. 3205/2015) —Montadores de ascensores—.

¹¹ STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) —Traductores—; STS de 16 de julio de 2010 (rec. 3391/2009 y 2830/2009) de 19 de julio 2010 (rec. 1623/2009 y 2233/2009) —artistas y dobladores—.

¹² SSTs de 10 de julio del 2000 (rec 4121/1999); 15 de octubre de 2001 (rec. 2238/2000) y 7 de octubre de 2009 rec. 4169/2008)

trucciones por parte del empresario «para una correcta ejecución del servicio» es una intromisión ilegítima en el ámbito de actuación de un empresario que se debiera considerar independiente, calificándolo por ello de laboral (STS de 24 de junio de 2015 rec. 1433/2014). Por tanto, los clásicos indicios de la dependencia como son la fijación de horarios y de instrucciones parecen servir para confirmar la laboralidad pero no para excluirla cuando se dan otros indicios. En efecto, desde hace tiempo, la doctrina defiende una flexibilización del concepto «dependiente» para entender cumplido este requisito por el hecho de estar inserto en la organización empresarial (Rodríguez-Piñero; 1966).

Respecto a la ajenidad, es de sobra conocido como el Tribunal Supremo mantiene que la propiedad de herramientas de trabajo o de medios de producción secundarios (o no relevantes) no excluyen la calificación de trabajador laboral¹³. De hecho, incluso asumir parte del riesgo¹⁴ no es impedimento para la laboralidad. Tampoco que quede acreditado que no existe exclusividad —dependencia económica—, y que quede atestiguado que realizaba trabajos para otras empresas, ha evitado que calificara el contrato como de trabajo¹⁵.

Así pues, el Tribunal Supremo está abandonando progresivamente, bajo mi punto de vista, una interpretación rígida de la dependencia y la ajenidad por la cual solamente aquéllos que cumplan cumulativamente los dos requisitos —amén de la voluntariedad, la retribución y el trabajo personal— serán trabajadores laborales, adoptando una interpretación amplia del trabajo subordinado como toda aquella prestación personal de servicios¹⁶. A su vez, parece que el concepto de prestación personal de servicios viene definido en contraposición a la prestación de servicios con una organización empresarial propia.

Por supuesto, siguen existiendo dudas interpretativas, puesto que no será siempre fácil definir qué se entiende por «organización empresarial propia». No obstante, también aquí el Tribunal Supremo, en alguna sentencia reciente, deja elementos suficientes apuntados.

¹³ STS 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014) —caso de limpiadores de escaleras—; STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009) —compra propia de elementos de limpieza—; STS 8 de febrero de 2018 (Rec. 3205/2015), STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) —propiedad de furgoneta—; 7 de octubre de 2009 rec. 4169/2008) —alquiler de oficina y pago secretaria—.

¹⁴ STS 9 de marzo de 2010 rec. 1443/2009). En este caso, se descontaban los gastos de mantenimiento de la clínica dental.

¹⁵ STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) —Transportistas con vehículo propio—; STS de 30 de abril de 2009 (1701/2008) —recogedor productos higiénicos—; STS 3 de mayo de 2005 (rec. 2606/2004) —abogado—.

¹⁶ Obviamente esta evolución no está exenta de contradicciones y pasos atrás, por ejemplo, la STS 7 de octubre de 2009 (rec. ud. 4169/2008) establece que la nota distintiva decisiva debe ser la dependencia y no la ajenidad, decantándose con ello por el criterio de la dependencia jurídica. Un criterio que en otras ocasiones descarta al afirmar que el hecho de que no existan instrucciones ni horarios y que el trabajador pueda libremente rechazar trabajos no impide la calificación de laboralidad (STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) —traductores).

Se está haciendo referencia a la STS de 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015) del caso Ofilingua —en materia de traductores—. En efecto, en esta sentencia se enjuicia un caso en el que los trabajadores —formalmente autónomos— gozan de libertad de horarios y de jornada pudiendo rechazar —sin consecuencias negativas— los encargos de la empresa, no existe formación por parte de la empresa, no se asigna ni se paga vacaciones (y ni siquiera exige la empresa que se le comunicara tales circunstancias por parte del trabajador), no hay instrucciones sobre cómo realizar el trabajo, no hay exclusividad y los trabajadores realmente realizan otras tareas —de traducción o interpretación— para otros empresarios o clientes, tampoco la empresa aporta material alguno para desarrollar su prestación de servicios, teniendo el trabajador que hacerlo si lo necesita (material de oficina, papel, bolígrafos, ordenador, teléfono, diccionario, internet, glosarios, vehículo, etc.). Pues bien, a pesar de esa falta de dependencia jurídica —mostrada claramente desde el momento en que no existen instrucciones y, además, el trabajador puede rechazar los encargos— el Tribunal Supremo entiende que existe laboralidad.

Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal se sirve de seis criterios, que ahora se pasan a exponer. No obstante, como luego se verá, pueden resumirse en dos.

- 1) En primer lugar, se entiende que existe laboralidad, dada «la adopción por parte del empresario —y no del trabajador— de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público».
- 2) En segundo lugar, la empresa es la que fija los precios o tarifas del servicio. Es decir, el precio del trabajo no es negociado con el trabajador presuntamente autónomo, sino que era un «o lo tomas o lo dejas» impuesto por el empresario.
- 3) En tercer lugar, la empresa es la que seleccionaba los clientes finales o personas a las que atender.
- 4) En cuarto lugar, el Tribunal Supremo entiende que existe laboralidad, puesto que «el cálculo de la retribución (se realiza) con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada». Esto es, la retribución está conectada con las horas de trabajo y no con otros criterios empresariales.
- 5) En retribución percibida por el trabajador se nota la ausencia «del lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones».
- 6) Por último, el Tribunal Supremo concluye que existe laboralidad puesto que el trabajador presta servicios con «inexistencia de estructura empresarial».

Como se puede apreciar, son seis criterios bien argumentados pero que no apuntan a una dependencia jurídica clásica, sino que más bien se dirigen a demostrar que estos trabajadores que prestaban servicios no eran una genuina empresa.

De esta forma, parece que efectivamente nuestro Tribunal Supremo acoge esa doctrina por la cual el ámbito del Derecho del trabajo no ha de limitarse al trabajo dependiente en sentido estricto, sino a toda prestación personal de servicios que no se haga como un genuino empresario. Es decir, partiendo de la premisa de que existe una amplia gama de tipos de prestación de servicios —trabajo dependiente, el trabajo independiente y los empresarios—, el Tribunal Supremo, con una interpretación finalista, acoge dentro del ámbito del contrato de trabajo a los dos primeros supuestos, excluyendo solamente al tercero.

De hecho, en mi opinión, aunque es cierto que el Tribunal Supremo recoge seis indicios para defender la laboralidad, estos argumentos van todos dirigidos a un objetivo: demostrar que estos trabajadores no eran una empresa real. Así, que los trabajadores no tomaran decisiones respecto al mercado y con el público, que no seleccionaran la clientela o el personal a atender, que la fijación de precios o tarifas viniera impuesta, que la retribución dependiera de las horas de trabajo, son indicios, no tanto de que el trabajo es subordinado, sino de que; i) no pueden negociar sus propias condiciones de trabajo; ii) no son una empresa, puesto que no se encargan de una de las partes más importantes de todo negocio —márquetin, conseguir clientes, mantenerlos, decidir precios, etc.—.

A mayor abundamiento, la «inexistencia de estructura empresarial» es recalcada por la propia sentencia de nuevo para concluir que eran trabajadores laborales. La falta de elementos que determinen que se está ante una verdadera empresa —como la inexistencia de áreas importantes en todo negocio, pero también la falta de una estructura de activos (materiales o inmateriales) importante— parece lo determinante. En efecto, en este caso, la necesidad de disponer de un ordenador para realizar el trabajo no es suficiente para entender que la prestación requiere alta inversión en activos realizada por quien presta el servicio¹⁷. Así pues, si la prestación de servicios requiere activos de capital económicamente relevantes, éstos pertenecen al prestador de servicios y, además, cuenta con las áreas necesarias para explotar el negocio, se le podría considerar un empresario.

Respecto al indicio de ausencia del lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o el ejercicio libre de las profesiones puede estar remitiendo a dos cuestiones. La primera podría ser respecto a que la percepción recibida en forma de salario es baja, sin embargo, no parece que tener un salario alto excluya la laboralidad —ni siquiera en casos complejos— dado que en el conocido caso del tertuliano radiofónico la retribución era muy superior a la media española y

¹⁷ Un nivel relevante de activos que sí podrían excluir la laboralidad podría ser la inversión propia en un local, maquinaria o elementos de capital necesarios para realizar la actividad (ej. un restaurante que requiere local, reformas, cocina, etc...). La propiedad de una marca relevante, un software específico valorado por el mercado, patentes, propiedad intelectual u otros activos inmateriales relevantes o incluso suficiente información o datos que asegure una diferenciación en el mercado.

se entendió que se trataba de una prestación laboral de servicios (STS 19 febrero 2014, rec. 3205/2012).

La otra posibilidad es que esté haciendo referencia a la plusvalía. Esto es, al concepto que en economía es definido como el rendimiento obtenido por el empresario derivado del aprovechamiento de la mano de obra ajena. En este sentido, a lo que podría estar aludiendo el Tribunal Supremo es que estos trabajadores percibían una retribución por su prestación personal de servicios y no por gestionar una empresa en la cual otros, contratados por un genuino empresario, prestaban el servicio.

En mi opinión, esta segunda tiene mayor lógica puesto que, si no existen trabajadores a su cargo, significa que esa persona presta todo el servicio ella misma, difícilmente constituyendo eso una verdadera empresa. Además, otros Tribunales extranjeros vienen afirmando, en este sentido, que un autónomo no solamente debe tener una retribución proveniente de algo distinto a su propia mano de obra, sino que además debe poder tener unas verdaderas perspectivas de crecimiento del negocio más allá de percibir más dinero porque trabaja más horas¹⁸.

En definitiva, y siempre con todas las cautelas, el Tribunal Supremo parece realizar una interpretación finalista del contrato de trabajo para aplicarse a todo aquel que preste servicios de manera personal, sea subordinado o no. Pocas dudas caben de que si el trabajador solamente aporta mano de obra no puede ser un empresario y, por ello, se le debe aplicar las protecciones laborales. Sin embargo, sigue existiendo la duda de qué es un genuino empresario.

Para ello, el Tribunal Supremo parece fijarse en dos características: primero, que tenga estructura empresarial haciendo referencia, de un lado, a elementos materiales (maquinaria, edificios...) o inmateriales (marca, datos, fondo de comercio, software específico, etc.) de relevancia que pertenecen al que presta el servicio¹⁹ y, de otro lado, que tenga una organización suficiente que contemple no solamente la ejecución de la prestación sino otros elementos inherentes a la gestión de un negocio (política de márketing, gestión del negocio, toma de deci-

¹⁸ Employment Tribunal UK case Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others —V— Uber Case Numbers: 2202551/2015 Comentada en <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>

¹⁹ En el fondo, todo ello tiene similitud a lo defendido anteriormente respecto a «los nuevos indicios de laboralidad» puesto que al final estos indicios nuevos no tienen otro objetivo que señalar la importancia que tiene el S. XXI unos elementos productivos distintos —ahora inmateriales principalmente— a los que tenían importancia en el S. XX (maquinaria, fábrica), ver Todolí Signes (2018). También las sentencias que declaran la laboralidad del trabajo en plataformas digitales han llegado a esta conclusión al entender que los «riders» no son verdaderos empresarios. Esto es así en la Sentencia del Juzgado de lo Social el juzgado n.º 6 de Valencia n.º 244/2018 de 1 de junio y Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid de 11 de febrero, la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Gijón n.º 61/2019, Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid en Sentencia n.º 130 de 2019 de 4 de abril. En la doctrina se puede consultar, Todolí Signes, (2018b), Sánchez Pérez, (2019)

siones relevantes, etc...)²⁰. Segundo, se entiende que será empresario aquél que tenga trabajadores a su cargo que sean los que realmente realicen el trabajo por el cual el genuino empresario recibe sus beneficios.

En fin, con esta interpretación finalista se consigue que el Derecho del Trabajo cumpla sus fines en materia de fallos de mercado, cumplir con los valores sociales y proteger a la parte débil del contrato que carece de poder de negociación para tener una verdadera autonomía de la voluntad cuando acepta las condiciones de trabajo.

7. Reflexión final

La tecnología, en los próximos años, va a modificar completamente la forma en que muchos tipos de empresas interactúan en el mercado, volviendo cada vez menos necesaria la figura del trabajador jurídicamente dependiente. En ciertos sectores —principalmente de servicios— las empresas no van a necesitar dirigir y supervisar el trabajo realizado. Por el contrario, las empresas, a través de la tecnología, van a confiar en las evaluaciones realizadas por sus clientes de los resultados del trabajo. Con esas mismas evaluaciones se seleccionarán a los futuros trabajadores (control *ex ante* y control *ex post*). Ni siquiera las empresas tendrán la necesidad de formar a sus trabajadores pues éstos, si desean trabajar, habrán de estar formados y listos para el trabajo. El trabajo moderno, a través de redes virtuales, y con trabajadores de mayor cualificación, se configura con una menor dependencia y una mayor libertad para el trabajador a la hora de realizar su trabajo. Esta situación puede conllevar que la actividad no siempre encaje perfectamente con la definición de contrato de trabajo existente. No obstante, no debería deducirse que este nuevo tipo de trabajadores no necesiten protección.

El trabajador subordinado es el centro de la protección laboral, por lo que de no cambiar nada, el Derecho del trabajo puede quedarse sin sujeto jurídico que proteger. Como dijo Romagnoli (1999: 10) «*en los años 60 y 70 el Derecho del trabajo italiano entró en la fábrica (...), pero las fábricas se han vaciado. De improviso y bastante deprisa*». Ahora mismo, nos enfrentamos al mismo fenómeno, pero llevado a su máximo exponente.

En el futuro, la tecnología, y el nivel de formación de las personas, reducirá el uso de las instrucciones directas como forma de subordinar el trabajador. Sin

²⁰ El Tribunal Supremo para distinguir entre una falsa cooperativa y una verdadera cooperativa, a efectos de conocer si los trabajadores cooperativistas eran verdaderos cooperativistas o falsos autónomos también recurre, una vez más, a la cuestión del trato con los clientes y la gestión del negocio. Entendiendo que si la cooperativa no realiza funciones de este tipo se estará ante una falsa cooperativa —, ver STS de 18 de mayo de 2018 (rec.3513/2016).

embargo, que los trabajadores carezcan de supervisión o control directo no significa que no requieran protección de las normas laborales —derecho vacaciones, salario mínimo, protección de riesgos laborales, etc.—. Por ello, parece necesaria una interpretación teleológica del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo que haga posible que éste cumpla las funciones para las que nació. Difícilmente se puede sostener que, actualmente, muchos de los autónomos existentes realmente puedan negociar sus condiciones de trabajo. Más bien al contrario, existe un desequilibrio que requiere que éstos acepten o no trabajen.

Por ello, se propone que el Derecho del Trabajo se aplique a quienes prestan servicios de forma personal —en contraposición a aquéllos que lo hacen siendo propietarios de una estructura empresarial—. En este trabajo, se sostiene que el Tribunal Supremo ha iniciado una reinterpretación del concepto de trabajador, aportando sentencias que lo muestran. En efecto, partiendo de la premisa de que en el espectro de la prestación de servicios cabe el trabajo dependiente, el trabajo independiente y los empresarios, el Tribunal Supremo, sirviéndose de una interpretación finalista, parece acoger en los últimos años dentro del ámbito del contrato de trabajo a los dos primeros supuestos, excluyendo solamente al tercero.

Actualmente, muchos autónomos no pueden calificarse de verdaderos empresarios en el sentido de poder negociar en igualdad de condiciones y usar su iniciativa para maximizar sus beneficios. En cambio, son mano de obra fungible dentro de una larga lista de demandantes de trabajo. Si no encajan en la interpretación, doctrinal y judicial, clásica del concepto de trabajador no es porque no se enfrenten a la misma realidad social, sino porque dicha construcción doctrinal y judicial nació para ser aplicada a una realidad distinta a la actual. Sin embargo, nada impide mediante una interpretación finalista, se consiga que el concepto de trabajador protegido abarque a todos aquellos que requieren de ella.

Más aún en el caso de algunos concretos derechos laborales recogidos en la propia Constitución española. En efecto, la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga viene reconocidos a todos los trabajadores —sin que la letra de la norma distinga entre subordinados o independientes—. Que de estos derechos se excluya a los trabajadores independientes es una interpretación restrictiva del concepto trabajador no justificada ni por la realidad social en la que vivimos —necesidad de los autónomos de agruparse para mejorar su poder de negociación— ni por las funciones atribuidas a estos derechos —valores democráticos en el trabajo y resolución de fallos de mercado— y mucho menos dado el carácter de derecho fundamental que le otorga la propia Carta Magna.

En fin, con una interpretación finalista del concepto de trabajador, esta es, aquella que permite proteger a la parte contractual débil de una prestación de servicios, mantener los valores sociales y reparar los fallos de mercado existentes en el mundo laboral, equivalente a incluir dentro de su ámbito toda prestación de servicios no realizada por una auténtica empresa, se conseguiría dar seguridad

jurídica actualizando el concepto de trabajador y adaptándolo a la realidad social y productiva de nuestra época.

El caso más palmario de esta necesidad son los trabajadores de plataformas. Por mucha libertad de horarios, y falta de instrucciones que formalmente gocen, se encuentran sometidos a los deseos de la plataforma. La razón fundamental de ello es no son verdaderos empresarios con poder de negociación propio. Sin embargo, en el presente trabajo no se busca dar una solución aplicable exclusivamente a los trabajadores en plataformas, sino a todos aquellos prestadores personales de servicios —sean dependientes o independientes— que carecen de poder de negociación frente a los beneficiarios de sus servicios. Es para proteger a éstos para lo que nació el Derecho del trabajo.

8. Bibliografía

- BBVA (2018), *La participación del trabajo en la renta nacional*, <https://www.bbva.com/es/la-participacion-del-trabajo-en-la-renta-nacional/> (consultado 10 de abril de 2019)
- CALVO RODRÍGUEZ E., (2017). *La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*, Tesis doctoral, Valencia.
- COUNTOURIS Y DE STEFANO (2019), «New forms of employment», *Syndicat Europeæen Trade Union*.
- DAVIDOV, (2002), *The three axes of employment relationships: A characterization of workers in need of protection*, U.TL.J., 52.
- DAVIDOV, (2016), *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford, 35-45.
- DAVIES, FREEDLAND, KAHN-FREUND, (1983), *Labour and the Law*, Stevens, 18.
- DE STEFANO V., «The rise of the «just-in-time workforce», ILO, available https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf
- DEAKIN Y WILKINSON, (2005), *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, Oxford, pp 290-303.
- DOCKÉS (ed.) (2017), *Proposition de Code du Travail*, Dalloz, 2017.
- EWING, HENDY y JONES (2016), *A manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of worker's right*, IER, p 35.
- EWING, HENDY y JONES (2018), *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*, IER.
- FREEDLAND M Y KOUNTOURIS N., L., (2011), *The legal construction of personal work relations*, Oxford.
- FUDGE, (2006), *Fragmenting work and fragmenting organizations: The contract of employment and the scope of labour regulation*, OHLJ, 44, 4.
- GOOS, M., et al, (2019) «The impact of Digital Transformation on EU Labour Markets», European Commission.
- HUGH COLLINS, (2000), «Justification and techniques of legal regulation of the employment relations», in Hugh COLLINS, Paul DAVIES & Roger RIDEOUT (eds.), *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer International, 7-11 (2000) and
- HYDE, (2006) «What is Labour Law», in DAVIDOV & LANGILLE (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, 37-38.

- JPMORGAN CHASE (2018), *Uber drivers are earning 53% less than they did in 2013*
<https://bigthink.com/technology-innovation/uber-drivers-earning-less>
- LYON-CAEN G., *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris, 1990.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., (1993) «El trabajo subordinado como tipo contractual», *Documentación Laboral*, N.º39, 1993.
- PEREZ GARCIA F., *et al.*, (2019), «Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socioeconómico de la economía digital», *XXI Premio de Investigación del CES* (en prensa).
- PESOLE, A., URZÍ Brancati, M.C, FERNÁNDEZ-MACÍAS, E., BIAGI, F., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, I. (2018), *Platform Workers in Europe Evidence from the COLLEEM Survey*, Publications Office of the European Union.
- PROSSER (2006), «Regulation and Social Society», *Journal of Law and Society*, 33, 3, 364-387.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo» RPS, 71, 1966.
- ROMAGNOLI, U., «Globalización y Derecho del Trabajo», *Revista de Derecho Social*, 5, 1999.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J. «Economía colaborativa y crisis del derecho del trabajo», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y de Seguridad Social (RTSS. CEF)*, núm. 430, Enero 2019, pag. 75 a 100.
- SUPIOT A., *et al.*, (2001), *Beyond Employment —Changes in work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford.
- TEGMARK M., *Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, KNOPF, 2017, p 121.
- TODOLI SIGNES, A., (2018), «Prólogo», en TODOLI SIGNES A., HERNANDEZ BEJARANO (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales*, Aranzadi.
- TODOLÍ SIGNES, A., (2018b), «Comentario a la sentencia que califica como trabajador a un rider de Deliveroo y sus efectos en la gig economy», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º. 51, págs. 443-447
- TODOLI SIGNES, A., (2017), *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch.
- VALDÉS DAL-RE, (2002), «Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo», *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* 168-169, 61.

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL TRABAJO A DEMANDA VÍA APLICACIONES DIGITALES

Labour risks prevention regarding work-on-demand via apps

JOSUNE LÓPEZ RODRÍGUEZ*

Universidad de Deusto, Bilbao

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar el alcance de la prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales. Precisamente, esta nueva forma de empleo, que se enmarca en la gig economy o economía de plataformas, presenta diversos interrogantes en materia preventiva que deben ser abordados en aras de avanzar hacia una protección eficaz de la seguridad y salud de las personas que efectúan este tipo de trabajo. A tal fin, primero, se exponen unas consideraciones generales sobre el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales. A continuación, se lleva a cabo una aproximación a los principales riesgos laborales de esta forma de empleo, haciendo especial hincapié en los riesgos psicosociales. Sobre esta base, se aborda la prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales, analizándose el diferente alcance de la misma según la calificación jurídica que reciban los prestadores de servicios. Por último, se exponen las principales conclusiones del estudio realizado.

Palabras clave: economía de plataformas, trabajo a demanda vía apps, riesgos laborales, prevención

ABSTRACT

The purpose of this paper consists in analyzing the scope of labour risks prevention regarding work-on-demand via apps. Precisely, this new form of work, which fits within the gig economy, presents several questions in matters of prevention that need to be addressed in order to move forward towards an effective protection of the security and health of those who perform this type of work. To that end, firstly, we will explain some general considerations regarding work-on-demand via apps. Afterward, we will carry out an approach to the main labour risks concerning this form of work, paying special attention to psychosocial risks. On this basis, we will address the labour risks prevention within on-demand-work via apps, by the analysis of its different scope depending on the legal category that the service providers receive. Lastly, we will present the main conclusions of the study.

Keywords: gig economy, work-on-demand via apps, labour risks, prevention

* **Correspondencia a:** Josune López Rodríguez. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto. Avenida de las Universidades 24, 48007-Bilbao, Bizkaia – josunelopezrodriguez@deusto.es – <https://orcid.org/0000-0002-3153-1547>

Cómo citar: López Rodríguez, Josune. (2019). «La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales»; *Lan Harremanak*, 41, 42-62. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20876>).

Recibido: 20 mayo, 2019; aceptado: 24 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

SUMARIO

1. Introducción.—2. Consideraciones generales sobre el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales.—3. Aproximación a los principales riesgos laborales del trabajo a demanda vía aplicaciones digitales.—4. La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales: diferente alcance según la calificación jurídica de los prestadores de servicios—5. Conclusiones.—6. Bibliografía.

1. Introducción

La *gig economy* o «economía de plataformas» es una expresión que, durante los últimos años, está ocupando un lugar central en los debates jurídicos. En concreto, la doctrina iuslaboralista está inmersa en la discusión acerca de la calificación de las personas que prestan servicios en el marco de la *gig economy* bien como trabajadores por cuenta ajena bien como trabajadores por cuenta propia. Un dilema que genera una clara inseguridad jurídica, en especial, para los prestadores de servicios, y sobre el que los tribunales están empezando a pronunciarse.

En cambio, se percibe que, en este tiempo, no han sido tan numerosas las investigaciones acerca de la prevención de los riesgos laborales que comportan las nuevas formas de trabajo en las que las nuevas tecnologías tienen un papel protagonista. Una materia que, sin embargo, requiere una especial atención. Precisamente, estas nuevas formas de trabajo enmarcadas en la economía de plataformas comportan importantes retos para la seguridad y salud laborales. Como consecuencia, es imprescindible atender los riesgos (tradicionales y emergentes) a los que se enfrentan las personas que intervienen en estas formas de trabajo, así como valorar si el marco normativo vigente resulta adecuado para garantizar una labor preventiva eficaz.

Partiendo de estas premisas, el presente trabajo tiene por objeto analizar el alcance de la prevención de riesgos laborales en una forma de empleo que se enmarca en la economía de plataformas, a saber, el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales. Ciertamente, este estudio se centra en esta forma concreta de empleo por considerar que el vínculo contractual que se establece en este supuesto entre los prestadores de servicios y las aplicaciones digitales es el más similar a las relaciones laborales convencionales.

A tal fin, en primer lugar, se exponen unas consideraciones generales sobre el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales. En segundo lugar, se lleva a cabo

una aproximación a los principales riesgos laborales que están presentes en esta forma de empleo, haciéndose especial hincapié en los riesgos psicosociales. En tercer lugar, se aborda la prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales, analizándose el diferente alcance de la misma según la calificación jurídica que reciban los prestadores de servicios como trabajadores por cuenta ajena o trabajadores autónomos. Y, en cuarto y último lugar, se exponen las conclusiones del estudio realizado, dejándose las puertas abiertas a futuros trabajos de investigación que aborden esta materia.

2. Consideraciones generales sobre el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales

A grandes rasgos, la denominada *gig economy*, esto es, la economía de los pequeños encargos o economía de plataformas digitales, abarca «iniciativas basadas en trabajos esporádicos cuya transacción se hace a través del mercado digital» (Álvarez Cuesta, 2018: 84). Así, esta economía de plataformas comprende dos principales formas de trabajo: por un lado, el *crowdwork* o trabajo colaborativo *online*; y, por otro lado, el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales —*apps*—, en el que se centra el presente estudio (Aloisi, 2016: 660)¹.

En concreto, en el trabajo a demanda vía *apps* «se ofrecen y asignan tanto actividades relacionadas con trabajos tradicionales como transporte, limpieza o hacer recados, o ciertas formas de trabajo administrativo, siempre utilizando aplicaciones móviles» (De Stefano, 2016a: 151). Así, a través de las nuevas tecnologías y la división del trabajo en *microtasks* —micro-tareas—, las plataformas digitales «descentralizan el servicio hacia un gran número de trabajadores autónomos contratados a demanda; esto es, en el momento exacto en que se produce la solicitud del servicio (Ginès i Fabrellas, 2016: 4). Estas aplicaciones móviles no son homogéneas; en este sentido, algunas pretenden vincular la oferta y la demanda de actividades de muy distinta naturaleza, mientras que otras ofrecen servicios específicos (De Stefano, 2016b: 3).

En efecto, lo característico de esta nueva forma de empleo es la utilización de *apps* para poner en contacto la oferta y la demanda de actividades o servicios que, después, se llevarán a cabo a nivel local (Álvarez Cuesta, 2018: 87 y De Stefano, 2016a: 152). A este último respecto, es importante subrayar que el trabajo a demanda vía *apps* requiere, junto con la utilización de una aplicación móvil, «una ejecución física del trabajo» (Todolí Signes, 2017a: 173), o, dicho de otro modo,

¹ Para profundizar acerca de los problemas de delimitación y confusiones terminológicas que rodean a este fenómeno, pueden consultarse Arrieta Idiakez, 2019: 233-237, Rodríguez-Piñero Royo, 2017: 192-199 y Suárez Corujo, 2018: 39.

su realización «de forma presencial» (Suárez Corujo, 2018: 40). Esta característica es, ciertamente, la que permite diferenciarlo del trabajo colaborativo *online*, en el que los servicios se prestan exclusivamente en línea a través de plataformas digitales, no requiriéndose que los trabajadores se encuentren en una ubicación concreta (Álvarez Cuesta, 2018: 87). Y es que en el *crowdwork* «tanto los clientes como los trabajadores pueden operar desde cualquier parte del mundo, dando lugar a un trabajo deslocalizado a nivel mundial» (Arrieta Idiakez, 2019: 238).

En este contexto, los titulares de las aplicaciones móviles «alegan ser únicamente una base de datos donde clientes y prestadores de servicios pueden encontrarse» (Todolí Signes, 2015: 4). Es decir, las empresas gestoras de las *apps* suelen presentarse como meras intermediarias tecnológicas entre los clientes y los prestadores del servicio (Rodríguez Egio, 2018: 508). De este modo, estas empresas establecen las condiciones de la ejecución de los encargos «sobre la base de relaciones contractuales circunscritas al estricto tiempo de desempeño del mismo (*just-in time relationships*) con la consiguiente compensación económica desde esa lógica contractual (*pay-as-you-go*)» (Suárez Corujo, 2018: 40). Esta forma de descentralización productiva conlleva la flexibilización de la actividad, situación que, a su vez, se traduce en una reducción de los costes y en una maximización de los beneficios (Rodríguez Egio, 2018: 505 y Suárez Corujo, 2018: 40).

Con base en esta visión, las empresas han venido calificando a los prestadores de servicios como trabajadores por cuenta propia o autónomos y han establecido con ellos un vínculo de naturaleza civil o mercantil, evitando, de esta forma, la aplicación del Derecho del Trabajo y produciéndose, como consecuencia, la «huida del ordenamiento laboral» (Pérez Amorós, 2018: 125). Esta huida del Derecho del Trabajo tiene consecuencias importantes en distintos ámbitos, ya que a los prestadores de servicios que son considerados formalmente como trabajadores autónomos no les resultan de aplicación las disposiciones legales, entre otras, en materia de salario mínimo, jornada máxima, descansos, horas extraordinarias, derechos colectivos, protección social y, en lo que concierne al presente estudio, prevención de riesgos laborales (Ginès i Fabrellas, 2018: 136).

Pues bien, la calificación de los prestadores de servicios como trabajadores por cuenta propia y la exclusión de la laboralidad ha suscitado un intenso debate acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la relación contractual que se establece entre los mismos y la *app*, así como sobre el posible encaje en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo de algunas de las prestaciones de servicio desarrolladas a nivel local a través de *apps* (Ginès i Fabrellas, 2018: 134-135; Goerlich, 2016: 184; Fernández Avilés, 2017: 75; Rodríguez-Piñero Royo, 2017: 208-210; Serrano Olivares, 2017: 35; Suárez Corujo, 2018: 45). Y es que, en determinadas ocasiones, las empresas que administran las *apps* no se limitan a conectar la oferta y la demanda de servicios, sino que, además,

gestionan la mano de obra y controlan la prestación de servicios para garantizar su calidad (Todolí Signes, 2017b: 75). En este sentido, la doctrina científica cuestiona esa mera labor de intermediación o coordinación en los casos en los que «las plataformas condicionan y controlan sobremanera las condiciones de la propia actividad profesional» (Fernández Avilés, 2017: 76).

Por consiguiente, teniendo en consideración que no existe un modelo de funcionamiento único en el marco de estas plataformas digitales, resulta imprescindible verificar caso por caso si las mismas actúan simplemente como intermediarios tecnológicos a través del intercambio de información entre oferta y demanda de servicios o si, por el contrario, su labor se extiende más allá de la provisión de soporte técnico para llevar a cabo dicho intercambio y adquiere, en consecuencia, relevancia en el ámbito jurídico-laboral (Goerlich, 2016: 185 y Rodríguez-Piñero Royo, 2017: 208-209). Sin duda alguna, esta determinación resulta de suma importancia en tanto «las garantías laborales y de Seguridad Social solo se aplican en el supuesto de que la relación del prestador de servicios con la plataforma sea laboral» (Suárez Corujo, 2018: 45). Ahora bien, incluso en el supuesto de que se declare la laboralidad de la prestación de servicios, debe tenerse en cuenta que ello no significa que los trabajadores que efectúen el trabajo a demanda vía *apps* queden exentos de riesgos en el plano laboral y de Seguridad Social (*Ibidem*).

Al hilo de esta cuestión, debe recordarse que, en el marco del ordenamiento jurídico español, constituye doctrina consolidada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entender que «la calificación de los contratos no depende de la denominación que les den las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto»². Por lo tanto, será imprescindible realizar una valoración de los indicios existentes en el caso concreto en aras de corroborar o descartar la existencia de una relación laboral (Ginès i Fabrellas Y Gálvez Durán, 2016: 12 Y Suárez Corujo, 2018: 47). A tal fin, en virtud del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones —Una Agenda Europea para la economía colaborativa—», de 15 de diciembre de 2016, pueden tenerse en consideración criterios como «la relación de subordinación a la plataforma, la naturaleza del trabajo o la remuneración» (*cf.* apartado 2.6).

En esta labor, deberían reconsiderarse y reconfigurarse los indicios tradicionales de laboralidad para adaptarlos a las nuevas tecnologías y a los procesos

² Por todas, véanse las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017 (núm. rec. 2806/2015, F.Jco Tercero), de 11 de mayo de 2009 (núm. rec. 3704/2007, F.Jco. Segundo) y de 19 de junio de 2007 (núm. rec. 4883/2005, F.Jco. Cuarto).

de descentralización productiva (Ginès i Fabrellas y Gálvez Durán, 2016: 13 y Gómez García, 2018: 1091). Y es que, en los últimos años, las nuevas tecnologías han conllevado la flexibilización de las notas de subordinación y dependencia jurídica propias del trabajo por cuenta ajena, al «permitir múltiples formas de prestación de servicios que [...] gozan de cierta flexibilidad y libertad en la organización del tiempo de trabajo o en el lugar de prestación de servicios» (GINÈS I FABRELLAS, 2016: 8). A este último respecto, el Tribunal Supremo ha venido argumentando que el trabajo asalariado no requiere una subordinación absoluta y que, en este sentido, puede conllevar un espacio de autonomía o libertad en el desarrollo de la prestación de servicios sin que se desvirtúe la nota de dependencia (*Ibidem*)³.

En definitiva, las discrepancias acerca de la determinación jurídica de las partes implicadas en esta forma de trabajo originan una clara inseguridad jurídica que puede conllevar la vulneración de derechos de los prestadores de servicios (Arrieta Idiákez, 2019: 240). Esta situación de incertidumbre requiere el establecimiento de «reglas claras y procedimientos ágiles que permitan dar seguridad jurídica a plataformas, clientes y, especialmente, a los prestadores reales de los servicios demandados» (Gómez García, 2018: 1091).

3. Aproximación a los principales riesgos laborales del trabajo a demanda vía aplicaciones digitales

Los trabajadores que llevan a cabo el trabajo a demanda vía aplicaciones móviles, tanto si se consideran trabajadores por cuenta ajena como si se consideran trabajadores por cuenta propia, son vulnerables a los riesgos laborales (Álvarez Cuesta, 2018: 89). Se advierte, además, que esta forma de trabajo puede conllevar el incremento de los riesgos laborales preexistentes, así como la aparición de nuevos riesgos tanto físicos como psicosociales (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2017: 3 y Organización Internacional del Trabajo, 2019: 30).

Evidentemente, los riesgos laborales dependerán del tipo de actividad desarrollada en cada supuesto y del sector en el que se enmarque la misma, así como de las condiciones de trabajo. Teniendo presentes estas circunstancias, a continuación se realiza, sin ánimo de exhaustividad, una aproximación a los riesgos más comunes presentes en esta forma de trabajo.

³ Por todas, pueden consultarse las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1994 (núm. rec. 123/1992, F.Jco. Quinto), de 29 de diciembre de 1999 (núm. rec. 1093/1999, F.Jco. Segundo), de 6 de octubre de 2010 (núm. rec. 2010/2009, F.Jco. Tercero) y de 19 de febrero de 2014 (núm. rec. 3205/2012, F.Jco. Segundo).

En general, el trabajo a demanda vía *apps* origina riesgos físicos y ergonómicos relacionados, principalmente, con el manejo de cargas o pesos y la utilización de pantallas de visualización de datos. Asimismo, existen determinados aspectos psicosociales en esta forma de trabajo que repercuten negativamente en la salud física de los trabajadores, tales como, la insatisfacción laboral, el alto grado de exigencia o el sometimiento constante a las evaluaciones de los consumidores. Ciertamente, estas situaciones conllevan una sobrecarga de la tensión física y un perjuicio para las partes del cuerpo directamente implicadas en la actividad laboral (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 70-71).

Sin perjuicio de lo expuesto, debe señalarse que son los riesgos psicosociales los que mayor atención requieren en este escenario, precisamente, por las particularidades que presenta esta forma de empleo (Álvarez Cuesta, 2018: 89). En términos generales, los riesgos psicosociales engloban aquellos riesgos laborales «cuyo origen reside en la interacción entre las personas o en la influencia de los rasgos de la personalidad con el ambiente de trabajo» (Urrutikoetxea Barrutia, 2014: 1911).

En concreto, el principal riesgo psicosocial en el trabajo a demanda vía aplicaciones móviles es el estrés laboral (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 86). Si bien el estrés laboral no es un fenómeno nuevo, lo cierto es que este riesgo ha aumentado considerablemente en las últimas décadas como consecuencia de las transformaciones que ha sufrido el mundo del trabajo, motivadas, esencialmente, por el proceso de globalización y los constantes avances tecnológicos (Organización Internacional del Trabajo, 2016: 6).

En esta línea, tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, uno de los rasgos propios del trabajo a demanda vía *apps* es la utilización de aplicaciones móviles para poner en contacto la oferta y la demanda de actividades. A este respecto, debe señalarse que la irrupción de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos de la vida ha conllevado la aparición de una modalidad específica de estrés, a saber, el tecnoestrés o estrés tecnológico, convirtiéndose este en uno de los riesgos psicosociales específicos del trabajo a demanda vía *apps* (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 89). Pues bien, el tecnoestrés constituye un estado psicológico negativo relacionado con el uso de las tecnologías de la información y comunicación que, en función de sus efectos, puede manifestarse de distintas formas, tales como, la tecnoansiedad —tensión y malestar por el uso de herramientas tecnológicas en el trabajo—, la tecnofatiga —cansancio mental y cognitivo incrementado por la desconfianza hacia la utilización de las nuevas tecnologías—, o la tecnoadicción —necesidad incontrolable de usar constantemente y de manera obsesiva las nuevas tecnologías— (Rodríguez-Rico Roldán, 2018: 80).

Igualmente, resulta oportuno hacer alusión a otros dos riesgos vinculados con la utilización de los dispositivos móviles que pueden estar presentes en esta forma de trabajo, a saber, la nomofobia y el ningufoneo. Por un lado, la nomofobia su-

pone un «miedo irracional a estar sin teléfono móvil» (Álvarez Cuesta, 2018: 90 y Fernández Avilés *et al.*, 2018: 105), lo que genera en los usuarios una sensación injustificada de incomunicación. En el trabajo a demanda vía *apps*, esta dependencia se produce respecto de internet y de la cuenta empleada para acceder a las potenciales tareas, «dado el temor a perder potenciales ocupaciones, puntos, calificaciones o beneplácito [...] de la entidad» (Álvarez Cuesta, 2018: 90). Y, por otro lado, el ningufoneo implica que «una persona solo preste atención a un dispositivo móvil sin hacer caso de su entorno» (Gómez García, 2018: 1094).

Otro de los riesgos psicosociales que cobra relevancia en esta forma de empleo es el acoso laboral que puede revestir, en especial, las formas de acoso moral, acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso por razón de origen racial o étnico (Eurofound, 2018: 31 y Fernández Avilés *et al.*, 2018: 87). En primer lugar, el acoso moral en el trabajo abarca «toda conducta (activa u omisiva), llevada a cabo en el contexto de una relación laboral o de servicio, consistente en ataques reiterados y sistemáticos de carácter degradante, que tiene como finalidad atentar contra la integridad moral de una persona, siendo susceptible, además, de provocar daños de naturaleza psíquica, física, patrimonial o de perjudicar gravemente la empleabilidad de la misma» (Correa Carrasco, 2006: 89)⁴. En segundo lugar, el acoso sexual comprende, de acuerdo con el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 4/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵, «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Con base en esta definición, puede deducirse que el elemento principal que caracteriza a este tipo de acoso es el componente sexual. En tercer lugar, en lo que respecta al acoso por razón de sexo, el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 4/2007, lo define como «cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Y, en último lugar, el acoso por razón de origen racial o étnico implica, de conformidad con el artículo 2.3 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁶, «un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo» (González-Posada Martínez, 2009: 13). Esta última modalidad de acoso requiere una particular atención en el marco del trabajo a demanda vía *apps*, ya que gran parte de las personas que

⁴ Asimismo, pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de febrero de 2011, núm. rec. 593/2008, FJ Undécimo y de 16 de marzo de 2010, núm. rec. 2001/2009, FJ Segundo.

⁵ BOE de 23 de marzo de 2007, núm. 71.

⁶ DOUE de 19 de julio de 2000, L 180.

llevan a cabo estos servicios son de nacionalidad extranjera (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 87). Teniendo en consideración que el trabajo a demanda vía *apps* requiere el uso de aplicaciones digitales, debe puntualizarse que estas formas de acoso laboral pueden adoptar la forma de «ciberacoso» cuando se canalizan a través de las nuevas tecnologías (Fernández Avilés, 2017: 85 y Pardo Albiach, 2010: 54).

Pues bien, existen determinados factores propios del trabajo a demanda vía aplicaciones digitales que inciden especialmente en los riesgos psicosociales expuestos, a saber: la división del trabajo en micro tareas; la intensificación del trabajo; la sujeción constante a las evaluaciones de los clientes; la falta de protección social; el aislamiento por la inexistencia de lugares de trabajo estables; la inestabilidad de los ingresos y la ausencia de ingresos mínimos; las dificultades para conciliar la vida personal y laboral; la merma de la capacidad de representación y participación; y la inseguridad respecto de la calificación jurídica de los prestadores de servicios (Álvarez Cuesta, 2017: 104, Dagnino, 2015: 16-17, De Stefano, 2016b: 6 y Fernández Avilés *et al.*, 2018: 82-84). Junto con estos factores, es de sumo interés hacer alusión al intenso control que ejerce la plataforma o la aplicación digital sobre los trabajadores, bien para conocer su ubicación bien para verificar otros aspectos del servicio prestado, pudiendo afirmarse que «el nivel de monitorización del trabajo que reciben los trabajadores en este tipo de plataformas es mucho mayor que los trabajadores tradicionales» (*Ibidem*: 32 y 58).

En esencia, todos estos factores revelan la extrema precariedad vigente en el trabajo a demanda vía *apps* (Álvarez Cuesta, 2018: 89), en el que impera la «idea del ser humano como servicio» y «la deshumanización extrema de la fuerza de trabajo» (Serrano Olivares, 2017: 30). Estos rasgos evidencian, claramente, la ausencia de trabajo decente. A este respecto, el Parlamento Europeo puso de manifiesto en su Propuesta de Resolución sobre el marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad social en el trabajo 2014-2020, que el empleo precario incide negativamente en la salud y la seguridad en el trabajo, al tiempo que debilita las estructuras existentes en la materia (cfr. Considerando O).

A partir de lo expuesto y al hilo del pronunciamiento del Parlamento Europeo, es importante concluir que los riesgos psicosociales pueden originar consecuencias negativas en la salud de los trabajadores. Así, estos riesgos pueden provocar, por ejemplo, el denominado *burnout* o síndrome del trabajador quemado, depresión, fatiga crónica y enfermedades cardiovasculares o del aparato digestivo (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 102).

Por lo general, los riesgos laborales a los que están expuestos los trabajadores de esta forma de empleo, ya sean calificados como trabajadores por cuenta ajena ya sean considerados trabajadores autónomos, son similares. Ello no obstante, con respecto al trabajo autónomo, debe tenerse en cuenta que algunos riesgos psicosociales se dan con mayor intensidad que en el trabajo por cuenta ajena como, por ejemplo, la presión soportada en el desempeño de la

actividad profesional, principalmente, para hacer frente a las obligaciones asumidas y mantener, al mismo tiempo, un nivel de rentas suficiente (Rodríguez Egio, 2018: 508-509).

Para terminar, resulta oportuno señalar que una de las actividades por antonomasia del trabajo a demanda vía aplicaciones digitales es la dedicada al transporte de personas o bienes. Esta actividad presenta unos riesgos laborales específicos, entre los que deben destacarse, en especial, los accidentes de circulación (Eurofound, 2018: 26). Y es que algunas de las coyunturas que se dan en el marco de estas actividades, como el uso de la aplicación digital durante la jornada laboral, el ritmo acelerado de trabajo para efectuar el traslado o para realizar las entregas a tiempo y las prolongadas jornadas de trabajo, entre otras muchas, acentúan considerablemente el riesgo de sufrir un accidente de circulación (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 73-74).

4. La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales: diferente alcance según la calificación jurídica de los prestadores de servicios

El alcance de los derechos y las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales respecto del trabajo a demanda vía *apps* dependerá, al fin y a la postre, de la calificación jurídica de los prestadores de servicios como trabajadores por cuenta ajena o, por el contrario, como trabajadores por cuenta propia (Gómez García, 2018: 1091).

Precisamente, si bien es cierto que tanto el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET)⁷, como la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo (LETA)⁸, reconocen, con base en el artículo 15 de la Constitución española⁹, el derecho de los trabajadores a su integridad física [cfr. artículo 4.2.d) del TRLET y artículo 4.3.e) de la LETA], así como el derecho a una protección «eficaz» (en el caso de los trabajadores por cuenta ajena) y a una protección «adecuada» (en el supuesto de trabajadores autónomos) en materia de seguridad y salud en el trabajo [cfr. artículo 19.1 del TRLET y artículo 4.3.e) de la LETA, respectivamente], el marco normativo aplicable en materia preventiva en ambos supuestos es diferente, lo que comporta significativas desavenencias en el nivel de protección (Rodríguez Egio, 2018: 504-505).

⁷ BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

⁸ BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166.

⁹ BOE de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Incluso, desde una perspectiva puramente terminológica, la utilización —poco acertada— por parte del legislador de adjetivos diferentes para calificar el sustantivo «protección» (a saber, «eficaz» en relación con los trabajadores asalariados y «adecuada» respecto de los trabajadores por cuenta propia), parece revelar el distinto régimen de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo en los dos casos señalados (Palomeque López, 2008: 21).

Pues bien, la consideración de los prestadores de servicios a demanda vía *apps* como trabajadores por cuenta ajena, esto es, trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de dirección del empresario (cfr. artículo 1.1 del TRLET), conlleva la aplicación de las prescripciones de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)¹⁰ y de su normativa de desarrollo. Concretamente, en el artículo 3 de la LPRL, en el que se regula su campo de aplicación, se determina que la misma y sus normas de desarrollo serán de aplicación en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el TRLET (cfr. apartado 1).

En virtud de este marco normativo, el derecho que tienen los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad en el trabajo implica la existencia de un deber correlativo del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (cfr. artículo 14.1. de la LPRL). Esto es, en el contexto del trabajo por cuenta ajena, el empresario es el garante de la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio (Escudero Prieto, 2009: 1). En este sentido, corresponde al empresario integrar la actividad preventiva en la empresa y adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección eficaz de la seguridad y la salud de los trabajadores, en especial, en lo que concierne al plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgos grave e inminente y vigilancia de la salud. Igualmente, compete al empresario desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva, ello en aras de perfeccionar de forma permanente las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar, así como de los niveles de protección existentes (cfr. artículo 14.2. de la LPRL).

Así pues, a grandes rasgos, la actividad preventiva en el marco del trabajo por cuenta ajena comprende dos fases principales, a saber: una primera fase en la que el empresario debe diseñar la actividad preventiva a través de la adopción de las medidas necesarias para proteger la seguridad y salud de los trabajadores; y una segunda fase que conlleva la ejecución de la actividad preventiva previamente diseñada (Escudero Prieto, 2009: 2). Y, en el caso de que se materialicen los daños que se han tratado de prevenir o que aparezcan indicios que muestren que las medidas de preven-

¹⁰ BOE de 10 de noviembre de 1995, núm. 269.

ción resultan insuficientes, el empresario debe llevar a cabo una investigación con el fin de detectar cuáles han sido las causas (cfr. artículo 16.3 de la LPRL).

Sin perjuicio de estas previsiones, y al hilo de lo que se ha avanzado *supra* (apartado 2), el reconocimiento de la laboralidad de la prestación de servicios en el marco del trabajo a demanda vía *apps* no implica que los trabajadores queden al margen de los riesgos laborales. En este sentido, las peculiaridades de esta forma de trabajo y los riesgos laborales —tradicionales y nuevos— asociados a la misma constituyen un verdadero desafío para los empresarios en materia preventiva. Precisamente, la normativa española de prevención de riesgos laborales está pensada para afrontar los riesgos que presentan las formas de trabajo convencionales; por ende, resulta indispensable su reconsideración y adaptación a las circunstancias cambiantes del mercado de trabajo.

Incluso, en el ámbito de las relaciones de trabajo por cuenta ajena, algunos autores han planteado la posibilidad de crear una relación laboral especial que contenga las particularidades de las actividades propias del trabajo a demanda vía aplicaciones digitales (DAGNINO, 2015: 28 y Todolí Signes, 2015: 24). En este caso, la norma reguladora de la relación especial de trabajo debería contemplar el alcance de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo. Así, en lo que a la prevención de riesgos laborales se refiere, la norma podría remitirse, con los ajustes oportunos, a las disposiciones de la LPRL (Rodríguez Egio, 2018: 506).

Ahora bien, si los prestadores de servicios a demanda vía aplicaciones digitales son calificados como trabajadores por cuenta propia o autónomos por considerar que son personas físicas que realizan de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena (cfr. artículo 1.1 de la LETA), el marco normativo en materia preventiva resulta manifiestamente deficiente, lo que se traduce en el deterioro de la calidad del empleo y en una mayor precarización (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 108 y Rodríguez Egio, 2018: 507).

En términos generales, el artículo 5.b) de la LETA establece entre los deberes profesionales básicos de los trabajadores autónomos el relativo a «cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley o los contratos que tengan suscritos les impongan, así como seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios». Empero, cabe advertir que no se clarifica en el precepto a qué ley y a qué obligaciones se refiere (Rodríguez Egio, 2018: 513).

Con base en este deber profesional, el artículo 8 de la LETA es el único precepto del ordenamiento jurídico interno en el que se aborda de manera exclusiva y específica la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos (Fernán-

dez Avilés *et al.*, 2018: 108), aunque realmente queda «alejado de una auténtica regulación de esta materia» (Rodríguez Egio, 2018: 514). De este artículo deriva, en efecto, «una heterogénea pluralidad de consecuencias jurídicas entrelazadas» (Palomeque López, 2008: 22). Así, se insta a las Administraciones Públicas competentes a asumir un papel activo en esta materia, por medio de actividades de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento por los trabajadores autónomos de la normativa de prevención de riesgos laborales, así como a promover una formación en prevención específica y adaptada a las peculiaridades de estos trabajadores (*cf.* apartados 1 y 2). Igualmente, se determina que cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores autónomos y trabajadores de otra u otras empresas, así como cuando los trabajadores autónomos ejecuten su actividad profesional en los locales o centros de trabajo de las empresas para las que presten servicios, serán de aplicación para todos ellos los deberes de cooperación, información e instrucción previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la LPRL (*cf.* apartado 3). Además, respecto de las empresas que contraten con trabajadores autónomos la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas, y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por estos trabajadores (*cf.* apartado 4). Del mismo modo, se recoge el deber de información en los supuestos en los que los trabajadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realicen dicha actividad en el centro de trabajo de la misma (*cf.* apartado 5). Y se reconoce también el derecho del trabajador autónomo a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo cuando crea que dicha actividad comporta un riesgo grave e inminente para su vida o salud (*cf.* apartado 7).

Asimismo, la disposición adicional duodécima de la LETA hace una sucinta alusión a la participación de los trabajadores autónomos en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de disminuir la siniestralidad laboral y evitar la aparición de enfermedades profesionales en los respectivos sectores. A tal fin, se faculta a las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos intersectoriales y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para realizar programas permanentes de información y formación correspondientes a dicho colectivo, promovidos por las Administraciones Públicas competentes en materia de prevención de riesgos laborales y de reparación de las consecuencias de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 68).

Al margen de estas exiguas previsiones, debe puntualizarse que la LETA no recoge expresamente los deberes relativos a la evaluación de riesgos, a la planificación de la prevención o a la gestión de la misma, obligaciones que, sin embargo, son esenciales para llevar a cabo una labor preventiva óptima (Rodríguez Egio, 2018: 517).

En lo que respecta a la aplicación de la normativa laboral preventiva en el marco del trabajo autónomo, debe recordarse que, según la disposición adicional primera del TRLET, «el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente». El TRLET establece, en este sentido, un «régimen legal de laboralización excepcional [parcial y discrecional] del trabajo autónomo, entendiéndolo por tal su incorporación al ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico laboral tan sólo en los supuestos que el legislador decida en cada caso» (Palomeque López, 2008: 21).

Partiendo de esta base, la LPRL se refiere en su artículo 3.1 a los trabajadores autónomos como posibles sujetos titulares de derechos y destinatarios de obligaciones en materia preventiva. En principio, la inclusión de los trabajadores por cuenta propia en el campo de aplicación de la legislación laboral preventiva responde a la «necesidad de protección de todo trabajador en esta materia, cualquiera que sea el vínculo jurídico en virtud del cual lleve a cabo su prestación» (Montoya Melgar, 2005: 33). Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que la alusión a los trabajadores por cuenta propia en la LPRL resulta marginal, genérica e imprecisa, pues en el texto no se concretan de manera clara los supuestos en los que estos trabajadores deben ser sujetos de derechos y obligaciones (González Ortega, 2005: 150 y Rodríguez Egio, 2018: 516).

En este sentido, la formulación del artículo 3.1 de la LPRL («los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos») denota que los derechos y deberes relacionados con la seguridad y salud en el trabajo solamente regirán en el marco del trabajo autónomo cuando así se señale expresamente (González Ortega, 2005: 151). Cabe deducir, por ende, que la norma no comprende «un derecho general del trabajador autónomo a la protección de la seguridad y de la salud en el desempeño de su trabajo» (*Ibidem*).

En concreto, la LPRL alude explícitamente a los trabajadores autónomos en los artículos 15.5 y 24. Así, por un lado, en el artículo 15.5 se determina que los trabajadores autónomos pueden concertar operaciones de seguro en aras de garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo. Y, por otro lado, el artículo 24 se refiere a los trabajadores autónomos en el marco de los derechos y deberes en materia de coordinación de actividades empresariales, precepto este que ha sido desarrollado mediante el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales¹¹. Y es, en concreto, en este último artículo en el que se incluyen los derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos; eso sí, circunscritos exclusivamente al supuesto de coordinación de actividades empresariales.

¹¹ BOE de 31 de enero de 2004, núm. 27.

A este respecto, y en lo que al trabajo a demanda vía aplicaciones se refiere, debe cuestionarse el nivel de coordinación que tienen que asumir las empresas que gestionan las aplicaciones digitales en el trabajo a demanda vía *apps* «respecto a sus autónomos» (Álvarez Cuesta, 2018: 91). En concreto, debe comprobarse si las mismas pueden encuadrarse en el apartado segundo del artículo 24 de la LPRL, en el que se regula la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo del que un empresario es titular, así como en el apartado tercero del mismo precepto, en el que se contempla la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo cuando existe un empresario principal (Aguilera Izquierdo, 2004: 273-280).

Pues bien, la primera dificultad para dilucidar esta cuestión reside en la ausencia en el trabajo a demanda vía *apps* de un lugar de trabajo común donde se desarrollen las actividades profesionales y se transmitan los riesgos. En virtud del artículo 2.a) del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, se entiende por centro de trabajo «cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo». Se trata, ciertamente, de una noción elaborada teniendo como base el modelo tradicional de empresa. Sin embargo, de sobra es conocido que el trabajo a demanda vía *apps* se caracteriza por no tener un centro de trabajo físico concreto (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 117), por lo que, en principio, puede concluirse que esta forma de trabajo no cumple uno de los presupuestos delimitados en la normativa. No obstante esta primera conjetura, podría plantearse la posibilidad de extender el significado del centro de trabajo en este contexto para adaptarlo a las nuevas formas de empleo que se alejan de las características de las empresas convencionales. Así lo ha sugerido, ciertamente, la Comisión Europea en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Trabajo más seguro y saludable para todos —Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo—, de 10 de enero de 2017¹², al señalar expresamente que las nuevas formas de trabajo hacen necesario evolucionar hacia una concepción más dinámica de la noción «lugar de trabajo» (cfr. apartado 3.1). En este sentido, podría llegar a entenderse que, en el marco del trabajo a demanda vía *apps*, la aplicación digital compartida entre la empresa y los trabajadores autónomos es el centro de trabajo común, si bien es cierto que en este supuesto concreto existen mayores dificultades para realizar esta interpretación extensiva ya que la actividad se desarrolla en el entorno físico (Álvarez Cuesta, 2018: 91-92). Asimismo, el segundo obstáculo radica en el significado de las expresiones «empresario titular» y «empresario principal». Según el artículo 2 del Real Decreto 171/2004, el empresario titular es «la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo» y el empresario principal es «el empresario que contrata

¹² COM(2017) 12 final.

o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo». En estos casos, con el fin de incluir en el artículo 24 de la LPRL las formas de trabajo de la *gig economy*, sería necesario entender que el centro de trabajo es la red, en general, en la que estaría incluida la aplicación digital.

Dicho esto, en lo que respecta a la posible concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo del que un empresario es titular, la empresa tendrá el deber de informar a los autónomos, al tiempo que estos tendrán el deber de informarse recíprocamente entre ellos y de informar al empresario titular (*Ibidem*: 92). Con respecto al segundo supuesto contemplado, el artículo 24.3 de la LPRL determina que «las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales». En el contexto de la economía de plataformas, la empresa tecnológica debería asumir el deber de control y vigilancia para garantizar los niveles de seguridad necesarios (*Ibidem*: 93). Ahora bien, el principal problema «en la extensión de la coordinación máxima a la *gig economy* radica en que la referencia a las empresas contratistas y subcontratistas ha de entenderse hecha a los autónomos, con las dificultades de todos conocidas en cuanto a la aplicación de la normativa preventiva» (*Ibidem*: 94-95).

A partir de todo lo expuesto, cabe concluir que la calificación jurídica de los prestadores de servicios como trabajadores por cuenta ajena conlleva la operatividad de la LPRL y de su normativa de desarrollo, debiendo asumir el empresario la obligación de proteger eficazmente a los trabajadores de los riesgos laborales. A este respecto, es preciso tener presente que las particularidades que caracterizan al trabajo a demanda vía *apps* y los riesgos laborales emergentes vinculados a esta forma de trabajo suponen un reto en materia preventiva. En cambio, si los prestadores del servicio son considerados trabajadores autónomos, se percibe que no existe por el momento un marco normativo suficiente en el ordenamiento jurídico español que garantice a estos trabajadores una protección adecuada de la seguridad y salud en el trabajo (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 109). En este sentido, se advierte que el nivel de protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores autónomos es notoriamente inferior respecto del grado de protección reconocido a las personas que trabajan por cuenta ajena. En efecto, estas deficiencias contribuyen a acentuar la precariedad y el riesgo de siniestralidad laboral en el contexto del trabajo por cuenta propia, dejando a la luz la ausencia de trabajo decente. Más aún, este déficit de protección «puede poner en riesgo el mantenimiento del empleo autónomo y puede ocasionar relevantes costes humanos y económicos para la sociedad» (Rodríguez Egio, 2018: 507 y 519). Estas son, pues, las principales consecuencias de la «consideración de los trabajadores de la economía de plataforma como —falsos o verdaderos— autónomos» (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 109).

Ante este escenario, el principal desafío radica en superar los obstáculos que presenta la aplicación de la normativa preventiva actual, elaborada pensando en el modelo productivo tradicional, a las nuevas formas de trabajo y, entre ellas, al trabajo a demanda vía aplicaciones digitales, caracterizado este último, principalmente, por la flexibilidad laboral, el uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la virtualización de las relaciones laborales (*Ibidem*: 110 y 134). De este modo, se requiere la instauración de una nueva cultura en materia de prevención de riesgos laborales asentada sobre una normativa renovada y adaptada a las exigencias del contexto de trabajo emergente (*Ibidem*: 134).

En la consecución de este reto, es imprescindible reforzar y potenciar la acción colectiva de los trabajadores que, por lo general, se ha visto diluida en las nuevas formas de trabajo enmarcadas en la *gig economy*. Ciertamente, la articulación actual de la normativa reguladora de la acción colectiva de los trabajadores presenta «problemas de encaje ante los nuevos modelos de negocio» (Gurrero Vizuet, 2019: 274), siendo necesaria su actualización para dar cobertura de manera eficiente a la defensa de los intereses de las personas que prestan servicios en el marco del trabajo a demanda vía aplicaciones digitales.

En suma, sea cual fuere la calificación jurídica otorgada a las personas que llevan a cabo el trabajo a demanda vía *apps*, el objetivo debería ser siempre el mismo, a saber, asegurar unas condiciones dignas de prestación del servicio y tutelar la salud y seguridad de los trabajadores, ello con el fin último de garantizar un trabajo decente (Suárez Corujo, 2018: 46). La razón de ser de esta reivindicación no es otra que respetar y hacer efectivo el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, así como el derecho a la protección de la salud, reconocidos, respectivamente, en los artículos 15 y 45 de la Constitución española (Rodríguez Egio, 2018: 512).

5. Conclusiones

Con base en el estudio realizado en los apartados precedentes, se enumeran a continuación las principales conclusiones de la investigación.

Primera. Los problemas que rodean al trabajo a demanda vía aplicaciones móviles en lo que concierne a la calificación jurídica de los prestadores de servicios y a la delimitación de su vinculación con la aplicación digital, generan una clara inseguridad jurídica sobre cuál debe ser la normativa aplicable. Esta situación requiere un análisis individualizado de cada supuesto particular en aras de concluir si se dan o no las notas de laboralidad. A tal fin, resulta indispensable revisar y replantear los indicios tradicionales de laboralidad para adaptarlos a las particularidades del mercado de trabajo actual en el que están muy presentes las nuevas tecnologías y la descentralización productiva.

Segunda. La situación de incertidumbre que preside actualmente esta forma de trabajo en la *gig economy* afecta de manera negativa, entre otros, al ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Tercera. La precariedad laboral y la deshumanización que caracterizan, por lo general, al trabajo a demanda vía *apps*, transgreden gravemente el postulado del trabajo decente.

Cuarta. Las personas que prestan servicios en el contexto del trabajo a demanda vía aplicaciones digitales se enfrentan a riesgos laborales de distinta naturaleza, destacando entre ellos, especialmente, los riesgos psicosociales. Las singularidades de esta forma de trabajo conllevan, además, la intensificación de algunos riesgos tradicionales y la aparición de nuevos riesgos laborales.

Quinta. La determinación jurídica de los prestadores de servicios en el trabajo a demanda vía *apps* como trabajadores por cuenta ajena o propia no influye, en principio, en la clase de riesgos laborales a los que están expuestos, si bien es cierto que la consideración de los mismos como trabajadores autónomos puede acentuar o agravar algunos de estos riesgos.

Sexta. El alcance de los derechos y deberes preventivos en el trabajo a demanda vía aplicaciones móviles está condicionado, actualmente, por la calificación jurídica otorgada a los prestadores de los servicios.

Séptima. El nivel de protección de los trabajadores autónomos en materia preventiva es significativamente inferior que el grado de protección de los trabajadores por cuenta ajena. Esta diferencia deviene, esencialmente, del deficiente e impreciso marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales respecto de los trabajadores autónomos. La deficitaria protección de los trabajadores autónomos en el contexto del trabajo a demanda vía aplicaciones móviles requiere reconsiderar el actual marco normativo en materia preventiva.

Octava. La normativa española relativa a la prevención de riesgos laborales se asienta sobre las características del modelo productivo tradicional, por lo que su aplicación a las nuevas realidades del mercado de trabajo presenta dificultades. Como consecuencia, resulta imprescindible la intervención del legislador para repensar y reformular el alcance de los deberes en materia preventiva con el fin de abarcar las necesidades y particularidades de las nuevas formas de trabajo, ello en aras de garantizar unas condiciones dignas de prestación del servicio y, en definitiva, de hacer posible el trabajo decente.

Novena. En este nuevo escenario, es fundamental consolidar la acción colectiva de los trabajadores. A tal fin, debe actualizarse la normativa que regula en la actualidad esta acción colectiva para garantizar una defensa eficaz de los intereses de las personas que prestan servicios en el marco del trabajo a demanda vía aplicaciones digitales

6. Bibliografía

- AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO (2017). *Protecting Workers in the Online Platform Economy: An overview of regulatory and policy developments in the EU European Risk Observatory Discussion paper*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel (2004). «El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53.
- ALOISI, Antonio (2016). «Commoditized workers: case study research on labor law issues arising from a set of «on-demand/gig economy» platforms», *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 37, núm. 3.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2017). *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0*. A Coruña: Colex.
- (2018). «La gig economy y la obligación de coordinar la seguridad y salud de sus “autónomos”», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 5.
- ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier (2019). «Las cooperativas digitales como cauce para el trabajo digital en el contexto de la economía colaborativa», *Revista de Derecho Social*, núm. 85.
- CORREA CARRASCO, Manuel (2006). «El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo». En CORREA CARRASCO, Manuel (Coord.). *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DAGNINO, Emanuele (2015). «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 3.
- DE STEFANO, Valerio (2016a). «La “gig economy” y los cambios en el empleo y la protección social», *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 27.
- (2016b). *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- ESCUADERO PRIETO, Azucena (2009). «El método operativo para integrar la prevención en la coordinación de actividades empresariales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 19.
- EUROFOUND (2018). *Employment and working conditions of selected types of platform work*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, Victoria y TODOLÍ SIGNES, Adrián (2018). *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*. Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio (2017). «NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora», *Diritto della sicurezza sul lavoro. Rivista dell'Osservatorio Olympus*, núm. 2.
- GINÈS I FABRELLAS, Anna (2016). «Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6.
- (2018). «Crowdsourcing: una modalidad jurídicamente inviable de externalización productiva en el nuevo entorno digital», *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, vol. 5.

- GINÈS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURÁN, Sergi (2016). «Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1.
- GOERLICH, José María (2016). «¿Repensar el Derecho del Trabajo? Cambios tecnológicos y empleo», *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 27.
- GÓMEZ GARCÍA, Francisco Xabiere (2018). «Retos para la protección de la seguridad y salud en el trabajo en plataformas digitales». En MONEREO PÉREZ, José Luis, TÚLIO BARROSO, Fabio y LAS HERAS, Horacio (Dirs.). *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*. Murcia: Laborum.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (2005). «El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos», *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 81.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías (2009). «Conceptos y presunciones en el Tribunal de Justicia Comunitaria: acoso, embarazo y política de selección de trabajadores», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 19.
- GUERRERO VIZUETE, Esther (2019). «La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores», *Iuslabor*, núm. 1.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2005). «Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo», *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 81.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). *Estrés en el trabajo. Un reto colectivo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- (2019). *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- PARDO ALBIACH, Juan (2010). «Ciberacoso: cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros». En GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Coord.). *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ AMORÓS, Francisco (2018). «Sin frenos y sin contrato: a vueltas con la ajenidad laboral», *Anuario IET: presente y futuro del trabajo*, vol. 5.
- RODRÍGUEZ EGIO, M.^a Monserrate (2018). «Prevención de riesgos laborales en el ámbito de la economía colaborativa». En ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía y VALERO TORRILLOS, Juan (Dirs.). *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2017). «El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa». En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y HERNÁNDEZ BEJARANO, Macarena (Dirs.). *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Albacete: Bomarzo.
- RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, Victoria (2018). «Los retos para la prevención de riesgos laborales ante la tecnificación del trabajo». En CEREJEIRA NAMORA, Nuno, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, ABRUNHOSA E SOUSA, Duarte, CEREJEIRA NAMORA, Gonçalo y CASTRO MARQUES, Eduardo. *Health at work, ageing and environmental effects on future Social Security and Labour Law Systems*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing.
- SERRANO OLIVARES, Raquel (2017). «Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa —o mejor, economía digital a demanda—, trabajo 3.0. y laboralidad». En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y HERNÁNDEZ BEJARANO, Macarena (Dirs.). *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Albacete: Bomarzo.

- SUÁREZ CORUJO, Borja (2018). «La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social», *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 141.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (2015). «El impacto de la «Uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *Iuslabor*, núm. 3.
- (2017A). «Sobre la llamada economía colaborativa y sus implicaciones laborales y sociales», *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 29.
- (2017B). «La regulación especial del trabajo en la Gig economy», *Redes.com: revista de estudios para el desarrollo social de la Comunicación*, núm. 15.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, Mikel (2014). «Riesgos psicosociales». En Casas Baamonde, María Emilia (Dir.) y BAYLOS GRAU, Antonio, FLORENCIO THOMÉ, Candy y GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo. (Coords.). *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL FOMENTO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL: UNA ALTERNATIVA A LA ECONOMÍA INFORMAL QUE TRAE CAUSA DE LA FALSA ECONOMÍA COLABORATIVA

The public-private collaboration regarding the promotion of collaborative economy at a local level: an alternative to the informal economy that derive from the false collaborative economy

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ*

Universidad de Deusto

RESUMEN

El objetivo de este estudio es analizar cuáles son las vías para que las Administraciones Públicas puedan en el ámbito local fomentar la economía colaborativa como herramienta para combatir la economía informal y mantener o crear empleos dignos. Un objetivo que se justifica por la necesidad de mantener vivas a las localidades más alejadas de las grandes ciudades, evitando su despoblación. Así, se parte de la idea de que las TIC resultan imprescindibles para el desarrollo local pero que su utilización también puede entrañar peligros y dar lugar a la economía informal, como ha sucedido con las plataformas digitales. Para evitar ese mal uso de las TIC, en segundo lugar, se acude a la economía colaborativa, analizando su concepto. Y en tercer lugar, partiendo de dicho concepto, se profundiza en la colaboración público-privada para el fomento de la economía colaborativa, a través del trabajo autónomo y de las cooperativas.

Palabras clave: Economía colaborativa, plataformas digitales, trabajo autónomo, cooperativas, ámbito local

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze which are the ways so that the Public Administrations can promote the collaborative economy in the local area as a tool to fight against the informal economy and to maintain or create decent jobs. This purpose is proved by the need to maintain alive the local areas that are far away from the big cities, avoiding their depopulation. In this way, our starting point will be the idea that the ICT are essential for local development, although their use can entail risks and give rise to informal economy, as happened with digital platforms. In order to avoid this misuse of the ICT, we will use the collaborative economy, analyzing its concept. And, finally, from this concept, we will delve into the public-private collaboration to promote the collaborative economy through self-employment and cooperatives.

Keywords: Collaborative economy, digital plataforms, self-employment, cooperatives, local area

* **Correspondencia a:** Francisco Javier Arrieta Idakez. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto. Avda. de las Universidades 24, 48007-Bilbao, Bizkaia – javier.arrieta@deusto.es – <https://orcid.org/0000-0003-4696-6356>

Cómo citar: Arrieta Idakez, Francisco Javier. (2018). «La colaboración público-privada en el fomento de la economía colaborativa en el ámbito local: una alternativa a la economía informal que trae causa de la falsa economía colaborativa»; *Lan Harremanak*, 41, 63-86. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20877>)

Recibido: 21 mayo, 2019; aceptado: 13 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

SUMARIO

1. Introducción.—2. Discusión sobre la laboralidad o no de los servicios prestados a través de plataformas digitales.—3. El concepto de economía colaborativa.—4. La colaboración público-privada en el fomento de la economía colaborativa en el ámbito local como alternativa a la economía informal. 4.1. El trabajo autónomo como fórmula para encauzar la economía colaborativa. 4.2. Las cooperativas como fórmula para encauzar la economía colaborativa.—5. A modo de conclusión.—6. Bibliografía.

1. Introducción

Las nuevas Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) resultan imprescindibles para el desarrollo local, en el sentido de generar nuevas oportunidades para el desempeño de la actividad comercial y, por ende, de mantener y crear puestos de trabajo (Del Castillo, 2014, 11-12). Un desarrollo local que puede coadyuvar, asimismo, a evitar la despoblación de los municipios más alejados de las grandes ciudades, haciendo posible que junto a las grandes ciudades también dichos municipios puedan ser calificados como inteligentes. En ese sentido, el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones «Mercado único digital: revisión intermedia» [COM (2017) 228 final], de 31 de enero de 2018 (DOUE de 23 de mayo de 2018, C 176), destaca que «la digitalización de la sociedad representa una oportunidad para el crecimiento y la creación de empleo, en particular en las regiones remotas y en las regiones con desafíos demográficos» (apartado 7). Y más concretamente constata «la creciente influencia de las plataformas en línea (...) en las economías basadas en internet» (apartado 24). Por su parte, la idea de caracterizar como inteligentes también a los municipios, tal y como se ha hecho, originariamente, respecto a las ciudades, tiene que ver con la creación de verdaderos ecosistemas emprendedores que pretenden transformar el modelo productivo y crear riqueza y oportunidades en el entorno más cercano (Ontiveros y Vizcaíno, 2017, 48), a través de redes de banda ancha y TIC modernas, y vinculándose a las nociones de competitividad global, sostenibilidad, empoderamiento y calidad de vida (Eurocities, 2019).

Ahora bien, la extensión de las TIC también ha generado durante los años de crisis de la economía y del empleo una serie de plataformas digitales que, en ciertos supuestos, dan lugar a actividades que cabe incluir en la economía informal (Sierra Benítez, 2017, 232-233). Y ello porque los trabajadores que realizan ta-

les actividades a través de plataformas digitales, con frecuencia, en la legislación o en la práctica están insuficientemente cubiertos por sistemas formales o no lo están en absoluto, en lo que se refiere a sus derechos laborales y a su protección social, de acuerdo con la definición dada en torno a la «economía informal» por el artículo 2.a) de la Recomendación núm. 204 de la OIT, de 12 de junio de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal. Una recomendación que recuerda, asimismo, «que la mayoría de las personas que se incorporan a la economía informal no lo hacen por elección, sino como consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento» (Exposición de Motivos), y que extiende su aplicación a trabajadores asalariados, trabajadores autónomos, socios de cooperativas y trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas (cfr. artículo 4). Con otras palabras, la economía informal alcanza no solo a quienes, en la práctica, prestan servicios sin ningún tipo de protección social, en lo que viene denominándose economía sumergida, entendiéndose por tal el conjunto de actividades «que se sustraen al conocimiento y al control del Estado» (Perone, 2007, 155), en la línea del concepto limitado adoptado por la OCDE y la Unión Europea (López Rodríguez, 2017, 66), sino que también a aquellos que prestan sus servicios bajo los regímenes profesionales regulados, siempre y cuando estos trabajadores cuenten con una protección menor que la que debieran, por aplicárseles un régimen profesional que no les corresponde, en fraude de ley, o porque, aun aplicándoseles el régimen profesional que les corresponde, se vulneran los derechos que les corresponden conforme a dicho régimen. Por consiguiente, en tanto en cuanto el trabajo informal, como consecuencia más concreta de la economía informal, supone una carencia de protección social y, por ende, conlleva un trabajo precario y contrario al trabajo decente, constituye un problema grave. Problema que no sólo se traduce en que los trabajadores informales padecen una situación de inseguridad y vulnerabilidad en el empleo, sino que también en que dicha desprotección se torna en una amenaza para la economía formal, al aumentarse la carga financiera directa de los trabajadores formales e incrementarse, asimismo, la competencia desleal (OIT, 2002, 62; López Rodríguez, 2017, 68).

Por todo ello, tiende a criticarse que la economía digital, que se sustenta, principalmente, en las plataformas profesionales, como nuevo modelo de prestación de servicios, tiene un efecto precarizador sobre los ya debilitados mercados de trabajo, cuando puede llegar a encubrir un uso fraudulento de contratos de trabajo (Mercader Uguina, 2017, 99). Y ello, básicamente, porque «con la entrada de la era digital, las formas de prestación de servicios han cambiado radicalmente creando gran inseguridad jurídica respecto a qué normas son aplicables al ciberespacio» (Todolí Signes, 2015, 3). En concreto, la particularidad que presentan las plataformas digitales de alcanzar un nivel de descentralización productiva nunca antes visto, descomponiendo el trabajo en pequeñas unidades sin sentido en sí mismas, y, por ende, permi-

tiendo el acceso al mismo a personas sin un nivel de formación y perfil profesional excesivo, lleva a considerar que tales plataformas han irrumpido como un acelerador exponencial de la precariedad y la atipicidad en el mercado de trabajo (Beltran de Heredia Ruiz, 2018, 16). Por consiguiente, no resulta extraño que la OIT advierta el hecho de que «los cambios tecnológicos y la digitalización están creando nuevas formas de trabajo invisible como el «trabajo virtual» o el «trabajo digital»», al tiempo que realiza las siguientes consideraciones al respecto, que resultan del máximo interés, a los efectos aquí propuestos: (OIT, 2017, 20-21):

En estas nociones se incluyen actividades de la economía de ocupaciones transitorias o de colaboración abierta (crowdsourcing), entre ellas, las microtarefas, las actividades de asistencia virtual, o una amplia gama de tareas que sustentan las actividades de las redes sociales. Un malentendido frecuente es creer que las nuevas tecnologías y los algoritmos son los que procesan la información que se recoge mediante esas tecnologías de la información y comunicación. En realidad, son los «trabajadores invisibles» (la mano de obra que hay detrás de la tecnología) quienes hacen la mayor parte de ese trabajo. Estos trabajadores son «invisibles» en el sentido de que su trabajo no tiene una ubicación propia y no suelen tener una relación de empleo reconocida. No queda claro qué fracción de la fuerza de trabajo mundial acabará representando el trabajo virtual, y seguimos sin saber si esas formas de trabajo acabarán entrando en la esfera de la relación laboral, si se convertirán en nuevos tipos de trabajo informal o si no podrán encajar en los marcos normativos existentes.

Consideraciones estas últimas en las que se profundiza en la 5.^a Nota Informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (15-17 de febrero de 2018) por el Grupo 3: Tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico, relativa a *La calidad del trabajo en la economía de plataformas*. Concretamente, se señala que aunque el porcentaje del empleo que se lleva a cabo a través de plataformas digitales oscila todavía entre el 0,5 por ciento de la fuerza de trabajo en los Estados Unidos y el 5 por ciento en Europa, se espera una expansión del trabajo digital en el futuro. Ante ello, se advierte también como hay que estar a una combinación de factores para determinar si una plataforma digital puede considerarse un vector del emprendimiento y una institución libre o un canal para la explotación de los trabajadores.

2. Discusión sobre la laboralidad o no de los servicios prestados a través de plataformas digitales

Ante la discusión sobre la laboralidad o no de los servicios prestados a través de plataformas digitales, ante todo, debe quedar claro que, en principio, la

prestación de este tipo de servicios no predetermina la naturaleza jurídica de la relación de los prestadores de servicios (Sempere Navarro, 2019). Por lo que la crítica arriba señalada debe basarse siempre en el examen a realizar en cada caso concreto acerca de si concurren o no las notas típicas de laboralidad. En ese sentido, en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsible en la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2017 [COM (2017) 797 final], se aboga por la aplicación de la misma a los trabajadores de las plataformas en línea, siempre y cuando dichos trabajadores cumplan los criterios de laboralidad fijados por la jurisprudencia emanada del TJUE, desde el asunto C-66/85 Lawrie-Blum, y que la propia propuesta de Directiva recoge en su artículo 2, al definir al trabajador como «una persona física que durante un período de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una remuneración».

Ello no obstante, la tendencia predominante es considerar la naturaleza laboral de la relación entre los prestadores de servicios y las plataformas digitales.

Así, el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, aprobado por Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría (BOE de 28 de julio de 2018, núm. 182), en el apartado relativo al «Informe de diagnóstico del mercado de trabajo» destaca que es significativa la presencia de falsos autónomos en los nuevos negocios creados a través de plataformas digitales. Y matiza que «a pesar de difuminar ciertas notas de la relación laboral ello no impide su calificación como tal». Más concretamente, al referirse a las «Medidas Operativas», dentro del ámbito relativo a «afrentar las nuevas modalidades de prestación del trabajo», si bien se reconoce, primero que:

La irrupción en la sociedad actual de las nuevas tecnologías de la información y el uso generalizado de internet ha traído consigo la modernización (al igual que en otros muchos ámbitos) de las relaciones laborales, disponiendo de nuevos mecanismos y dispositivos que, en muchos casos, facilitan y agilizan la prestación de servicios y/o actividades mercantiles.

Y segundo que:

En este contexto ha surgido la llamada economía de las plataformas, efectuada a través de una plataforma o aplicación informática.

Acto seguido se afirma como:

Bajo esta denominación han aflorado en ciertos casos determinadas prácticas empresariales irregulares que están promoviendo una precarización del mercado de trabajo, fundamentado en la reducción de costes mediante la disminución y conculcación de los derechos laborales, haciéndose latente no sólo en el ámbito de los tra-

bajadores y trabajadoras altamente cualificados, sino también respecto de aquellos empleados con menos posibilidades de acceder a puestos duraderos, fomentando así la aparición de un tipo de trabajador que ha de realizar cada vez más horas por un mismo precio, o incluso por uno inferior, dando fuerza al concepto denominado «trabajador pobre».

Y se realiza una importante matización, al señalar que:

La utilización de las plataformas online no es exclusivo del modelo de economía de plataformas, sino que se ha extendido en los últimos años a todo tipo de empresas, que ofrecen un gran número de servicios y cubren distintas modalidades de modelo de negocio. En este contexto, algunas empresas, amparándose en estas infraestructuras virtuales desdibujan el concepto tradicional de centro de trabajo, recurren a trabajadores a los que exigen encuadrarse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, ya sea a través de su figura habitual, o bien a través de la figura del TRADE cuando en realidad, su relación jurídica reúne las características propias de una relación laboral por cuenta ajena.

Para concluir previendo que:

Tanto en plataformas digitales como en el propio comercio electrónico, bajo el anonimato que proporciona la red, podrían ampararse situaciones de economía irregular, ya sean faltas de alta tanto en el Régimen Especial de Autónomos como en el Régimen General de la Seguridad Social.

En la línea de reconocer el carácter laboral de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales se pronunció, en primer lugar, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) de Cataluña, en su informe de 9 de marzo de 2015 (núm. de expediente 8/0025767/14), en relación con los conductores que prestan sus servicios a través de *Uber System Spain* (Rojo Torrecilla, 2015). Así, en este caso, y conforme a la síntesis realizada por Beltran de Heredia, pueden resaltarse los siguientes argumentos a favor del carácter laboral de la relación (Beltran de Heredia Ruiz, 2018, 66):

El hecho de que el trabajo de los conductores forme parte esencial del tráfico mercantil de la empresa, la ausencia de cualquier tipo de organización empresarial de los conductores, el proceso de selección y la necesidad de superar determinados requisitos para quedar registrados en la aplicación informática, la transmisión de instrucciones y directrices de trabajo y el control constante de su labor a través de encuestas y valoraciones de satisfacción. La libertad de horario y la posibilidad de escoger el momento y la duración de su prestación queda limitado por el sistema de productividad fijado por incentivos, descritos a partir del interés de la empresa, que también establece una prestación de servicios mínima (previéndose la desconexión en caso de que no se alcance) o el envío de mensajes para el caso de que el trabajador no se conecte. El hecho de que Uber facilitara a los conductores móviles, el entendimiento de que el verdadero medio de producción es la aplicación (y

no los vehículos), el sistema de cobro de los servicios (y posterior abono a los conductores) son los factores que, juntamente con el sistema de retribución, llevan a la ITSS a calificar la relación como laboral.

Del mismo modo, posteriormente, la ITSS ha procedido en la misma línea también en otras Comunidades Autónomas, como Madrid, Valencia o Aragón, en supuestos que enfrentaban a los prestadores de servicios que actúan como *riders* y a las compañías Deliveroo y Glovo (Todolí Signes, 2017; Rojo Torrecilla, 2017; Beltran de Heredia Ruiz, 2018, 66-70; Heras, 2018).

Pero, sin duda, de cara a reforzar dicha tendencia de considerar personal laboral a los prestadores de servicios de las plataformas digitales, deben tenerse en cuenta los razonamientos contenidos en las sentencias de los Juzgados de lo Social que se están dictando respecto a empresas como Deliveroo, Glovo o Take Eat Easy. En concreto, hasta la fecha, son relevantes a tales efectos, la SJS núm. 11 de Barcelona, de 29 de mayo de 2018 (núm. rec. 652/2016) (Take Eat Easy); la SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018 (núm. rec. 633/2017) (Deliveroo); la SJS núm. 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 (núm. rec. 53/2019) (Glovo); la SJS núm. 1 de Gijón, de 20 de febrero de 2019 (núm. rec. 724/2018) (Glovo); la SJS núm. 1 de Madrid, de 3 de abril de 2019 (núm. rec. 944/2018) (Glovo); y las SSJS núm. 1 de Madrid, de 4 de abril de 2019 (núm. rec. 946/2018 y núm. rec. 947/2018) (Glovo). Y cabe, asimismo, destacar, el análisis que alguna de esas sentencias ha realizado de la jurisprudencia que se ha pronunciado en ese mismo sentido en otros países [cfr. SJS núm. 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 (núm. rec. 53/2019), F.D. 14.^a].

En todas ellas se declara la laboralidad de la relación existente entre un *rider* o repartidor y la compañía correspondiente, al apreciarse la existencia de las notas características de la relación laboral de dependencia y ajenidad. En ese sentido, se hace referencia a indicios tradicionales de dependencia y ajenidad, tales como la carencia de organización empresarial por parte de trabajador, la existencia de órdenes de trabajo y procesos estandarizados, la sujeción del trabajador a las instrucciones de la empresa en cuanto a la forma de trabajar, al fijar, por ejemplo, los tiempos y normas de comportamiento de obligado cumplimiento, la asignación por la empresa de una zona determinada de trabajo, la fijación de un horario previamente establecido por la empresa para prestar los correspondientes servicios, a pesar de que dentro del mismo el trabajador pueda gozar de cierta libertad organizativa en cuanto a la determinación de las concretas franjas horarias, la planificación del disfrute de las vacaciones, el carácter personalísimo de la prestación que conlleva la autorización por parte de la empresa para que el trabajador pueda delegar su trabajo en una tercera persona, el uso obligatorio de distintivos corporativos propios de la empresa, la determinación del precio del trabajo y del modo de cobrarlo por parte de la empresa (a pesar de que la empresa emita una factura al repartidor, pues este se limita a validarla dentro

de unos criterios fijados por la propia empresa), la existencia de un régimen disciplinario, la frecuencia en el abono de la retribución y el carácter garantizado del mismo, la no participación del trabajador en los beneficios que, en su caso, puede obtener la empresa. Pero también se incide en algunos indicios de carácter más novedoso, como resulta ser la dependencia tecnológica respecto a la aplicación facilitada por la compañía sin la que el trabajador no puede desarrollar su actividad, tal y como ya adelantara la STS 4.^a, de 11 de abril de 2005 (núm. rec. 143/2004). Circunstancia esta última que se produce, por ejemplo, cuando el trabajador aun aportando su teléfono móvil, para prestar su servicio debe descargarse una aplicación desarrollada y gestionada por la empresa para acceder a una plataforma digital que controla y organiza igualmente la empresa, y de la que depende el trabajador para prestar sus servicios. Igualmente debe destacarse la referencia al control ejercido por la empresa sobre los tiempos de trabajo o realización del trabajo a través de aplicaciones de geolocalización como el GPS. Estos dos últimos indicios, que se han considerado como novedosos, deben insertarse en las consecuencias que están generando las TIC en el trabajo, en el sentido de que con el desarrollo de las mismas el tiempo y el lugar del trabajo han sufrido alternaciones relevantes. Como se afirma en la SJS núm. 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 (núm. rec. 53/2019), «el centro de trabajo potencialmente es ahora todo aquel que pueda ser objeto de geolocalización y el tiempo de trabajo también puede ser potencialmente todo aquel en el que la actividad puede presentarse empleando las TIC» (F.D. 2.º). Precisamente, la cuestión determinante para la calificación de una relación de trabajo como laboral pasa por saber quién controla y organiza las TIC, pues si quien las controla y organiza es un tercero parece claro que quien trabaja dependiendo de las mismas debe ser calificado como trabajador asalariado. En palabras de la mencionada sentencia, en tal caso, «el servicio a prestar a través de la plataforma, exige necesariamente que otra persona distinta de las que se interrelacionan en ella intervenga con su propia actividad para que el servicio pueda ser prestado». Es decir, «la plataforma (...) relaciona a cliente y proveedor, pero necesita de un eslabón adicional: la persona que ponga a disposición de aquellos los bienes elaborados por estos» (F.D. 3.º).

Ello no obstante, no cabe desconocer que algunas sentencias de Juzgados de lo Social han abogado, en determinados supuestos, por calificar cómo autónomos económicamente dependientes (TRADE) a los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales, por considerar que sí existe una organización empresarial por parte de dichos trabajadores. Es el caso de la SJS núm. 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018 (núm. rec 1353/2017) (Glovo) y de la SJS núm. 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019 (núm. rec. 418/2018) (Glovo).

Ante las dudas interpretativas que genera la calificación jurídica de este tipo de relaciones de trabajo, se ha pretendido observar un atisbo de claridad

en el hecho de que el acuerdo de modificación del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería, suscrito el 13 de diciembre de 2018 (BOE de 29 de marzo de 2019, núm. 76), que tiene naturaleza de acuerdo interprofesional conforme a lo establecido en el artículo 83, apartados 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) (BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255) haya incluido en su ámbito funcional (*cf.* artículo 4):

El servicio de reparto de comidas elaboradas o preparadas y bebidas, a pie o en cualquier tipo de vehículo que no precise autorización administrativa establecida por la normativa de transporte, como prestación de servicio propio del establecimiento o por encargo de otra empresa, incluidas las plataformas digitales o a través de las mismas.

Pero, claro está, la aplicación de dicho acuerdo requerirá previamente que exista un contrato de trabajo entre quien presta el servicio y quien controla la plataforma digital a través de la cual es posible ofrecer el servicio. Además, esta regulación puede incluso no resultar acertada por vulnerar uno de los límites que, conforme a la jurisprudencia, debe regir en materia de contenido del convenio colectivo. En efecto, aun teniendo las partes legitimación para negociar, según la jurisprudencia, las partes negociadoras solamente pueden determinar un ámbito que sea acorde con la naturaleza de las cosas (vid. STS 4.^a, de 14 de marzo de 2007, n.º rec. 158/2005). Lo que significa que debe ser un ámbito no arbitrario, sino objetivamente razonable, en el sentido de que no puede incluir a empresas o subsectores con intereses claramente diferenciados (vid. STS 4.^a, de 16 de noviembre de 2002, n.º rec. 1218/2001). Ello obedece a que sólo partiendo de cierta homogeneidad podrá establecerse una regulación uniforme de condiciones de trabajo (vid. STS 4.^a, de 19 de diciembre de 1995, n.º rec. 34/1995; STS 4.^a, de 8 de junio de 2005, n.º rec. 100/2004; STS 4.^a, de 21 de septiembre de 2006, n.º rec. 27/2005). Y a la luz de todo ello, parece claro que el acuerdo en cuestión, en el punto objeto de análisis, afecta a dos ámbitos claramente diferenciados, a saber, a la hostelería y al transporte.

El problema en la calificación jurídica del trabajo prestado por medio de plataformas digitales se agrava, más aún si cabe, teniendo en cuenta que el mismo se confunde, con frecuencia, con el trabajo colaborativo, propio de la denominada economía colaborativa, teniendo en cuenta, como se verá, que no existe un concepto legal relativo a esta última (*infra* 2). Es más, la propia OIT, en la ya mencionado 5.^a Nota Informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, ha llegado a incurrir en el error de relacionar el trabajo colaborativo con el trabajo a través de plataformas digitales, sin considerar como tal también al trabajo a pedido a través de aplicaciones («*work on demand* vía *apps*»), cuando, en realidad, cabe preguntarse acerca de si ambas formas de trabajo digital podrían subsumirse en el con-

cepto de economía colaborativa y conforme a qué condiciones. Precisamente, es en este punto donde cobra especial importancia la necesidad de abordar el concepto y alcance de la economía colaborativa. Pero antes de profundizar en esas cuestiones, resulta de interés referirse a los aspectos positivos que resalta la referida 5.^a Nota Informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo sobre el trabajo colaborativo, así como a las inquietudes que detecta respecto al trabajo en plataformas. No en vano, tales aspectos positivos e inquietudes solamente podrán esclarecerse a la luz de lo que se entienda por economía colaborativa. Así, respecto a los aspectos positivos, se señala que:

Muchos gobiernos y legisladores de países desarrollados y en desarrollo han adoptado este tipo de trabajo como fuente potencial de buenos empleos, con efectos indirectos beneficiosos sobre los sectores afines (...). Además, el trabajo colaborativo proporciona flexibilidad a los trabajadores ya que pueden elegir cuándo, dónde y cómo quieren trabajar, así como qué tareas quieren desempeñar (...). En consecuencia, los trabajadores con discapacidades o responsabilidades familiares, así como los residentes en zonas rurales o económicamente deprimidas, tienen una alta representación entre los trabajadores colaborativos (...).

Y en lo que se refiere a las inquietudes que genera el trabajo colaborativo, se afirma que:

Hay una serie de inquietudes relacionadas con la poca claridad de la situación en el empleo, el trato injusto, los bajos ingresos, los impagos, la falta de protección social y la falta de voz de los trabajadores (...). La mayoría de las plataformas no aplican al trabajo realizado las normas de protección de los empleados que establece la legislación laboral, puesto que los trabajadores suelen ser contratados como contratistas independientes. Aunque algunos de estos trabajadores pueden ser trabajadores por cuenta propia legítimos, en otros casos pueden haber sido clasificados incorrectamente en esta categoría para evitar las obligaciones de la legislación laboral (...).

Fruto de este tipo de inquietudes, en el ámbito de la Unión Europea, el 26 de marzo de 2019 se aprobó la Decisión (UE) 2019/540 de la Comisión, relativa a la propuesta de iniciativa ciudadana titulada «#NewRightsNow — Reforzar los derechos de los trabajadores «uberizados»» (DOUE de 2 de abril de 2019, L). Así, al referirse a los objetivos de la propuesta de esta iniciativa ciudadana se establece lo siguiente:

Pretendemos que las plataformas digitales tengan la obligación de abonar unos ingresos mínimos garantizados a los trabajadores «por cuenta propia» que trabajan para ellos habitualmente. Esta medida de justicia social garantizaría y estabilizaría sus ingresos y, en concreto, frenaría la inseguridad laboral. De manera más general, queremos reforzar los derechos sociales de los trabajadores «uberizados».

3. El concepto de economía colaborativa

Como se ha adelantado, actualmente no existe una definición legal de economía colaborativa. No obstante, de las definiciones que se han ido creando en el seno de la Unión Europea, es posible extraer una serie de conclusiones que resultan de gran importancia de cara a determinar cuándo o en qué condiciones las plataformas digitales pueden considerarse economía colaborativa, en la medida en que, como se verá, las plataformas digitales, como clara manifestación de las TIC y de la digitalización de las sociedades, se vinculan estrechamente a la misma. En último término, no cabe olvidar que el objetivo principal de este estudio radica en defender la economía colaborativa como herramienta a utilizar por las Administraciones Públicas en el ámbito local para evitar la economía informal y generar así el empleo digno que posibilite el desarrollo de los municipios, evitando, con ello, el fenómeno de la despoblación.

De este modo, centrando la atención en el concepto de economía colaborativa, y, por tanto, del trabajo colaborativo, la Comisión Europea, en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 28 de octubre de 2015, «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas» [COM (2015) 550 final] la define como «un complejo sistema de servicios a la carta y utilización temporal de activos basado en el intercambio a través de plataformas en línea». Precisamente, a partir de dicha definición, la Comisión Europea se pronuncia en los siguientes términos:

La economía colaborativa da lugar a una mayor variedad donde elegir y a precios más bajos para los consumidores y brinda oportunidades de crecimiento a las empresas emergentes innovadoras y las empresas europeas existentes, tanto en sus países de origen como más allá de sus fronteras. Aumenta, además, el empleo y beneficia a los empleados, al permitir horarios más flexibles, que van desde microempleos no profesionales hasta el emprendimiento a tiempo parcial. Los recursos pueden utilizarse de manera más eficiente, con lo que aumentan la productividad y la sostenibilidad.

En segundo lugar, y con mayor detalle, la Comisión Europea, en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 2 de junio de 2016, «Una agenda Europea para la economía colaborativa» [COM (2016) 356 final], establece que el término «economía colaborativa» se refiere a:

Modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes: i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos,

tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; e iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.

Ahora bien, el Comité de las Regiones Europeo, en su Dictamen de 4 de diciembre de 2015 «La dimensión local y regional de la economía colaborativa», ha criticado que dicha definición se centra en los aspectos comerciales y de los consumidores de la economía colaborativa, y que deja de lado los planteamientos no comerciales y basados en una lógica social (cfr. apartado 2). En ese sentido, el Comité de las Regiones Europeo considera que (apartado 6):

La economía colaborativa podría dar lugar a una nueva identidad económica, la de la persona que no desea actuar sola y que, en vez de guiarse por el ansia de maximizar sus propios intereses materiales, acompaña su comportamiento económico de un compromiso con la comunidad, actúa en la esfera pública —política, económica y social— y entabla una relación con sus conciudadanos para velar por el interés común y general.

Además ello entronca con la categoría de economía colaborativa que denomina «economía de puesta en común», y, más concretamente, con la modalidad que denomina de «economía de puesta en común de los bienes de utilidad pública» o «*commoning economy*» para aquellas iniciativas de propiedad o gestión colectiva (cfr. apartado 9). De este modo, la clave se centra en compartir el valor creado entre todos los colaboradores inter-pares que han ayudado a generarlo (Plaza Angulo, Patiño-Rodríguez y Gómez-Álvarez Díaz, 2018, 41). Con otras palabras, desde esta perspectiva, la economía colaborativa consistiría en crear espacios de encuentro donde las personas con necesidades o intereses comunes realizan un intercambio de valor y/o colaboran para un objetivo común (Patiño Rodríguez, Gómez-Álvarez Díaz y Plaza-Angulo, 2017, 58-59), pudiéndose diferenciar con claridad la aportación específica que cada una de ellas realiza al valor creado y/o al objetivo común; aportación sin la cual sería imposible crear el valor y materializar el objetivo común pretendidos. En resumen, la suma de cada una de las aportaciones específicas, claramente diferenciables, es lo que haría posible que distintas personas constituyan una empresa, en sentido amplio, encuadrable en la economía colaborativa.

Precisamente, todo ello resulta coherente con la noción de «comportamiento prosocial no recíproco» que el Comité Económico y Social Europeo, pretende que la Comisión Europea incorpore en el concepto de economía colaborativa, al tiempo que «establezca una clara diferenciación del uso compartido no lucrativo y que provea un espacio de interacción para el consumo, la

producción, la financiación y el conocimiento colaborativo»¹. A tales efectos, debe tenerse en cuenta que el Comité Económico y Social Europeo entiende por «comportamiento prosocial no recíproco», exactamente, «el acto y el proceso de distribuir lo que es nuestro con otros para su uso o el acto y el proceso de recibir o tomar alguna cosa de otros para nuestro uso»². Es decir, todo hace indicar que la idea de la no reciprocidad incide en el objetivo común buscado por las partes que interactúan, y que hace que sus pretensiones personales queden supeditadas al mismo, en la medida en que es así como solamente puede crearse valor. En ese sentido, parte de la doctrina científica habla de «economía colaborativa verdadera», entendiéndola por tal la que está orientada al uso antes que a la propiedad del mismo, de forma y manera que no existe rivalidad entre los colaboradores y el valor generado entre todos es colectivo, tendiendo así a la construcción de la comunidad (Gómez-Álvarez Díaz y Morales Sánchez, 2018, 28-32).

En esa línea, el Comité de las Regiones Europeo entiende que la economía colaborativa puede, entre otros aspectos positivos, mejorar la calidad de vida, impulsar el crecimiento (en particular en las economías locales), reducir el impacto en el medio ambiente y generar nuevo empleo de calidad³. Pero, al mismo tiempo, también es consciente de los problemas y amenazas que puede conllevar una economía colaborativa mal gestionada, que, en realidad, poco tiene de colaborativa. De ahí su especial insistencia en las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores de la economía colaborativa. No en vano, afirma que «la economía colaborativa podría crear una nueva clase social, la colaborativa, que necesita garantías sociales y económicas»⁴. Y, en esa línea, el Comité Económico y Social Europeo ha afirmado que «aboga por analizar con mayor profundidad los modelos laborales de la economía colaborativa que entroncan con el comportamiento prosocial no recíproco»⁵.

De acuerdo con esta teorización o conceptualización de lo que debe entenderse por economía colaborativa se defiende como hipótesis que la colaboración público-privada en el ámbito local se inserta en dicho comportamiento proso-

¹ Dictamen del Comité Económico y Social, de 15 de diciembre de 2016, sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea para la economía colaborativa» (DOUE de 10 de marzo de 2017, C-75), apartado 3.4.

² Dictamen, de 25 de mayo de 2016, sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación» (DOUE de 19 de agosto de 2016, C-303), apartado 1.4.

³ Dictamen del Comité de las Regiones Europeo de 4 de diciembre de 2015: La dimensión local y regional de la economía colaborativa, apartado 13.

⁴ Dictamen del Comité de las Regiones Europeo de 4 de diciembre de 2015: La dimensión local y regional de la economía colaborativa, apartado 17.

⁵ Dictamen del Comité Económico y Social, de 15 de diciembre de 2016, sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea para la economía colaborativa», apartado 4.4.5.

cial no recíproco que caracteriza a la economía colaborativa, en tanto que a través de dicha colaboración se busca un bien común: la creación de empleo digno que mantenga vivos a los municipios, evitando su despoblación. En último término, como ha advertido la doctrina científica (Gómez-Álvarez Díaz y Morales Sánchez, 2018, 35):

Se trata de actividades de cooperación entre los agentes locales, puesto que debe existir una financiación inicial y una gestión democrática y transparente para su sostenibilidad, y que puede generar nuevos proyectos basados en la confianza y en el conocimiento de los participantes creados de la mano de la plataforma.

Además, ello se presenta como alternativa a la economía informal, con el objetivo de identificar las vías a través de las cuales poder encauzar dicha colaboración público-privada en cuanto al fomento de la economía colaborativa en el ámbito local. Y ello porque toda fórmula que se aleje del concepto de economía colaborativa analizado supondrá una fórmula de falsa economía colaborativa. A todo ello se dedica el siguiente apartado.

4. La colaboración público-privada en el fomento de la economía colaborativa en el ámbito local como alternativa a la economía informal

Al hilo de la hipótesis planteada en el apartado anterior, *in fine*, y a los efectos de contrastarla, como punto de partida, cabe señalar que la Recomendación núm. 204 de la OIT, de 12 de junio de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, destaca dos aspectos de interés que dan lugar, necesariamente, a la colaboración pública privada. Por una parte, en el marco integrado de políticas que propone para facilitar la transición a la economía formal, se refiere expresamente al «acceso a la infraestructura y la tecnología» (artículo 11.l) y, más concretamente, al referirse a la transición de las micro y pequeñas unidades económicas a la economía formal, se refiere, en claro mandato a las Administraciones Públicas, a que se deberían «reformar las normativas sobre la creación de empresas, reduciendo los costos de registro y la duración del procedimiento y mejorando el acceso a los servicios, mediante, por ejemplo, las tecnologías de la información y la comunicación» (artículo 25.a). Y, por otra parte, también en el marco integrado de políticas que propone para facilitar la transición a la economía formal, se refiere a «la promoción del emprendimiento, de las microempresas, las pequeñas empresas y las medianas empresas y de otras formas de modelos empresariales y unidades económicas, como las cooperativas y otras unidades de la economía social y solidaria» (artículo 11.g). En suma, parece lógico concluir que el fomento de las TIC entre los autónomos y las cooperativas y otras entidades de la economía social contribuye a erradicar la economía informal, y, por tanto, a promover el empleo digno.

Partiendo de dicha premisa, a los efectos de este estudio, debe resaltarse la idoneidad del ámbito local en la promoción del empleo, a partir del presupuesto de la proximidad (Olarte Encabo, 2016, 269-284), con fundamento en el artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE de 3 de abril de 1985, núm. 80), la política de cohesión territorial que trae causa de los objetivos prioritarios de la Unión Europea (cfr. artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea) y que se recoge en la Estrategia Europa 2020, y las implicaciones derivadas, principalmente, del Dictamen del Comité de las Regiones, de 29 de noviembre de 2012, relativo al desarrollo local participativo (DOUE de 19 de enero de 2013, C 17), y del Reglamento (UE) núm. 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la PESCA, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la PESCA, y se deroga el Reglamento (CE) núm.1083/2006 del Consejo (DOUE de 20 de diciembre de 2013, L 347)⁶.

Además, las ayudas concedidas en materia de las TIC por parte de las Administraciones Públicas en el ámbito local, como política de empleo, para desarrollar y empoderar a los trabajadores autónomos y a las empresas de la Economía Social, en coherencia con lo señalado en la Recomendación núm. 204 de la OIT, de 12 de junio de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, resulta acorde a lo establecido por el artículo 107.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por lo que pueden considerarse compatibles con el mercado interior, sin que quepa tacha alguna de vulneración de la competencia (Fita Ortega, 2017, 124-132), siempre y cuando se actúe conforme a las reglas fijadas por el Reglamento (UE) núm. 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 de 26 de junio de 2014, L 187).

Por último, de cara a la colaboración público-privada, se considera que el trabajo autónomo y las cooperativas constituyen las fórmulas más idóneas para que las Administraciones Públicas puedan fomentar la economía colaborativa y, por medio de esta, proceder al desarrollo local. Con otras palabras, de lo que se trata es que mientras que las Administraciones Públicas incentiven la digitalización de las empresas, estas consigan mantenerse en la economía formal y generar empleo de calidad. De ese modo, la sinergia entre lo público y lo privado posibilita mantener un comportamiento prosocial no recíproco, consistente en posi-

⁶ Debe destacarse el Capítulo II del título III de dicho Reglamento, al referirse, expresamente, al Desarrollo local participativo (DLP) (cfr. artículos 32 a 35).

bilitar el desarrollo local. A modo de ejemplo, la digitalización, que en el ámbito local puede traducirse en distintas iniciativas relacionadas con las TIC, puede materializarse, como consecuencia de la colaboración público-privada, en la implementación de páginas web para los comerciantes, en la infraestructura necesaria para la venta de productos on line, en la creación de espacios preparados específicamente para el trabajo digital, como pueden ser los centros de teletrabajo, o de creación de plataformas digitales de intercambio o prestación de servicios, y en la oferta formativa y de asesoramiento que todo ello pueda requerir. A estos efectos, cabe recordar que el Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020 (BOE de 16 de diciembre de 2017, núm. 305), por una parte, establece como objetivo instrumental del objetivo estructural-eje relativo a la formación, la necesidad de «ajustar la oferta formativa a las necesidades del mercado de trabajo y a la mejora de la competitividad del tejido productivo, con especial atención a las competencias clave, digitales e idiomáticas»; y, por otra parte, se refiere como objetivo instrumental del objetivo estructural-eje relativo al emprendimiento, a la necesidad de «promover dentro de las políticas de activación e inserción el emprendimiento, el empleo autónomo y las nuevas oportunidades laborales que ofrecen la economía digital y las distintas fórmulas de la economía social y de la economía colaborativa».

Precisamente, en ese sentido, puede citarse como ejemplo el canal de venta on line llamado Correos Market, que ha sido recientemente lanzado por el grupo estatal Correos, con el objetivo de crear oportunidades de negocio en el medio rural y luchar así contra la despoblación. De este modo, Correos entra de lleno en la venta on line, en la que se diferenciará como plataforma de productos exclusivamente españoles. Las compras de Correos Market no tendrán gastos de envío y contarán con un sello que garantice su elaboración artesanal, los controles de calidad y el fomento de materiales naturales y con denominación de origen. En concreto, los productos del nuevo canal de ventas se venderán en categorías como alimentación, bebidas, artesanía o cosmética. Los vendedores podrán adscribirse al proyecto desde la propia web, con la condición de haber creado, tratado y elaborado sus productos en España y cumplir unos criterios de buenas prácticas (De las Heras, 2019).

4.1. El trabajo autónomo como fórmula para encauzar la economía colaborativa

Centrando la atención en el trabajo autónomo, las ayudas en el sentido apuntado, y en los términos expresamente señalados por la Recomendación núm. 204 de la OIT, de 12 de junio de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, pueden resultar fundamentales para evitar la huida de la economía formal hacia la economía informal de muchos autónomos cuando no el cierre de los pequeños comercios. Más concretamente, este em-

poderamiento de los trabajadores autónomos, titulares de pequeños negocios, puede evitar o, por lo menos, aligerar, las incertidumbres ya referidas (*supra* 1) que se están produciendo en el ámbito de las plataformas digitales en torno a la calificación jurídica de la relación existente entre los prestadores de servicios y las empresas titulares de las plataformas.

La principal base jurídica para el fomento de las TIC entre los trabajadores autónomos la constituye la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA) (BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166), hasta el punto que el fomento de las TIC entre los trabajadores autónomos constituye, al mismo tiempo, el propio fomento del trabajo autónomo. Así, el artículo 27 de la LETA, en su apartado primero, establece un claro mandato para los poderes públicos, para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, adopten políticas de fomento del trabajo autónomo dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia. Y, a continuación, en su apartado segundo, se concreta que tales políticas deben materializarse, entre otras, en medidas dirigidas a «facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa, de forma que se mejore la productividad del trabajo o servicio realizado», a «crear un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y profesionales en el marco del trabajo autónomo» y a «apoyar a los emprendedores en el ámbito de actividades innovadoras vinculadas con los nuevos yacimientos de empleo, de nuevas tecnologías o de actividades de interés público, económico o social». Además, se considera que el fomento del trabajo autónomo constituye el punto de partida o germen para mejorar el potencial de crecimiento de las PYME. De ahí que facilitar el acceso de los autónomos a la financiación, a la investigación a la innovación y a las TIC contribuya directamente a liberar su potencial de crecimiento (Purcalla Bonilla, 2008, 86).

Por su parte, en el ámbito autonómico, debe destacarse, por lo novedoso que resulta a los efectos de considerar las TIC, y en particular las plataformas digitales, como una herramienta esencial para el fomento del trabajo autónomo, la Ley 7/2019, de 29 de marzo, de apoyo y fomento del emprendimiento y del trabajo autónomo en Aragón (BOA de 12 de abril de 2019, núm. 72).

Así, en primer lugar, entre sus objetivos, se establece (artículo 5.2.c):

Favorecer la formación y reciclaje profesional que garanticen la adecuada y continua capacitación del trabajador autónomo en la actividad que desarrolle, así como en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, instalando las infraestructuras de conexión oportunas por todo el territorio.

En segundo lugar, se apuesta por el fomento de las plataformas tecnológicas (artículo 22), con distintas implicaciones y alcance. Así, por una parte se establece que:

La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá la participación de personas trabajadoras y profesionales autónomas, así como de la microactividad a través de plataformas tecnológicas de intercambio que puedan tener un reflejo en el intercambio personal y económico-financiero en espacios públicos, en especial, aquellas basadas en software libre y código abierto.

Y en lo que se refiere estrictamente a la prestación de servicios, se dispone que:

Se fomentará el uso y difusión de plataformas tecnológicas para el trabajo autónomo y la actividad profesional al objeto de que estos puedan ampliar su dimensión, dotándose de unas herramientas que les permitan ofertar servicios y productos en las mejores condiciones de competitividad.

Y sin salir del ámbito de la prestación de servicios, resulta de gran interés para sostener una de las principales tesis de este estudio, la siguiente regulación, en tanto en cuanto que se vinculan las TIC al trabajo formal, al desarrollo local y a la supervivencia de los municipios alejados de las grandes ciudades:

Se dedicará especial atención a aquellas plataformas diseñadas para promover el trabajo en red en el mundo rural, a los efectos de mejorar la tasa de supervivencia de sus proyectos y de favorecer la vertebración del territorio en la Comunidad Autónoma.

De manera más modesta, en lo que a la regulación se refiere, también pueden destacarse otras normas autonómicas, como por ejemplo:

- La Ley 3/2018, de 8 de mayo, Andaluza de Fomento del Emprendimiento (BOJA de 14 de mayo de 2018, núm. 91), que al contemplar los servicios de apoyo y consolidación del emprendimiento en primera y segunda oportunidad, sin perjuicio de la financiación prevista para los proyectos tecnológicos e innovadores (cfr. artículo 8.3.a), establece como medida que puede resultar de interés a los efectos aquí tratados, la creación de un servicio de incubadoras de empresas, con la finalidad de poner a disposición de las personas emprendedoras infraestructuras e instrumentos activos para la implantación y consolidación de iniciativas empresariales, especialmente en sectores tecnológicos, innovadores y de rápido crecimiento (cfr. artículo 5.1.e). Ciertamente, el interés de dicha medida debe relacionarse con el conjunto de líneas y medidas de actuación que se prevé promueva el Consejo de Gobierno, para fomentar la cultura y la actividad emprendedora adaptadas al medio rural, con el objetivo de explotar las ventajas diferenciales que aportan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para el medio rural, con la finalidad de disminuir la desigualdad de oportunidades (cfr. artículo 16.g).

- El Decreto 185/2017, de 7 de noviembre, por el que se establece un régimen de incentivos autonómicos a la inversión empresarial en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 13 de noviembre de 2017), subvenciona en la modalidad de industria 4.0, en calidad de adquisición de activos inmateriales, las plataformas colaborativas (cfr. artículo 16.2.e).
- La Ley 5/2014, de 25 de julio, de Fomento y Consolidación del Emprendimiento, el Trabajo Autónomo y las Pymes en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC de 7 de agosto de 2014, núm. 152), establece entre sus fines mejorar el acceso y la adaptación a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación entre los emprendedores y los trabajadores autónomos.
- La Ley Foral 12/2013, de 12 de marzo, de apoyo a los emprendedores y al trabajo autónomo en Navarra (BON de 18 de marzo de 2013, núm. 53), entre los objetivos que considera para promocionar el autoempleo y consolidar la actividad autónoma, se refiere a la creación de un entorno económico, social y cultural que posibilite el desarrollo de iniciativas de autoempleo y diversificación empresarial, especialmente las que favorezcan una actividad innovadora, entre otros ámbitos, en el relativo a las nuevas tecnologías. Y a tal fin se señala que se promoverá la creación de redes sociales profesionales y territoriales que acompañen e impulsen en todo momento las iniciativas de autoempleo (cfr. artículo 7.2.d). Asimismo, como complemento de dicho objetivo, se establece el objetivo de facilitar el acceso y el uso de las nuevas tecnologías, prestando el asesoramiento técnico que resulte necesario (cfr. artículo 7.2.f), y el objetivo de facilitar el acceso a los procesos de innovación y desarrollo tecnológico y organizativo, que contribuyan al incremento de la productividad del trabajo o servicio prestado de forma autónoma (cfr. artículo 7.2.g).
- La Ley 5/2013, de 8 de julio, de apoyo a los emprendedores y a la competitividad e internacionalización de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de la Región de Murcia (BORM de 10 de julio de 2013, núm. 158), contempla como uno de los objetivos del Plan de apoyo a los emprendedores contribuir a impulsar la creación de empresas y su crecimiento en actividades de base tecnológica en toda la Región de Murcia (cfr. artículo 27.3.e). A tal fin, se prevén como instrumentos para la innovación y el I+D+i, promover la capitalización de las empresas innovadoras y de base tecnológica a través de todos los sistemas financieros de apoyo posibles (cfr. artículo 36.2.b), impulsar la creación de empresas de base tecnológica mediante la utilización de la contratación precomercial y la compra pública innovadora (cfr. artículo 36.2.e); y otorgar una valoración positiva a la condición de empresa innovadora y tecnológica en los procedimientos administrativos en que sea posible (cfr. artículo 36.2.f).

- La Ley 10/2013, de 21 de octubre, de La Rioja, de apoyo a emprendedores, autónomos y Pymes (BOR de 25 de octubre de 2013, núm. 134), contempla entre las medidas de apoyo a la innovación, vía subvención, impulsar la creación de empresas de base tecnológica mediante la utilización de la contratación precomercial y la compra pública innovadora (cfr. artículo 20.e) y otorgar una valoración positiva a la condición de empresa innovadora y tecnológica en los procedimientos administrativos en que sea posible (cfr. artículo 20.f).

4.2. Las cooperativas como fórmula para encauzar la economía colaborativa

Respecto a las cooperativas como fórmula para encauzar la economía colaborativa, si bien la Recomendación núm. 204 de la OIT, de 12 de junio de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, se refiere también a otras entidades de la Economía Social, la mención expresa que dicha recomendación realiza a las cooperativas, el hecho de que la Constitución se refiera expresamente en el artículo 129.2 a que los poderes públicos fomentarán las sociedades cooperativas y a la consideración expresa por parte de diversas instituciones de la Unión Europea de que las cooperativas se vinculan a la economía colaborativa, justifican un análisis más detenido de esta fórmula.

Al referirse a la conexión existente entre las cooperativas y la economía colaborativa, el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen, de 21 de enero de 2014, sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo xx», propone el cooperativismo como una de las líneas de actuación que deben formar parte de una estrategia para un desarrollo ordenado del consumo colaborativo o participativo (apartado 5.2.i). En concreto, se señala que «el cooperativismo puede convertirse en el principal aliado del consumo colaborativo o participativo, en la medida en que conjugan y comparten principios y valores». Y se considera que «el movimiento cooperativo puede fortalecer las iniciativas, proactiva y reactivamente, albergando además en su tejido redes de consumo colaborativo o participativo que resulten simbióticos para sus objetivos respectivos» (Salcedo Aznal, 2011, 65-68). Como exponentes de todo ello se mencionan las cooperativas de consumo y las llamadas cooperativas de kilómetro cero.

El propio Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen, de 25 de mayo de 2016, sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación», excluye del concepto de economía colaborativa a las cooperativas (apartado 6.7.a), y con ello parece contradecirse a sí mismo, en atención a lo dictaminado con anterioridad. Sin embargo, esa exclusión debe entenderse en sus justos términos, pues una cosa es la existencia de puntos de coincidencia a nivel de principios y valores entre el cooperativismo y la economía colaborativa, y otra, como se verá, que todas las cooperativas puedan ser consideradas en sí mismas,

sin más, como una de las prácticas a través de las cuales se manifiesta la economía colaborativa (Alfonso Sánchez, 2016, 247).

Por su parte, el Comité de las Regiones Europeo, en su Dictamen, de 4 de diciembre de 2015, «La dimensión local y regional de la economía colaborativa», tras establecer que una parte de la economía colaborativa pertenece a la economía social (apartado 2, *in fine*), en la que se ubican las cooperativas, «anima a la Comisión Europea y a los Estados miembros a establecer incentivos para la economía colaborativa a fin de apoyar y aplicar los principios de la economía social (en particular en lo que se refiere a los principios de solidaridad, democracia y participación, así como a la cooperación con la comunidad local)» (apartado 23). En esa línea, en su Dictamen, de 7 de diciembre de 2016, «Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones», «pide a los Estados miembros, los entes locales y regionales y la Comisión que promuevan soluciones innovadoras para los retos sociales y laborales que plantea la economía colaborativa», y, en especial, pone como ejemplo a las cooperativas, como organización que permite a los trabajadores acceder a una amplia gama de medidas de protección social (apartado 30).

En todo caso, la apuesta por las cooperativas también, al igual que se ha comentado para con los trabajadores autónomos, titulares de pequeños negocios, puede evitar o, por lo menos, aligerar, las incertidumbres ya referidas (*supra* 1) que se están produciendo en el ámbito de las plataformas digitales en torno a la calificación jurídica de la relación existente entre los prestadores de servicios y las empresas titulares de las plataformas. No en vano, las cooperativas constituyen un instrumento adecuado para crear espacios de encuentro donde las personas con necesidades o intereses comunes realizan un intercambio de valor y/o colaboran para un objetivo común. Ello concuerda, además, con el «comportamiento prosocial no recíproco», mencionado por el Comité Económico y Social Europeo, en la medida en que en las cooperativas existe un objetivo común, buscado por los socios, que hace que las pretensiones de cada uno de los ellos queden supeditadas al mismo. En último término, las cooperativas participan de la idea del contrato de sociedad, en el que existe una causa asociativa, frente a la mera causa cambiaria del contrato de trabajo y de los contratos de ejecución de obra y de arrendamiento de servicios. Es más, si se tiene en cuenta que en los trabajos digitales las plataformas y las apps resultan imprescindibles, pues sin las mismas los trabajadores no pueden prestar sus servicios, la fórmula cooperativa se presenta como alternativa con capacidad de aglutinar en su seno una doble función: por un lado, prestar un servicio a los socios, consistente en dirigir y gestionar las plataformas y apps; por otro lado, procurar empleo estable y de calidad a los socios que gracias a las plataformas y apps desempeñan su trabajo (Arrieta Idiákez, 2019, 245-246). Por tanto, cabría fomentar por parte de las Administraciones Públicas cooperativas tanto de trabajo asociado como de servicio, en materia de infraestructuras relacionadas con las TIC y formación vinculada a las mismas, sin descartar la regulación de una nueva

fórmula de cooperativa, a saber, la cooperativa digital, que al carecer de sede física donde realizar el día a día en su actividad, aumenta las posibilidades de negocio también en los municipios más alejados de las grandes ciudades, dado que la cooperativa interactuará con sus clientes a través de la red (Gutiérrez Bengoechea y Sánchez-Archidona Hidalgo, 2016, 34-35).

5. A modo de conclusión

La implementación de las TIC por parte de las Administraciones Públicas resulta fundamental para el desarrollo local, en la medida en que puede evitar el fenómeno de despoblación de aquellos municipios más alejados de las grandes ciudades. Ahora bien, para que dicho desarrollo sea real y efectivo, la implementación de las TIC, cuando se vincula a políticas de empleo, debe velar por la calidad de dicho empleo, en términos de trabajo decente o digno. De lo contrario, la expansión de las TIC puede generar situaciones de economía informal, y, por tanto, de precariedad. Así lo demuestra la incertidumbre existente en el ámbito de las plataformas digitales respecto a la naturaleza de la relación de trabajo entre los prestadores de servicios y la empresa titular de la plataforma. Precisamente con el objetivo de evitar cualquier tipo de incertidumbre y de centrar la atención en los aspectos positivos que las TIC pueden suponer desde la perspectiva del empleo para el desarrollo local, la economía colaborativa se muestra como una herramienta de gran calado. Para ello es imprescindible apostar por la colaboración público-privada, pues la economía colaborativa requiere de un comportamiento prosocial no recíproco, entendido como la búsqueda de un bien común, es decir, que desborda los intereses particulares de las partes implicadas para centrarse en aquello que cada parte, individualmente considerada, no podría conseguir. En esos términos, el fomento de la economía colaborativa por parte de las Administraciones Públicas para combatir la economía irregular y el empleo precario que la misma genera, y lograr el empleo digno que conlleve un verdadero desarrollo local se traduce en la apuesta por fomentar el trabajo autónomo y las cooperativas. Un fomento que cuenta con suficiente base jurídica y que se traduce en la inversión y formación en TIC respecto a dichas instituciones privadas con el fin de lograr un fin mayor.

6. Bibliografía

- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía (2016), «Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Comparada*, 88, 231-258.
- ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier (2019), «Las cooperativas digitales como cauce para el trabajo digital en el contexto de la economía colaborativa», *Revista de Derecho Social*, 85, 233-250.

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2018), «Economía de las plataformas (“platform economy”) y contrato de trabajo», Blog del autor, <https://ignasibeltran.com/2018/02/07/economia-de-las-plataformas-platform-economy-y-contrato-de-trabajo-ponencia/> (última consulta: 10 de junio de 2019).
- DE LAS HERAS, Iñaki (2019), «Correos crea su «Amazon» contra la España vacía», *Expansión*, 16 de mayo, <http://www.expansion.com/empresas/distribucion/2019/05/16/5cd564a468aeb5798b458d.html> (última consulta: 10 de junio de 2019).
- DEL CASTILLO, Alexandra (2014), «La inversión en TIC para el desarrollo local. Una mirada compuesta en torno a las Ciudades Digitales», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 105-140.
- EUROCITIES (2019), «Smart Cities», *Eurocities*, <http://www.eurocities.eu/eurocities/issues/smart-cities-issue> (última consulta: 10 de junio de 2019).
- FITA ORTEGA, Fernando (2017), «Los incentivos a la contratación y el empleo: el conflicto de intereses entre la protección a los desempleados y la tutela de la libre competencia», en Cabeza Pereiro, Jaime (Dir.), *La gestión del cambio laboral en la empresa*, Cizur Menor, Aranzadi — Thomson Reuters, 117-133.
- GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, Rosario y MORALES SÁNCHEZ, Rafael (2018), «Principios ontológicos de la economía colaborativa verdadera», en GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, Rosario, PATIÑO RODRÍGUEZ, David y PLAZA ANGULO, Juan José (Dirs.), *Economía colaborativa... ¿De verdad?*, Murcia, Ediciones Laborum, 15-42.
- GUTIÉRREZ BENGOCHEA, Miguel y SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, Guillermo (2016), *Aspectos tributarios de las cooperativas y sociedades laborales* Granada, Comares.
- HERAS, Jorge (2018), «Trabajo destapa 326 falsos autónomos de Glovo en Zaragoza», *El Periódico de Aragón*, 15 de julio, https://www.elperiodicodearagon.com/noticias/temadial/trabajo-destapa-326-falsos-autonomos-glovo-zaragoza_1297388.html (última consulta: 10 de junio de 2019).
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune (2017), «Trabajo informal y protección social», *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, vol. 1, 3, 61-79.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. (2017), *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- OIT (2002), *Informe VI. El trabajo decente y la economía informal*, Ginebra.
- OIT (2017), *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra.
- OLARTE ENCABO, Sofía (2016), «Políticas locales de empleo», en MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, Juan Antonio y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar (Dirs. y Coords.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor, Aranzadi — Thomson Reuters, 269-284.
- ONTIVEROS, Emilio y VIZCAÍNO, Diego (2017), «Smart Cities. Una aproximación multidisciplinar», *TELOS: Revista de Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad*, 105, 45-48.
- PATIÑO RODRÍGUEZ, David GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, Rosario y PLAZA-ANGULO, Juan José (2017), «Caracterización económica y cuantificación de la economía colaborativa», en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel y HERNÁNDEZ BEJARANO, Macarena (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Albacete, Boma, 51-101.
- PERONE, Gian Carlo (2007), «Economía Informal, Trabajo Sumergido y Derecho del Trabajo», *Revista Gaceta Laboral*, vol. 13, 2, 149-175.

- PLAZA ANGULO, Juan José, PATIÑO-RODRÍGUEZ, David y GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, Rosario (2018), «Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico», en TODOLÍ SIGNES, Adrián. y HERNÁNDEZ BEJARANO, Macarena. (Dir.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Cizur Menor, Aranzadi—Thomson Reuters, 37-62.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel (2008), «El fomento del empleo del trabajo autónomo», *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, 137, 73-114.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (2015), «Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II)», *Blog del autor*, http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la_31.html (última consulta: 10 de junio de 2019).
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (2017), «El caso Deliveroo Valencia. Importa la realidad (trabajo asalariado), no el nombre (trabajo autónomo). Notas y análisis del Acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Blog del autor*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/12/el-caso-deliveroo-valencia-importa-la.html> (última consulta: 10 de junio de 2019).
- SALCEDO AZNAL, Alejandro (2011), «Cooperativismo 3.0», en *100 años de cooperativismo de consumidores. Preparando el futuro: consumidores 3.0*, UNCCUE, 65-68.
- SCHAFFERS, Hans, KOMNINOS, Nicos, PALLOT, Marc, TROUSSE, Brigitte., NILSSON, Michael y OLIVEIRA, Álvaro (2011), «Smart Cities and the Future Internet: Towards Cooperation Frameworks for Open Innovation», en Domingue, J. et al. (Eds.), *The Future Internet. Future Internet Assembly 2011: Achievements and Technological Promises*, London, Springer, 431-446.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (2019), *Jurisprudencia relevante sobre trabajo autónomo y su protección social*, Conferencia de clausura del I Congreso Internacional sobre Trabajo Autónomo, celebrado en la Universidad Miguél Hernández (Elche), los días 9 y 10 de mayo de 2019.
- SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena (2017), «Los conductores de UberPop y UberX: ¿trabajadores asalariados, autónomos, emprendedores, cooperativistas o qué?», en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)*, Berna, Peter Lang, vol. 1, 229-259.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (2015), «El impacto de la «Uber Economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor*, 2015, 3,
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017), «Comentario a la Resolución de la Inspección de Trabajo sobre Deliveroo: son laborales y no autónomos», *Blog del autor*, <https://adriantodoli.com/2017/12/18/comentario-a-la-resolucion-de-la-inspeccion-de-trabajo-sobre-deliveroo-son-laborales-y-no-autonomos/> (última consulta: 10 de junio de 2019).

DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL A LA ECONOMÍA COLABORATIVA: VICISITUDES EN SUS POSIBLES MECANISMOS DE CONTROL INTERNACIONAL¹

*From outsourcing to sharing economy:
Challenges in its possible mechanisms of international control*

ANDREA DE VICENTE ARIAS*

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

A pesar de ser un fenómeno novedoso, al menos la mayor parte de los problemas de la economía colaborativa en relación a la desprotección de las personas trabajadoras y su regulación son conocidos para el Derecho del Trabajo. Evidentemente el componente digital contribuye a diluir la identificación de los sujetos y elementos constitutivos de una relación laboral, pero es fácil asimilar estas problemáticas a las que presentaba la subcontratación; además, la influencia que la Empresa Transnacional tiene en su desarrollo es muy comparable. Bajo estas premisas, la economía colaborativa sería poco más que una evolución de los fenómenos ligados a la descentralización productiva, lo que permite explorar las posibilidades y tendencias generales en su regulación internacional a pesar de sus particularidades.

Palabras clave: Economía colaborativa, subcontratación, empresas transnacionales, lex mercatoria

ABSTRACT

Despite being a new phenomenon, at least most of the issues of the sharing economy related to the lack of protection of workers and their regulation are well known for Labor Law. Obviously, its digital component contributes to dilute the identification of the subjects and constituent elements of an employment relationship, but it is easy to assimilate these problems to those presented by outsourcing; in addition, the influence that the Transnational Corporation has on its development is very comparable. Under these premises, the sharing economy would not be much more than an evolution of those transformations linked to productive decentralization, which helps exploring the possibilities and general tendencies in its international regulation, despite its particularities.

Keywords: Sharing economy, outsourcing, transnational corporations, lex mercatoria

¹ Ponencia presentada en el *IV Encuentro de Profesionales del Asesoramiento Laboral y Social*, celebrado en la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (UPV/EHU-Leioa los días 11 y 12 de abril de 2019).

* **Correspondencia a:** Andrea De Vicente Arias. Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultatea/Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social. Barrio Sarriena s/n. 48940-LEIOA – andrea.devicente@ehu.eus –

Cómo citar: De Vicente Arias, Andrea. (2019). «De la subcontratación laboral a la economía colaborativa: vicisitudes en sus posibles mecanismos de control internacional»; *Lan Harremanak*, 41, 87-104. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20892>).

Recibido: 25 junio, 2019; aceptado: 28 mayo, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



SUMARIO

1. Concepto y rasgos definitorios de la economía colaborativa: ¿vuelta al origen del problema?—2. Del trabajo en red al trabajo en la red: algunos apuntes sobre lo novedoso de la organización de la producción.—3. Contexto socioeconómico del desarrollo de la economía colaborativa e influencia de la Empresa Transnacional.—4. Los mecanismos de (des)control internacional de la subcontratación laboral como maco regulador de la economía colaborativa. 4.1. El papel de los Estados y los organismos internacionales en la desprotección de las personas trabajadoras. 4.2. El *soft law* como espacio regulador de la economía colaborativa. 4.3. Límites de la acción protectora de los marcos supranacionales y tendencias en regulación internas en la actualidad.—5. Conclusiones.—6. Bibliografía

1. Concepto y rasgos definitorios de la economía colaborativa: ¿vuelta al origen del problema?

El análisis de la dimensión laboral de la llamada economía colaborativa, parece tener a su favor —al menos a priori— un consenso académico mayor que otros fenómenos también ligados a la descentralización productiva y fórmulas de vinculación de trabajadores. Muchos y muchas tenemos en mente las polémicas en torno al concepto de «subcontratación laboral» y sus implicaciones, pero la situación es cómodamente distinta. En aquel caso, la cuestión idiomática, el contexto socioeconómico, la estructura económica productiva concreta y el interés o asuntos ligados a estrategias políticas determinadas, dificultaban una definición más o menos universal del fenómeno. La tradición existente en algunos países en torno a alguna forma de subcontratación, actividad concreta, y/o sector de actividad² influía en la categorización de una fórmula como «subcontratación» en sentido estricto. Así, teníamos términos diferentes como tercerización, subcontratación, outsourcing, triangulación, descentralización, deslaboralización o externalización³, que en el análisis de detalle no solo no lo hacían a la totalidad de las modalidades que acoge la sub-

² Hace dos décadas Bronstein ilustraba bien la cuestión con casos como el francés, en el que se distingue «entre la sous-traitance para los servicios y la sous-entreprise para la mano de obra, así como «marchandage» o «mise à disposition» (de trabajadores) en función de su legalidad (1999: 429).

³ Para ejemplos en este sentido De La Garza Toledo, Enrique (2012: 13).

contratación, sino que a veces se referían únicamente solo a una de ellas. El caso de las personas trabajadoras de la economía colaborativa salva esta dificultad, al menos de partida.

El hecho de que su aparición haya ocurrido de manera prácticamente simultánea en la economía global desarrollada facilita un «mínimo denominador común» conceptual en el plano internacional. Pese a que de nuevo tengamos varios términos, tales como *economía digitalizada*, *economía de plataforma*, *gig-economy*, *sharing-economy*, *peer economy*, o *uberización de la economía* en referencia a esta «nueva» forma de organización de la producción, hay cierto consenso en la consideración de sus rasgos fundamentales y una distinción básica: si la actividad en concreto tiene un evidente ánimo de lucro y reproduce los mecanismos de compraventa tradicionales; o si por el contrario, el objetivo es desmercantillizar un espacio concreto y, en base a una relación entre iguales, cómo máximo rentabilizar bienes o servicios infrautilizados (sería el caso de las plataformas que ponen en contacto usuarios para compartir coche, como «Bla Bla Car», por ej.).

En ese sentido, la preocupación iuslaboralista se ha venido centrando en la primera de las acepciones expuestas, según la cual no estaríamos más allá de una digitalización de la descentralización productiva: en última instancia existe un interés empresarial, unos prestadores del servicio y unos clientes. El hecho de que el empresario sea más o menos visible, los prestadores del servicio puedan hacerlo física o digitalmente y con mayor o menor libertad de horarios y honorarios, y los clientes posean atributos de control y dirección del trabajo tradicionalmente asignados al primero, sitúa la problemática en los históricos conflictos del encaje del trabajador «atípico» en el Derecho del trabajo y las necesidades entorno a la redefinición de los elementos constitutivos de relación laboral; a saber, el debilitamiento de las notas de ajenidad y subordinación, dependencia jurídica, etérea organización empresarial autónoma, flexibilidad de las condiciones de trabajo —horario y tiempo de trabajo— y ampliación de los márgenes del desplazamiento del riesgo y ventura de la actividad (Gines y Fabrellas *et al.*, 2016)

Miguel Rodríguez-Piñero Royo realiza una interesante aportación en la definición de los «trabajos 3.0», ligándolo a los cambios producidos por la red 3.0 y su relación con plataformas que gestionan el trabajo online (2016). En el análisis, el autor indica algunos ejemplos de perfiles de trabajadores y trabajadoras que, pese a compartir la misma fórmula de trabajo, poseen características muy distintas. Entre otros, habla de «Trabajadores Uberizados», para «aquellos contratados mediante plataformas de servicios de poca cualificación, con condiciones de trabajo malas y retribuciones escasas; y «Supertemps», para referirse a «aquellos de alta cualificación y cotización en el mercado que prefieren trabajar por libre, sin someterse a las exigencias y presiones de una organización productiva tradicional». Es fácil encontrar analogías con determinadas personas que se

situaban en la esfera del trabajo régimen de subcontratación. Algo similar ocurre con las tradicionales situaciones generadas por las Empresas de trabajo temporal y las empresas multiservicios, y los nuevos «Trabajadores ocasionales» de la economía digital, con disponibilidad irregular, en función de preferencias o necesidades económicas; o con los «Pluriempleados 3.0» (*multijobbing*), para las personas que combinan trabajos de estas características.

Desde este prisma, no sería descabellado plantear que el desarrollo tecnológico y el desarrollo de fórmulas no-laborales de vinculación de trabajadores y trabajadoras han sido paralelos. La subcontratación laboral fue a la aparición de las Tecnologías de la Información y Comunicación 8 en adelante, TIC), lo mismo que «los trabajadores y trabajadoras 3.0» a la revolución digital (o cuarta revolución), ambos impensables sin el paraguas de una misma tendencia en la evolución de un modelo de desarrollo global de corte capitalista.

Las personas trabajadoras de la economía colaborativa, serían así en esencia fruto del acomodamiento de los fundamentos de la subcontratación laboral al «progreso» o a la digitalización de la economía; pero no sólo, como veremos en líneas siguientes.

2. Del trabajo *en red* al trabajo *en la red*: algunos apuntes sobre lo novedoso de la organización de la producción

En el año 2002, Monereo Pérez y Álvarez Montero, señalaban que la subcontratación laboral se había convertido «en la *técnica normal* de organización de la producción». Esa nueva dimensión venía dada por el hecho de que abarcaba ya «a todos los sectores y fases del ciclo productivo, hasta el hipotético supuesto, aunque no irreal, de empresa sin trabajadores (empresa vacía)» (2002: 21). Por las mismas fechas Lasierra Esteban acusaba la «tendencia creciente a sustituir la regulación laboral de las relaciones de trabajo por las relaciones mercantiles» (2003: 76); y algo después —aunque ya había incidido en ello en análisis anteriores— Sanguinetti hacía referencia a «la sustitución del contrato de trabajo por formas externas de vinculación a los procesos productivos como premisa destacando la «masiva sustitución de relaciones de trabajo dependiente prestado de forma directa y regular por formas externas de relación con terceros para la realización de la misma actividad productiva» (2006: 221). El repaso de estos textos permite la constatación de la vigencia de la esencia de la subcontratación laboral y el encuadramiento de los *trabajos 3.0* en ella. Como explica Adrián Todolí (2017):

(...) que la tecnología permita nuevas formas de subordinación —antes mediante los supervisores ahora mediante la reputación online— no parece que vaya a impedir la clasificación de estos trabajadores como laborales, siempre que esta subordinación se dé. De la misma forma, que tradicionalmente se relacione la ajenedad con

medios productivos materiales (un coche, una moto, la fábrica o la maquinaria), no impedirá que hoy en día los medios productivos sean inmateriales —la propia plataforma digital y la marca de la empresa (o lo que es lo mismo la clientela)— la cual pertenece al empresario y no al trabajador.

Sin embargo, ello no indica que no haya *nihil novi sub sole*. De hecho, en los comienzos de los exámenes de la dimensión laboral de la subcontratación se hablaba de expulsión de actividades previamente existentes en la empresa o en el mercado —en el caso de empresas de nueva creación— que organizaban su producción de manera descentralizada de partida. En el caso de la *gig-economy* podría tratarse de actividades cuya existencia se debe exclusivamente a este modelo de gestión del trabajo; dicho de otro modo, podría ser la propia digitalización lo que constituye el corazón de la actividad; la propia plataforma como creadora del negocio.

No obstante, aún en ese supuesto, continúan siendo válidas las conclusiones que giran en torno a viejos debates. Aunque, como ha quedado demostrado en esta nueva era digitalizada, una empresa pueda «vaciar» del todo, en realidad —al menos en la mayor parte de los casos— continuaríamos ante lo que Rivero Lamas convino en llamar empresa «esbelta» (2000: 80), dado que existen unas «recomendaciones», unos códigos de conducta y unos mecanismos de control sobre la actividad del prestador de servicio que «alguien» elabora y efectúa. También Monereo matizaba tal «vaciamiento», según el cual, con el trabajo como factor fundamental de creación de valor, esta *empresa vacía* lo sería sólo desde el punto de vista formal, no existiendo como tal, y siendo en términos reales más bien «un modo de adquisición y utilización indirecta de personal laboral o autónomo» (2016: 113 y 114).

Pero ni siquiera Uber y Deliveroo, dos de los ejemplos más empleados para ilustrar la problemática laboral de la economía colaborativa, encajan en la descripción referida al caso de sectores de actividad nuevos. En primer lugar, aunque ambas basen su actividad en una plataforma digital, ninguna de las dos desarrolla una actividad que era inexistente hasta su nacimiento. Tanto el transporte de personas como el reparto de comida a domicilio constituían una realidad productiva antes de su aterrizaje —y en el primero de los casos, altamente regulado, además—. Las dos empresas establecen, empero, unas fórmulas y denominaciones distintas en su sector, unos prerrequisitos que permiten el acceso o no a la prestación de servicios a través de la plataforma —tales como la superación de un test sobre geografía de la ciudad objeto del servicio—, y unos «códigos de conducta» y/o recomendaciones acerca de aspectos cuantitativos y cualitativos de la prestación (un mínimo de encargos, un vehículo con unas características concretas, por ej.), cuyo incumplimiento puede generar la «expulsión» de la plataforma⁴.

⁴ «Uber cuenta con un *Manual del conductor* en el que se expresa el deseo de aquella de que los conductores acepten todas las ofertas, reservándose el derecho de investigar los motivos por los que

La segunda de las diferencias más relevantes con respecto a las fórmulas clásicas de subcontratación laboral son las características de tales «proveedores» externos. Por un lado, si bien los agentes que conformaban el trabajo en red y la transformación del proyecto empresarial superando la estructura de grupos de empresas y empresas definidas, podían ser muy variopintos y con largas cadenas de relación entre sí, esta estructura se ha homogeneizado en la economía colaborativa. Donde antes se hallaban relaciones verticales y horizontales entre una nebulosa de microempresas, empresas grandes, empresas medianas y personas trabajadoras independientes, hoy tenemos una plataforma digital y un ejército de trabajadores y trabajadoras aparentemente «autónomas». De ahí, que gran parte de los juristas laborales hayan dedicado no pocos esfuerzos al análisis del encuadre de las personas trabajadoras de la economía colaborativa en las figuras de «falsos autónomos» y «autónomos dependientes». O, dicho de otra forma, se ha pasado del *outsourcing* al *crowdsourcing* (Anna Ginés y Fabrellas *et al.*, 2016) ⁵.

Por otro lado, y como ya adelantaba el título de este epígrafe, este camino que transita desde el «trabajo en red» hacia el «trabajo en la red», se caracteriza también por la definitiva superación de las fronteras estatales que supone la combinación de lo intangible de lo digital y lo transnacional de sus prestaciones (Rodríguez Piñero, 2016). Del «país de autónomos» que Naomi Klein avanzaba en 1999 en su libro superventas *No Logo* a unos pretendidos «autónomos sin país», pero con sus cualidades intactas aun tratándose de un contexto distinto al actual: «en general, el trabajo autónomo tiene lo peor de ambos mundos: es monótono, está mal pagado y no permite coordinar bien los encargos» (301 y 303).

3. Contexto socioeconómico del desarrollo de la economía colaborativa e influencia de la Empresa Transnacional

Como es sabido, la complejidad de la estructura de la Empresa Transnacional (en adelante, ET) y la generalización del empleo de la subcontratación, son factores que han venido retroalimentándose en el desarrollo del actual escenario de ca-

se rechaza la oferta por parte de los conductores bajo la amenaza o advertencia de desactivar a éstos cuando se hayan rechazado un número determinado de servicios. Quiere ello decir, entonces, que la autonomía sobre el trabajo a realizar por parte de los conductores se ve reducida o limitada como consecuencia de la amenaza que implica para éstos el hecho de ser desactivados (¿despedidos?)» (Trillo Párraga, 2016:13).

⁵ «Aparece, así, el primer impacto de estas plataformas virtuales sobre el modelo de relaciones laborales: el *crowdsourcing*. Esto es, la descentralización de un servicio hacia un gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria, únicamente posible gracias a las nuevas tecnologías. Gracias a esta forma de prestación de servicios, estas plataformas virtuales consiguen que pueda desarrollarse una actividad completamente mediante trabajadores autónomos, prescindiendo —supuestamente (...)—, de la relación de trabajo subordinado» (Anna Ginés y Fabrellas *et al.*, 2016: 7)

pitalismo global, nutriendo sin límites la desprotección de los trabajadores. Así, Garmendia definía la actual ET como una «entidad articuladora de prestaciones, es decir, en un conjunto de contratos organizados» (2016: 164); Hernández Zubizarreta destacaba su capacidad para «participar o controlar empresas o grupos de empresas» y «tener su domicilio en uno o varios países, en el de la empresa matriz, en el de la implantación principal o donde haya sido registrada» (2009: 296); y Sanguineti que además... «el empleo de técnicas de vinculación con terceros les permite acceder a los resultados del desarrollo de la actividad productiva de diversos grupos de trabajadores sin mantener con ellos ningún tipo de vinculación directa» (2008: 448). No es difícil advertir que, con tales axiomas, la economía colaborativa encarna a la perfección el sueño de la gran corporación.

En un artículo publicado en abril de este mismo año por El Salto Diario, Genoveva López explicaba los vínculos entre la economía colaborativa y la ET mostrando «De quién es la economía colaborativa» (2019). La autora, hacía algunas revelaciones sobre UBER:

En pocos días saldrá a bolsa y, por ahora, parece que solo se mantiene debido a las mil millonarias inyecciones de dinero que recibe por parte de empresas de capital riesgo como Founder Collective y Crunch Fund, bancos como Goldman Sachs, Morgan Stanley o Citigroup, gigantes de la tecnología como Google o Baidu, o grandes inversores como Jeff Bezos —el fundador y director ejecutivo de Amazon—, Troy Carter —de Spotify— o Scott Banister —de Paypal—. También aparecen fondos públicos de inversión como el de Arabia Saudí, que invirtió a través de su capital riesgo SBT más de 3.500 millones de dólares, o Qatar, que, a través de su Qatar Investment Authority, invirtió más de 1.200 millones.

La autora, presenta un esquema similar sobre Lyft, empresa estadounidense que opera en el mismo sector que UBER:

Se fundó en 2012 con un capital semilla de 300.000 dólares y en la actualidad ha recibido inversiones por valor de casi 6.000 millones de dólares por parte de inversores privados como Jaguar, Land Rover, diversos fondos de inversión o el fondo de inversión público de pensiones de Canadá.

Entre los factores que han promovido la expansión de estas fórmulas de trabajo, no encontramos, asimismo, muchas novedades más allá de las que suponen la consolidación de los elementos que facilitaron la expansión de la subcontratación laboral. En ese sentido, «los trabajos 3.0» representan el triunfo de los dogmas empleados para la promoción de la subcontratación, maquillados con el aire de modernidad que otorga lo digital y la magia de las redes sociales: la necesidad de la flexibilidad y elasticidad de la mano de obra constituye una realidad incuestionable; las potencialidades de las TIC, materializadas en la revolución digital; y la incertidumbre del entorno evidenciadas, en parte importante al menos, por la influencia que ejerce sobre los mercados el panorama informativo y comunicativo del elemento anterior.

Sin embargo, convenimos con Trillo Prárraga (2016: 6 y 7) en la importancia de contextualizar la aparición del término «economía colaborativa» hacia el año 2007. Entonces continuaban incrementándose los precios de forma progresiva, existía una precarización de las condiciones de vida como consecuencia de la también precarización laboral, y las familias enfrentaban un alto endeudamiento debido a las dificultades de acceso a determinados bienes como es el de la vivienda.

El análisis circunstancial anterior, revela, quizás, una diferencia fundamental con respecto a fenómenos ligados a la subcontratación laboral. Siendo difícil establecer el origen de la subcontratación laboral, tanto en su nacimiento como en su expansión posee un peso específico la influencia de la gran corporación —las experiencias de compra de empresas públicas en «0 Kms», o las reformas normativas operadas *ex profeso* para el aterrizaje de una ET son un claro ejemplo de ello—; la economía colaborativa, sin embargo, nace desde la ciudadanía debido a unas determinadas necesidades sociales, siendo después fagocitada por aquélla. Así, los discursos que incentivaban las políticas de promoción y extensión de la descentralización productiva provenían del interés de la ET, se concretaban en el establecimiento de unos objetivos vinculados a la flexibilidad y competitividad técnica y productiva, y se materializaban en la configuración de un marco normativo laboral flexible al extremo que permitiera el empleo de estas fórmulas de vinculación de trabajadores con la menor de las responsabilidades legales. En la actualidad, tales discursos han sido fortalecidos gracias a la idea de las bondades de una modernidad que, además, es inevitable: en unas condiciones de vida precarias laboral y económicamente hablando, la economía colaborativa ofrece la posibilidad de combinar varios trabajos, conciliar vida personal y familiar, y hasta de explorar las oportunidades de negocio que ofrece un mercado cambiante, y quizás convertirte en un exitoso emprendedor.

No obstante, la economía colaborativa ha radicalizado las ventajas que perseguía la ET por medios subcontratadores. La idea de «un trabajo muy acomodado y disponible con toda facilidad a los requerimientos del momento sin costes de reserva» (Monereo Pérez et al., 2006: 6), alcanza su máxima expresión en cada una de sus dimensiones:

1. Deliveroo traduce en una hora la ansiada flexibilidad laboral y elasticidad de la mano de obra, en términos de armonización de las plantillas laborales según las necesidades cualitativas y cuantitativas de la empresa —ajustando el volumen de empleo según las variaciones del mercado (Rivero Lamas, 2000: 27)—.
2. El ejército de trabajadores aparentemente independientes de Glovo, encarna el pretendido desplazamiento de funciones a un mercado con menores precios, a costa de una mano de obra normalmente más barata (Montoya Medina, 2004: 39)
3. Uber materializa la reconfiguración de la relación de poderes —a favor del capital— que supone la segmentación de la clase trabajadora y, por

ende, su debilitamiento⁶. El caso concreto de los llamados VTC ofrecería otra dimensión a este hecho, a la luz de la guerra abierta que ha mantenido con las personas trabajadoras del sector del Taxi. No obstante, en general, la desmembración empresarial y fragmentación de plantillas sitúan a la empresa en una posición de superioridad frente a los trabajadores y trabajadoras, a priori porque desaparece o se debilita la actuación de sus representantes legales desde el momento en que la regulación deslaboraliza la figura o condiciona su poder al tamaño de la empresa y/o plantilla. O peor aún, según algunas jurisdicciones una actuación colectiva puede ser vulneradora del Derecho de la Competencia.

4. Todas las empresas de la economía colaborativa transfieren los riesgos y las obligaciones derivadas de su dimensión laboral. Se trata pues de un ejercicio de desresponsabilización sostenido fundamentalmente sobre dos vértices estrechamente ligados entre sí: a) el *jurídico*, al escapar del «incómodo» marco normativo laboral, por la confusión que genera en atención a derecho la naturaleza de los contratos ejecutados y la pluralidad de sujetos que participan de esta relación —más aún cuando sucede en ámbitos que superan los límites estatales y entra en juego el principio de extraterritorialidad de la norma con sus vicisitudes, ; y b) y el *propagandístico* o *mercadotécnico*, al facilitar la evasión de la temida publicidad negativa al aparentar al margen de las características bajo las que se desarrolla la prestación del servicio.

En definitiva, los aspectos mencionados muestran una economía colaborativa tan a disposición del capital como la subcontratación laboral, al permitir una eficiencia económica extrema a costa de la absoluta desresponsabilización corporativa incrementando —o cuanto menos, sin arriesgar— la generación de beneficios de la empresa.

4. Los mecanismos de (des)control internacional de la subcontratación laboral como maco regulador de la economía colaborativa

4.1. El papel de los Estados y los organismos internacionales en la desprotección de las personas trabajadoras

En general, los gobiernos han ido progresivamente fortaleciendo el desarrollo de técnicas de la subcontratación laboral a escala global desde diversas áreas de intervención. La externalización sistemática de servicios públicos puede ser

⁶ Uriarte y Colotuzzo inciden en que «de ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay solo un paso, paso que no solo se da muy frecuentemente, sino que además, en muchas ocasiones es el objetivo perseguido o uno de los objetivos perseguidos» (Uriarte y Colotuzzo, 2009: 18)

un reflejo literal de la aportación a esta práctica de las administraciones públicas, tendencia agravada por la crisis y las políticas de contención del gasto público desarrolladas por los Estados (Nores Torres, 2014).

Asimismo, como decíamos en el apartado anterior, en el marco de la globalización y la financiarización de la economía, el fomento de las políticas de atracción e Inversión Extranjera Directa se ha traducido durante las últimas décadas en reformas normativas internas basadas en la flexibilidad y desregulación laboral, ejes hoy de la economía colaborativa. Además, la recesión económica y la presión de los organismos internacionales han acelerado las reformas del marco normativo general de las relaciones laborales —abaratamiento del despido, proliferación de contratos basura, modificación de condiciones sustanciales del contrato, etc.—, pero también ha servido para «redimensionar» los discursos que avalan figuras concretas como el empoderamiento del emprendedor.

Con la vocación clara, los Estados, por medio de estas reformas, han abonado bien el espacio de las fórmulas deslaboralizadoras, pero además, eventualmente se han servido de medidas coadyuvantes, tales como las limitaciones de normas de protección de los trabajadores y trabajadoras —como la *subrogación empresarial* o *sustitución patronal*— y otras políticas o programas específicos, aparentemente dirigidos a colectivos vulnerables, pero que pueden esconder tras de sí aún más facilidades para el desarrollo de estos modelos de contratación: es el caso del ensalzamiento de la figura del emprendedor o del «empresarismo» —denominación latinoamericana—. Bien es cierto que históricamente, también las empresas han manipulado muy acertadamente la percepción positiva de las figuras mercantiles ligadas a la subcontratación —resaltando su carácter instrumental de introducción y formación en la empresa en cuestión, las bondades de la autonomía, de la independencia laboral, etc.) y la digitalización de la economía y la precarización de las condiciones de vida han fortalecido esta idea, a veces como única alternativa posible para la supervivencia.

Junto a las mencionadas reformas, los Estados han participado del desarrollo de mecanismos subcontratación de forma más o menos voluntaria por la vía de los organismos internacionales. Los procesos de integración regional, los tratados de libre comercio y las instituciones internacionales de las que son parte encarnan la firme connivencia de éstos con la ET en el desarrollo del capitalismo, y de la subcontratación laboral como uno de los instrumentos más eficaces para debilitar los derechos de los trabajadores y trabajadoras.

Por un lado, las instituciones económico-financieras globales han sido históricamente herramientas de coacción y estrangulamiento de los derechos de las mayorías sociales en el seno de los países, por la vía de la imposición de políticas de ajuste originadas por agresivos procesos de endeudamiento. La influencia de la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el

Banco Mundial en el debilitamiento del Estado como garante de derechos de los trabajadores y las trabajadoras se refleja bien en su promoción de la flexibilización de las legislaciones, los procesos de privatización de sectores públicos y en general la adopción de políticas nacionales subordinadas a los principios neoliberales.

Este adelgazamiento de la intervención del Estado en la economía y la apertura de fronteras comerciales ha sido paralelo a la profundización de los procesos de integración regional y aumento de los tratados comerciales bilaterales y regionales, lo que ha transformado la subcontratación laboral en un fenómeno estructural. Por un lado, a la facilidad de desresponsabilización que otorga la dificultad que entraña la libre circulación de mercancías y capitales a la hora de identificar a los verdaderos responsables de los abusos laborales y violaciones de derecho fundamentales, hay que añadirle la «invisibilidad» que ofrece ésta al digitalizarse; por otro, las transformaciones propiamente normativas impulsadas desde los espacios transnacionales han sido definitivas: mientras asistíamos a un proceso de desregulación laboral en los terrenos nacionales, en los internacionales se sucedía una producción normativa comercial más poderosa económica y políticamente y en concreto, con una firme exigibilidad jurídica vía tratados comerciales y regulaciones provenientes de sus instituciones

4.2. El *soft law* como espacio regulador de la economía colaborativa

Lo cierto es que más allá de las políticas concretas que los Estados han llevado a cabo para el desarrollo del recurso a la subcontratación y fórmulas deslaboralizadoras como las fomentadas por determinados modelos de economía colaborativa, en términos generales, encontramos una identificación de éste con sus dueños —la ET— toda vez que éste otorga subvenciones, apoyo político, diplomático y lobby para su internacionalización y todo lo relacionado con ella; hasta tal punto que los conflictos y vicisitudes de su desenvolvimiento son considerados política de Estado. Así, el escenario normativo asimétrico entre el derecho comercial global y los derechos laborales perjudicados por estos fenómenos ha sido participado por el Estado toda vez que ha permitido que las obligaciones de las ET se ajusten a su territorio —previamente debilitado para ello— y los derechos a un terreno supranacional mandado por instituciones internacionales y tratados regionales, bilaterales y multilaterales con fuerza coercitiva superior para hacerlos exigibles (Hernández Zubizarreta et al, 2016: 20, 25 y 26).

Es ese orden de ideas el que explica la ausencia de regulación internacional en materia de una subcontratación laboral que ha servido de base normativa para el desarrollo de los trabajos 3.0. La OIT, máxima autoridad laboral en el ámbito internacional, únicamente alcanzó a elaborar un «Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación» concebida por su Conferencia entre 1997 y 1998. Ello fue en parte debido a la naturaleza jurídicamente escurridiza de la subcontratación laboral, pero también por razones ligadas a la bicefalia mercantil y laboral del fenómeno,

a circunstancias consustanciales a las características del fenómeno y a las dificultades añadidas por la vertiente internacional, sus tradiciones y modelos productivos. Pese a que algunos de esos elementos no se dan, o lo hacen de manera menos relevante en el caso que nos ocupa, la OIT ha integrado las preocupaciones de la subcontratación en torno a las cadenas mundiales de suministro (2016) y ha centrado las de la economía colaborativa en el marco del «Futuro del trabajo»⁷.

En estricta relación con la justicia, la debilidad de los órganos judiciales de algunos de los Estados en los que opera el «trabajo 3.0», dificulta de partida cualquier intento real de llevar un caso de abuso laboral. Es importante notar que tal «debilidad» no hace referencia exclusiva a las tradicionalmente presentes en algunas economías, sino que tienen que ver con el contexto marcado por la crisis de 2008 y su gestión: a la precarización vital de las personas trabajadoras —elemento de por sí desmotivador para el litigio— hay que sumar una justicia predispuesta a la privatización —a saber, con unas tasas de acceso «in crescendo»— y a menudo particularmente desprestigiada.

De forma paralela, el Derecho Corporativo Global cuenta con efectivos laudos emitidos por los tribunales arbitrales frente a un Derecho Internacional del trabajo carente de garantías y efectividad jurídica. Mientras el derecho internacional público solo le es aplicable a las ET a través de los Estados, los sistemas de arbitraje contemplados en el engranaje de la *lex mercatoria* ostentan un poder coercitivo tal que contempla sanciones que incluyen desde cuantiosas indemnizaciones o imposición de modificaciones legislativas, hasta el bloqueo económico internacional. La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la corte de arbitraje de la cámara de Comercio Internacional, el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial representan asimismo la privatización de la justicia expuesta en líneas anteriores.

Los tratados de libre comercio, por su parte, poseen un peso específico en el empoderamiento del derecho Comercial Global y no solo por engrosar el panorama de los tribunales arbitrales, sino también por su aguerrida intervención en los marcos normativos nacionales a través de un proceso explícito de convergencia reguladora. En este sentido, el objetivo del TTIP, el TISA y el CETA (siglas en inglés de Transatlantic Trade and Investment Partnership,

⁷ Es el caso de las importantes contribuciones sobre la materia que aportan títulos como «Derecho y trabajo en la era digital: ¿“revolución industrial 4.0” o “economía sumergida 3.0”?» (Molina Navarrete, 2107), «Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad» (Vallecillo Gámez, 2017) o «Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo» (San Martín Mazzucconi, 2017), enmarcados en la sección de Futuro del Trabajo de la web del organismo.

Trade in Services Agreement y Comprehensive Economic Trade Agreement respectivamente) es una mutua adaptación de la normativa interna de las partes intervinientes en los tratados, una armonización que necesariamente ha de producirse a la baja para dar cumplimiento a la idea central de los acuerdos: eliminar toda aquella regulación que represente un obstáculo al mercado (Guaman, 2015: 93). Esta convergencia representa de hecho uno de los ejes del TTIP, afecta a todas las facetas reguladoras internas y cuenta con una herramienta propia para su construcción: el Consejo de Cooperación Reguladora, una especie de órgano legislativo supranacional con un papel determinante en la rebaja de los estándares laborales; es lo que Adoración Guaman conviene en denominar la «americanización» de los derechos laborales (2015: 112-117), cuyo objetivo es la protección del capital, pero con efecto directo sobre la ciudadanía y sin ninguna clase de control democrático.

Frente al descrito empoderamiento de la *lex mercatoria*, o incluso paralelamente a ella, ha ido prosperando la idea de la Responsabilidad Social Corporativa—en adelante, RSC—, como mecanismo que equilibra la asimetría normativa descrita. Se trata de una fórmula de *Soft Law* —Derecho Blando—, unilateral —nacida de la propia empresa—, voluntaria y sin mecanismo coercitivo alguno. No ha de perderse de vista que su surgimiento deriva de la sistemática negativa de las empresas a la aceptación de códigos normativos vinculantes, creados *ad hoc* para su control y limitación de su poder, por lo que estas características parecen coherentes con los intereses corporativos, y explican en gran medida su afianzamiento en la sociedad y sus transformaciones.

Así, y a la luz de las vinculaciones Estado-Empresa descritas en las líneas precedentes, tampoco resulta extraño que haya sido este mismo el rasgo caracterizador de la regulación de la subcontratación —si bien es cierto que, como ya ocurrirá en el caso de la OIT, en la Unión Europea se ha ido centrande en las cadenas globales de suministro—. A pesar de que la década de los 90 supuso la decidida confirmación de la RSC de la mano del Global Compact (Pacto Mundial) de la ONU, sus predecesoras *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales* de la OCDE (de 1976, revisado en el año 2011), y Declaración *Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social* de la OIT (adoptada en 1977 y enmendada por tercera vez en marzo de 2017) marcaron bien la tendencia. Así, el *soft law* corroboró su espacio como mecanismo de regulación de la materia a través del *Libro Verde Sobre la responsabilidad social de las empresas* de la Comisión Europea (2001), las *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales* de la ONU (2003), los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* publicados por la ONU en el año 2011, y la *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*.

El Observatorio de las Multinacionales en América Latina, resume bien la cuestión: «No se trata, ni mucho menos, de que la RSC sea la causa de la tercerización: lo que sí sucede es que este paradigma sirve para continuar y profundizar con la dinámica de la externalización de tareas en las grandes corporaciones» (OMAL, 2013).

4.3. Límites de la acción protectora de los marcos supranacionales y tendencias en regulación internas en la actualidad

En el ámbito internacional, se puede decir que la cuestión está aún en una fase de exploración inicial, en la que las instituciones alertan de importancia económica y social —más la primera que la segunda, como veremos en adelante— de la economía colaborativa, investigan y diseminan sus implicaciones conceptuales, y tratan de redimensionar el tablero normativo.

La OCDE, en un informe sobre «Nuevas formas de trabajo en la economía digital» (2016), se limita únicamente a identificar algunas cuestiones clave del asunto, entre las que destacan las relativas al estatus jurídico, tareas y capacidades del proveedor, los principios fundamentales y derechos de los trabajadores, la evaluación de los marcos regulatorios y el papel autorregulador de las plataformas —vía reputación on-line y competencia entre proveedores—.

En la UE, la Comisión Europea, el Comité de las Regiones Europeo, el Parlamento Europeo y el Consejo Económico y Social Europeo (CESE), han aportado algunas líneas en un sentido similar. La Comisión ha venido reproduciendo los discursos clásicos alrededor de la creación de empleo, la innovación emprendedora y la oportunidad que representa para las personas trabajadores contar con un empleo altamente flexible y acomodado a las circunstancias vitales. Así, si bien ha liderado iniciativas como la creación de un sistema de resolución de litigios rápido (el RAL, acrónimo de Resolución Alternativa de Litigios) que ataje los problemas relacionados con el consumo en la economía de plataformas o realice seguimientos de las potencialidades económicas de los sectores relacionados con ella, en lo laboral se ha limitado a proporcionar orientaciones sobre la aplicación de la legalidad vigente en la UE, remitiendo a la normativa interna y acaso a la jurisprudencia europea para la determinación de la existencia o no de relación laboral.

En un sentido similar ha venido trabajando el Comité de las Regiones. El Comité, en un Dictamen sobre la Dimensión Local y Regional de la Economía Colaborativa (DOCE C 51 d 10 de febrero de 2016, p.29), asume en cierto modo los riesgos en materia laboral que las empresas con «ánimo de lucro» (*sic*) inscritas bajo el paraguas «colaborativo», aunque confiando en los mecanismos de autorregulación que ofrecen cuestiones como la confianza y la reputación de la marca. Igual posicionamiento sobre la importancia de los códigos de conducta ofrece el CESE. En su dictamen «La eco-

nomía colaborativa y la autorregulación» (DOCE C 303 de 19 de agosto de 2016) incide en la conveniencia de ensanchar el espacio de autorregulación de estas organizaciones sin injerencia alguna por parte de instituciones europeas o estatales.

El Parlamento Europeo, por su parte encomienda a la comisión la revisión y el análisis de la normativa europea y estatal sobre la economía colaborativa, planteando una eventual necesidad modernizadora de la legislación social y laboral a fin de preservar los derechos laborales y los sistemas de bienestar social también en el mercado de trabajo digital. No obstante, destaca la responsabilidad y competencia de los Estados miembros en materia de protección social y mantiene la senda del *soft-law* al remarcar la relevancia de políticas de buenas prácticas en la UE y a escala internacional en el asunto.

Ante esas tendencias autorreguladoras, convenimos con Emilia Castellano Burguillo en la urgencia de una regulación «que proporcione un marco regulador sólido» y fije «garantías para las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores de la economía colaborativa» que fuera completado por la actuación de los entes de ámbitos geográficos inferiores (2017: 271). Los pronunciamientos de la Comisión Europea y del TJUE⁸ acerca de la laboralidad de determinadas fórmulas, podrían ser un preludio de esa ambición, pero lo cierto es que el empleo de criterios de remuneración en atención a la condición de «marginal» o «accesoria» de ésta, mantienen un espíritu limitador, y hoy el espacio de protección de las personas trabajadoras de la economía digital continúa siendo el marco estatal.

La negación del carácter de trabajadores por cuenta ajena de los conductores de UBER por parte de la empresa, ha sido corregida por los tribunales de distintos países, y sin marcos normativos comunes al respecto: Alemania, Dinamarca, EEUU y Reino Unido han evidenciado la laboralidad de los prestadores del servicio obligando a la empresa al sometimiento de la legalidad laboral. En el Estado español, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid en Sentencia n.º 130 de 2019 de 4 de abril concluyó la laboralidad de la relación que une Glovo con los repartidores (*riders*) y asignó la aplicación del convenio colectivo del sector del Transporte declarar que la actividad principal es el transporte, en la categoría de Mozo y no la intermediación o la prestación de servicios de la sociedad de la información⁹. A su vez, la sentencia señala que corresponde la categoría de Mozo

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al CESE y al Comité de las Regiones «Una agenda europea para la economía colaborativa», Documento COM (2016) 356 final de 2 de junio de 2016, p.14; y STJUE 232/09 DANOSA Dita Danosa y LKB Lizings SIA, de 11 de noviembre de 2010 y STJUE C-413/01 Franca Ninni-Orasche y undmnisiter fur Wissenschaft, Verkher und Kunst, de 6 de noviembre de 2003, citadas en *ibid.* págs. 275-277.

⁹ Para un análisis de la sentencia ver el blog de Adrián Todolí Signes en <https://adriantodoli.com/category/economia-colaborativa/>

debido a las funciones del *rider*. Esta sentencia, ya contaba con el precedente de las actas de la Inspección de Deliveroo en Valencia, Madrid y más recientemente Barcelona, que se manifestaban en el mismo sentido

5. Conclusiones

La economía colaborativa, en la versión que la interpreta en base a prácticas empresariales, posee al menos los elementos más importantes de otrora debatidas cuestiones relacionadas con la subcontratación laboral. De hecho, la mayor parte de las diferencias entre una y otra vienen dadas por las implicaciones del desarrollo de una actividad fuertemente digitalizada, pero mantienen un mismo objetivo: el desplazamiento del riesgo y ventura empresarial hacia las personas trabajadoras o prestadoras del servicio; la desresponsabilización de las obligaciones laborales y el incremento de sus obligaciones; la mercantilización del trabajo.

Siendo este el objetivo el expresamente manifestado por la gran corporación —bien a través de lobby, bien a través de sus propias prácticas—, no resulta difícil adivinar la presencia de las ET en la economía colaborativa. Esta presencia, sitúa al *trabajo 3.0* en un contexto global marcado por el poder corporativo y una decidida asimetría normativa entre la *lex mercatoria* y todo lo que tiene que ver con la protección de social de la ciudadanía; obviamente, en detrimento de esta última.

En esta esfera, la economía colaborativa se encuentra con un terreno internacional abonado para el desarrollo y generalización de prácticas de subcontratación laboral que han supuesto un importante grado de desprotección de las personas trabajadoras. De hecho, no sería descabellado afirmar que ha sido precisamente esa circunstancia la que ha generado el auge del a economía de plataformas.

En ese sentido, destaca que la senda normativa de la regulación de la economía colaborativa haya sido la misma que para la subcontratación, y ello pese a salvar algunas de las dificultades que enfrentaba aquella —existe más consenso en torno al concepto y las implicaciones de este modelo de producción, o sus necesidades regulatorias—. Los mecanismos de autorregulación y los códigos de conductas han sido así la propuesta más repetidas desde organismos supranacionales, al tiempo que los tribunales han dado la batalla en el terreno estatal.

Estos dilemas y su solución legislativa, alcanzan el principio básico tutelar del Derecho del Trabajo, planteando de nuevo si éste debe adaptarse a los mercados y no obstaculizar su «desarrollo», si la normativa debe modernizarse para dar cumplida respuesta a los desafíos planteados por estas nuevas modalidades de trabajo, o si ya existen en los ordenamientos normas suficientes para tal cobertura.

6. Bibliografía

- BRONSTEIN, ARTURO (1999): «La Subcontratación Laboral» *Revista Derecho Laboral, Tomo XLII N.º 195*, 429.
- DE LA GARZA TOLEDO, ENRIQUE (2012): La subcontratación y la crisis capitalista *Revista Trabajo, núm-9*.
- ERMIDA URIARTE, OSCAR y COLOTUZZO, NATALIA (2009): *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima; también disponible en http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf
- GARMENDIA, MARIO (2006): «La nueva consideración de la empresa y su influencia sobre la caracterización de las relaciones laborales», *Derecho del Trabajo*, 2.
- GINÈS I FABRELLAS, ANNA y GÁLVEZ DURAN, SERGI (2016): «Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del derecho del trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1,1-44.
- GUAMAN, ADORACIÓN (2015): *TTIP. El asalto de las multinacionales a la democracia*, Madrid, Ediciones Akal
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN (2009): *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrabegemónicas transnacionales*, Bilbao, Hegoa.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN y RAMIRO, PEDRO (2016): *Contra la lex mercatoria: Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria.
- KLEIN, NAOMI (1999): *No Logo. El Poder de las marcas*, Barcelona, Paidós.
- LASIERRA ESTEBAN, JOSE MANUEL (2003): «La dimensión económica de la descentralización productiva», *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El «Outsourcing»*, Navarra, Aranzadi
- LÓPEZ, GENOVEVA (2019): «De quién es la economía colaborativa», *El Salto Diario*, disponible en <https://www.elsaltodiario.com/economia/duenos-economia-colaborativa-uber-airbnb>
- MOLINA NAVRRETE, CRISTOBAL (2017): «Derecho y trabajo en la era digital: ¿“revolución industrial 4.0” o “economía sumergida 3.0”?», disponible en https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-la-produccion/WCMS_548619/lang-es/index.htm
- MONEREO PÉREZ, JOSE LUIS y ÁLVAREZ MONTERO, ALBERTO (2002): *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Granada, edit. Comares.
- MONEREO PÉREZ, JOSE LUIS (2016): «La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial», *Derecho de las relaciones laborales*, 2.
- MONTOYA MEDINA, DAVID (2004): *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch
- MORUNO, JORGE (2015): *La fábrica del emprendedor. Trabajo y política en la empresa-mundo*, Madrid, ediciones Akal.
- NORES TORRES, LUIS ENRIQUE (2014) : «El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP.», *Revista General de Derecho Administrativo*, n35, Iustel, 2014, disponible en http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1
- OBSERVATORIO DE MULTINACIONALES EN AMÉRICA LATINA (2013): «Extendiendo la tercerización», en <http://omal.info/spip.php?article5832>
- OCDE (2016): *New Forms of work in the digital economy*, disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/new-forms-of-work-in-the-digital-economy_5jlnklt820x-en

- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1997): Informe VI (1) *Trabajo en régimen de subcontratación*, 85.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016), *Informe IV, El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Ginebra.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio y RUBIO GIMENO, Gemma (2019): *Propuestas de Regulación de las Plataformas de Economía Colaborativa: Perspectivas General y Sectoriales*, navara, Aranzadi.
- PARLAMENTO EUROPEO (2015): «Hacia un mercado único digital», disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016IP0009&from=EN>
- RIVERO LAMAS, Juan (2000): «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo», *Descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*, Madrid, Subdirección General de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2016): «El trabajo 3.0 y la Legislación Laboral» en *Economía Colaborativa y Derecho Social*, disponible en: <http://grupo.us.es/iwpr/2016/09/10/el-trabajo-3-0-y-la-regulacion>
- SANGUINETI, Wilfredo (2006): «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?», *Revista de Derecho Social* n.º33.
- SANGUINETI, Wilfredo (2008): «La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales», *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Ediciones Cinca y CCOO.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina (2017): «Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo», enmarcados en la sección de Futuro del Trabajo de la web del organismo, disponibles en https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/WCMS_548618/lang--es/index.htm.
- TODOLÍ, Adrian (2017): «La economía colaborativa o economía de los falsos autónomos?» disponible en <https://confilegal.com/20170509-la-economia-colaborativa-o-la-economia-de-los-falsos-autonomos/>
- TRILLO PÁRRAGA, Francisco (2016): *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, Revista de derecho social, N.º 76.
- VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa (2017): «Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad», disponible en https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-la-produccion/WCMS_548607/lang--es/index.htm

ALCANCE Y APLICABILIDAD DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 (CASO UBER)

The importance and the applicability of the sentence of the Court of Justice of European Union of December 20, 2017 (Uber case)

AINHOA FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA*

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

La calificación jurídica de las relaciones surgidas entre los intervinientes en el uso de las plataformas electrónicas es uno de los retos más apremiantes manifestados por la economía colaborativa. Prueba de ello, son los conflictos sociales, laborales y administrativos originados en los últimos tiempos en torno a ella. El objetivo del artículo es sintetizar los criterios que determinan si nos encontramos ante un servicio de la sociedad de la información o si las plataformas son a su vez prestadores del servicio subyacente (transporte, alojamiento...). Para ello, se estudiarán los criterios dispuestos en tres casos de referencia en la materia: Uber, BlaBlaCar y Airbnb. Junto con el análisis de las resoluciones dictadas en los referidos casos, se tendrá en cuenta, además de la normativa vigente, las orientaciones jurídicas dispuestas en la Comunicación de la Comisión Europea «Una Agenda Europea para la economía colaborativa».

Palabras clave: economía colaborativa, plataformas electrónicas, TJUE, Uber, Airbnb

ABSTRACT

One of the most pressing challenges revealed by the collaborative economy is the legal qualification of the relationships arising between the participants in the use of electronic platforms. Proof of this, are the social, labour and administrative conflicts originated in recent times around it.

The aim of the article is to synthesize the criteria to determine whether we are facing an information society service or whether the platforms are also providers of the service with material content (transport, hosting...). To do this, the criteria set out in three reference cases on the subject will be studied: Uber, BlaBlaCar and Airbnb.

Together with the analysis of the resolutions issued in the aforementioned cases, the legal guidelines laid down in the Communication of the European Commission «A European Agenda for the collaborative economy» will be taken into account, in addition to current legislation.

Keywords: collaborative economy, electronic platforms, CJEU, Uber, Airbnb

* **Correspondencia a:** Ainhoa Fernández García de la Yedra. Facultad de Derecho. Sección de Bizkaia. Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) Barrio Sarriena s/n, 48940. Leioa – ainhoa.fernandez@ehu.es – <https://orcid.org/0000-0002-1158-3999>

Cómo citar: Fernández García de la Yedra, Ainhoa. (2019). «Acance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)»; *Lan Harremanak*, 41, 105-140. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20882>).

Recibido: 24 mayo, 2019; aceptado: 24 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



SUMARIO

1. Introducción.—2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017. 2.1. Litigio principal y cuestiones prejudiciales. 2.2. Fondo del Asunto: criterios para determinar que nos encontramos ante un servicio en el ámbito de los transportes. 2.2.1. Presunción general: servicios de la sociedad de la información. 2.2.2. Análisis crítico de la Sentencia. 2.3. Efectos de la calificación del TJUE en el pleito principal: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Barcelona de 10 de abril de 2018. 2.3.1. Respuesta a las preguntas prejudiciales planteadas por el Juzgado. 2.3.2. Efectos en el pleito principal. 2.4. Referencia al caso Cabify.—3. Aplicabilidad de la Sentencia a otras plataformas de transporte: BlaBlaCar. 3.1. Sentencia 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Madrid, de 2 de febrero. 3.1.1. Hechos Probados. 3.1.2. Actividad de los usuarios: transporte privado particular. 3.1.3. Actividad de la plataforma: servicio de la sociedad de la información. 3.2. Sentencia n.º 86/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de Febrero. 3.2.1. Actividad de la plataforma: servicio de la sociedad de la información. 3.2.2. Actividad de los usuarios: transporte privado particular.—4. Aplicabilidad de la Sentencia a otras plataformas electrónicas: Caso Airbnb.—5. Conclusiones.—6. Bibliografía. 6.1. Sentencias. 6.2. Libros y artículos académicos. 6.3. Otros documentos

1. Introducción

La aplicación de los marcos normativos existentes a las plataformas electrónicas ha planteado relevantes cuestiones jurídicas, puesto que, por su modelo de negocio, se difuminan los límites establecidos entre consumidor y proveedor, trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena y la prestación profesional y no profesional de servicios. De este modo, se discute sobre su calificación jurídica y sobre si deben o no cumplir normativa administrativa, fiscal y laboral propia de ciertos operadores tradicionales que intervienen en esos sectores. Así ha ocurrido con las principales plataformas colaborativas de éxito, en torno a las cuales se ha generado un conflicto suscitado en su mayoría por los operadores de negocio tradicionales, que rechazan la argumentación de las plataformas que se autocalifican como meras intermediarias (servicios de sociedad de la información), afirmando que son oferentes del servicio principal (transporte alojamiento...) y, por ello, sus competidores directos.

La Comisión Europea ya advirtió en su Comunicación «Una Agenda Europea para la economía colaborativa»¹ que, en principio, por proporcionar las plataformas un «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios»², ofrecen un servicio de la sociedad de la información y, en ese sentido, no pueden estar sujetas a autorizaciones previas o requisitos dirigidos específica y exclusivamente a dichos servicios. Sin embargo, también reconoce que puede haber casos en los que las plataformas colaborativas ofrecen otros servicios adicionales, hasta el punto que, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser también quien presta el servicio subyacente. En tal caso, las plataformas colaborativas podrían estar sujetas a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales aplicados a los prestadores de servicios con contenido material (transporte, alojamiento...). Para poder aplicar una normativa u otra, es preciso determinar la calificación jurídica de cada plataforma (Codagnone *et al.*, 2016; Sundararajan, 2017).

Por ello, se han escogido como objeto de estudio los procedimientos judiciales existentes la materia y analizaremos los criterios de calificación de las plataformas tenidos en cuenta es sus respectivas resoluciones. En este sentido, se analizará en primer lugar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 20 de diciembre de 2017³, «caso Uber», pues sentó un precedente jurisprudencial en la materia y procede por ello, tiempo después de que fuera dictada, apreciar sus efectos en otras plataformas electrónicas que operan dentro de la «economía colaborativa» (Tourinho, 2018: 96).

El TJUE, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, sobre si Uber es un servicio de transporte o un servicio de la sociedad de la información, resolvió que dicha empresa, que conectaba mediante una aplicación para teléfonos inteligentes y a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que deseaban efectuar un desplazamiento urbano, es un servicio en el ámbito de los transportes. Sin perder de vista que el objetivo principal del trabajo es determinar los criterios para la calificación de las platafor-

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda Europea para la economía colaborativa» disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm

² Definición de servicio de la sociedad de la información dispuesta en el artículo 1, punto 1, letra b) de la Directiva Europea 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

³ Existe otro caso resuelto por el TJUE en relación a Uber (C-320/16, Uber Francia) al que no haremos referencia ya que realiza una remisión completa a lo dictado en la sentencia de 27 de diciembre de 2017.

mas, se prestará atención, asimismo, a los efectos de la sentencia del TJUE en el procedimiento principal relativo a la competencia desleal. Para completar el primer apartado, haremos referencia también al caso de la plataforma Cabify resuelto en Segunda Instancia por la Audiencia Provincial de Madrid.

Para comprobar el alcance de la sentencia del TJUE, en el sentido de cómo puede afectar a otras plataformas similares de la denominada «economía colaborativa», analizaremos propiamente, en segundo lugar, otro caso relativo al «transporte colaborativo». En concreto, el «caso Blablacar» (Apartado 3), plataforma que se incluye dentro de lo que se conoce como *carpooling* y cuyo principal objeto es compartir los gastos de viaje asociados al trayecto realizado en común por los viajeros (Leñena, 2015: 13). «Sector» distinto del de los servicios de vehículos con conductor en el que se ha encuadrado la actividad de Uber, en su modelo de negocio actual⁴, o Cabify (AAVV, 2017: 21), referidas, como hemos dicho, en el apartado anterior. Con el análisis de este caso, puliremos el análisis de los criterios tenidos en cuenta para calificar plataformas relacionadas con el transporte.

Si bien se desprende de esta Introducción que el del transporte es uno de los ámbitos en los que la irrupción de las plataformas electrónicas más conflictos ha generado y en el que antes se ha judicializado (Górriz, 2017: 155), ya se han instado procedimientos contra otro tipo de plataformas que se encuentran aún pendientes de resolver. Este es el caso C-390/18 seguido en el TJUE, que trae causa en el Procedimiento Penal instado por el Fiscal de Francia que acusa a la plataforma Airbnb, consistente en poner en contacto a potenciales arrendatarios con arrendadores que ofrecen prestaciones de alojamiento de corta duración, por incumplimiento de la Ley francesa que regula las condiciones de ejercicio de las actividades relativas a determinadas operaciones sobre inmuebles y fondos de comercio («Ley Hoguet») referente, en particular, a la actividad de agente inmobiliario. Recientemente se han publicado las Conclusiones del Abogado General Szpunar quien estima que Airbnb, a diferencia de Uber, presta un servicio de la sociedad de la información, por lo que estudiaremos, asimismo, los criterios dispuestos en este Asunto por el Abogado General (Infra 4).

En definitiva, nos encontramos ante un campo de estudio de plena actualidad, marcado principalmente por la inseguridad jurídica y carente de conclusiones doctrinales y jurisprudenciales estables, lo que dota a la materia de un gran interés doctrinal. Por ello, tras el análisis de las referidas Resoluciones, el objetivo del trabajo es presentar de forma sistematizada los criterios a tener en cuenta para calificar las plataformas electrónicas.

⁴ Es necesario manifestar que en la actualidad Uber ha modificado su modelo de negocio, suprimiendo su servicio Uberpop para adaptarse así a la normativa española en materia de transporte.

2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017

2.1. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

La Sentencia del TJUE trae causa en la demanda declarativa y de cesación de actos de competencia desleal instada por la «Asociación Profesional Élite Taxi» contra «Uber System Spain, S.L.». De acuerdo con los hechos probados en el procedimiento principal, la «Asociación Profesional Élite Taxi» (en adelante, Élite Taxi) es una asociación de taxistas de Barcelona y su objeto social es velar por el prestigio, buen nombre y profesionalidad e intereses de las personas asociadas y, en general, la defensa de los intereses del sector del taxi. Por su parte, «Uber Systems Spain, S.L.» (en adelante, Uber) es una sociedad mercantil constituida con el fin de dar soporte a otras sociedades del grupo Uber, proveyendo servicio a demanda de solicitudes efectuadas mediante aparatos móviles y por internet. Bajo la referencia Uber se engloban una serie de servicios prestados por la sociedad «Uber International Holding, BV» y sociedades vinculadas, que gestionan una plataforma de internet que facilita los medios técnicos y organizativos en distintos países del mundo para poner en contacto a conductores de vehículos con usuarios que necesitan realizar desplazamientos en coche dentro de una misma ciudad.

Concretamente, en este procedimiento se planteó la deslealtad del servicio Uberpop, en el cual son conductores no profesionales quienes, haciendo uso de su propio vehículo y sin disponer de la licencia administrativa específica para realizar servicios de taxi, prestan el servicio de transporte. Por ello, Élite Taxi imputaba a Uber actos de competencia desleal por infracción de normas (artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal —en adelante, LCD—), actos de engaño (artículo 5 de la LCD) e infracción de la buena fe (artículo 4 LCD).

Uber contestó a la demanda oponiéndose a lo argumentado de contrario, defendiendo que el servicio que prestaba no era un servicio de transporte, sino que debía considerarse incluido dentro de los servicios vinculados a la economía colaborativa y debía ser calificado como un servicio de la sociedad de la información. En este sentido, invocaba la Directiva europea 98/34 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, sobre reglamentaciones técnicas y reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, derogada por la Directiva 2015/1535, y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que transpone a España la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, para defender que la actividad que desarrollaba no estaba sometida a licencias previas y, por tanto, no debería cumplir la Ordenanza Municipal en materia de transporte urbano de personas vía taxi.

Turnada la demanda al Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, éste declara con carácter previo que, aunque Uber Systems Spain ejerce su actividad en España, su actividad está vinculada a una plataforma internacional, por ello, la actuación de la demandada no debía valorarse en el contexto de la ciudad de Barcelona o del territorio español, sino en el ámbito de la Unión Europea.

Asimismo, para comprobar si las prácticas de Uber eran desleales e incumplían la normativa española en materia de competencia, el Juzgado consideró necesario que se aclarase si Uber debía disponer de una autorización administrativa previa de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2003, de 34 de julio SIC del Taxi en Cataluña y el Reglamento Metropolitano del Taxi, de 22 de julio de 2004 y ello dependía de la identificación de la naturaleza de los servicios que realizaba. Si, como Uber sostenía, prestaba un servicio de la sociedad de la información serían de aplicación la Directiva 98/34 (Directiva 2015/1535) así como la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior y, como analizaremos a continuación, permitirían un régimen de establecimiento en España de empresas de servicio no sujeto a restricciones o licencias administrativas, lo que determinaría que el comportamiento de la demandada no pudiera considerarse desleal. En cambio, si se consideraba un servicio de transporte no serían de aplicación ninguna de las referidas normativas: las relativas a reglamentaciones técnicas y reglas sobre los servicios de la sociedad de la información no porque no nos encontraríamos ante un servicio de la sociedad de la información y la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, tampoco, ya que en su artículo 2.2 d) establece que no es aplicable a los servicios en el ámbito del transporte.

En concreto y en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona planteó las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE:

1) En la medida en la que el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123 excluye del ámbito de aplicación de dicha Directiva a las actividades de transporte: se pregunta si la actividad realizada por Uber, con carácter lucrativo, de intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, gestionando los medios informáticos que permitan su conexión, debe considerarse una mera actividad de transporte o ha de considerarse un servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información en los términos que define el artículo 1.2 de la Directiva [98/34].

2) Dentro de la identificación de la naturaleza jurídica de esta actividad si podría considerarse parcialmente un servicio de la sociedad de la información, y, en ese caso, si se debería beneficiar el servicio electrónico de intermediación del principio de libertad de prestación de servicios en los términos que garantiza la normativa comunitaria —artículo 56 TFUE y Directivas [2006/123] y [2000/31].

3) En el caso de que se considerara que el servicio realizado por Uber no es un servicio de transporte y, por lo tanto, se considerara dentro de los supuestos amparados por la Directiva 2006/123, la cuestión que se plantea es si el contenido del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal —referido a la violación de normas que regulen la actividad [concurrencial]— no sería contrario a la Directiva 2006/123, concretamente al artículo 9 sobre libertad de establecimiento y régimen de autorización, cuando la referencia a leyes o normas jurídicas internas se realice sin tener en cuenta que el régimen de obtención de licencias, autorizaciones o permisos no puede ser en modo alguno restrictivo o desproporcionado, es decir, no puede obstaculizar de modo no razonable el principio de libre establecimiento.

4) Si se confirma que la Directiva [2000/31] es aplicable al servicio prestado por Uber, la cuestión que se plantea es si las restricciones de un Estado miembro respecto a la libre prestación del servicio electrónico de intermediación desde otro Estado miembro, en forma de sometimiento del servicio a autorización o licencia, o en forma de orden judicial de cesación de la prestación del servicio electrónico de intermediación fundada en la aplicación de la normativa nacional de competencia desleal, constituyen válidas medidas que constituyen excepciones al apartado 2 en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.4 de la Directiva [2000/31].

2.2. Fondo del Asunto: criterios para determinar que nos encontramos ante un servicio en el ámbito de los transportes

2.2.1. *Presunción general: servicios de la sociedad de la información*

Tras exponer el marco jurídico aplicable al caso y resolver las cuestiones formales sobre su competencia y la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, el TJUE comienza con el análisis de las cuestiones prejudiciales primera y segunda, que, a su juicio, procede examinar conjuntamente puesto que en ambas el Juzgado de lo Mercantil pregunta al TJUE qué tipo de servicio presta Uber, si un servicio de la sociedad de la información o de transporte, en la primera, o parcialmente un servicio de la sociedad de la información, en la segunda.

En este sentido, el TJUE comienza propiamente el análisis sobre el fondo del asunto distinguiendo *a priori* dos servicios. Por un lado, el servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano y, por otro, el servicio de transporte, que consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo. Añade, además, que cada uno de estos servicios, considerados aisladamente, puede estar vinculado a diferentes directivas o disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativas a la libre prestación de servicios (Apartado 34). En su análisis, el TJUE establece que se debe partir de una presunción general: en principio, un servicio de intermediación que permite la transmisión, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, de información relativa a la reserva del servicio de transporte entre el pasajero y el conductor no profesional que uti-

liza su propio vehículo, que efectuará el transporte, responde a los criterios para ser calificado de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE **del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, porque entiende, sin justificarlo, que se cumplen las cuatro características de este tipo de servicios: servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios** (Apartado 35).

Sin embargo, se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, por lo que de estimarse que nos encontramos ante un servicio de transporte urbano no colectivo, como un servicio de taxi, éste debe ser calificado de «servicio en el ámbito del transporte», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123, a la luz del considerando 21 de ésta (Apartado 36).

Tras exponer tal presunción, el TJUE analiza los indicios que le llevan a concluir que, efectivamente, el servicio que presta Uber no se limita a un servicio de intermediación, puesto que no solo conecta a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano, sino que crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas. Argumenta lo anterior sosteniendo que Uber proporciona a los conductores no profesionales una aplicación sin la cual ni estos estarían en condiciones de prestar servicios de transporte ni las personas que desean realizar un desplazamiento urbano podrían recurrir a esos servicios. Asimismo, manifiesta el TJUE, que Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por los conductores. Consta que Uber establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores⁵ (Apartados 37-39).

En conclusión, considera que el servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información», sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123. Calificación respaldada por la jurisprudencia del Tribunal según la cual «el concepto de «servicio en el ámbito de los transportes» engloba no sólo los servicios de transporte

⁵ La doctrina ha calificado este control como control indirecto o *soft control*, es decir, realizado a través de un programa informático, que permite vigilancia constante del conductor, aunque no haya órdenes personales dirigidas al mismo (Sánchez-Urán, 2018:3).

como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte» (Apartado 40-41).

Las preguntas tercera y cuarta entraban en juego para el supuesto de que el servicio realizado por Uber no se considerase servicio de transporte y tenían que ver con la interpretación de las Directivas 2006/123 y 2000/31, por ello, estimó el TJUE que no era preciso responderlas.

2.2.2. *Análisis crítico de la Sentencia*

Sin perjuicio de la calificación otorgada por el TJUE al servicio «Uberpop», destacan dos aspectos de la Sentencia: por un lado, la falta de fundamentación de la calificación de servicio de transporte o servicio de la sociedad de la información (Górriz, 2019: 4); y por otro la suficiencia o no de los criterios determinantes para calificar el servicio como servicio en el ámbito de los transportes.

Más allá de reproducir la definición de servicio de sociedad de la información dispuesta en la Directiva 98/34 el Tribunal no entra a precisar qué elementos identifican un servicio propio de la sociedad de la información y qué elementos permiten diferenciar estos servicios de otros servicios u operaciones comerciales. Para completarlo, nos valdremos de las Conclusiones del Abogado General Szpunar y de la Comunicación de la Comisión Europea «Una Agenda europea para la economía colaborativa», documentos en los que, apreciamos, se apoyó el TJUE para su calificación.

a) Referencia a las Conclusiones del Abogado General Szpunar⁶

Como decimos, especial mención merecen las Conclusiones del Abogado General Szpunar puesto que determina en términos generales, y no atendiendo únicamente a las particularidades y especificidades de un caso concreto, cuándo nos encontramos ante un auténtico prestador de servicios de la sociedad de la información y cuándo ante un prestador del servicio subyacente (Rodríguez Marín, 2018:58), hecho del que se hace eco, asimismo, el propio Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona⁷, que resuelve el litigio principal y a la que haremos referencia en el Apartado siguiente. Asimismo, no distingue dos servicios —como hizo al principio el TJUE—, sino que expone que el servicio Uberpop es un servicio mixto, con un componente que se presta por vía electrónica (la conexión) y otro que no (el transporte) y dispone que estos podrán ser calificados como servicios de la sociedad de la información, en dos casos: a) cuando el

⁶ Disponibles en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&doclang=ES>

⁷ Punto número 13 de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º3 de Barcelona, de 10 de abril de 2018.

servicio que no se presta por vía electrónica es económicamente independiente del prestado por vía electrónica (compraventa online de billetes de avión); y b) cuando el prestador del servicio electrónico es el mismo que el prestador del servicio no electrónico o cuando ejerce una influencia decisiva sobre el mismo, si el elemento esencial de la prestación se realiza por vía electrónica (Boboc, 2017: 10). En cambio, si el elemento esencial fuera el servicio subyacente, no podría calificarse como servicio de la sociedad de la información.

En base a las consideraciones expuestas analiza la actividad de Uber. La conclusión a la que llega, al igual que el TJUE, es que Uber presta un «servicio en el ámbito de los transportes», no obstante, su razonamiento es distinto. El Abogado General, subraya, siguiendo la teoría expuesta acerca de los servicios mixtos, que «en el marco de dicho servicio, la prestación de transporte es sin lugar a dudas la principal y la que le confiere su sentido económico». Además, afirma que la parte de conexión del servicio es meramente preparatoria y tiene por objeto permitir la parte de transporte, esto es, la parte que se presta de forma electrónica no es económicamente independiente del servicio de transporte (Apartados 64 y 65). Si bien el Abogado General se vale de criterios como la fijación del precio, los requisitos mínimos de seguridad, el sistema de evaluación... lo hace para justificar el control que ejerce Uber de factores económicamente pertinentes del servicio de transporte ofrecido en su plataforma (Apartado 51), pero teniendo claro que su actividad debe analizarse como un conjunto (servicio mixto y no dos servicios) que engloba tanto el servicio de conexión entre pasajeros y conductores mediante la aplicación para teléfonos inteligentes como la prestación de transporte en sí misma, que constituye, desde un punto de vista económico, el elemento principal y por constituir el elemento principal el servicio que no se presta por vía electrónica, no puede considerarse servicio de la sociedad de la información (Apartado 71).

Estimamos, por ello, que lo más destacable es la referida interpretación propuesta acerca de los servicios mixtos y que el TJUE no realiza⁸.

b) Referencia a la «Agenda Europea para la Economía colaborativa»

La Comisión Europea presentó en el año 2016 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones la Comunicación «Una Agenda europea para la Economía Colaborativa»⁹ donde, tras recoger los beneficios de la economía colaborativa y abordar las preocupaciones sobre la incertidumbre acerca de los derechos y las obligaciones de las

⁸ Resulta interesante, asimismo, la interpretación que realiza sobre la Directiva 31/2000, sobre la que le pregunta el Juzgado al TJUE, pero que éste estima innecesaria porque no procede entrar a responder esas preguntas porque no es un servicio de la sociedad de la información.

⁹ Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm

personas que participan en ella, ofrece orientación jurídica y política sobre la manera de aplicar la legislación vigente de la UE a ésta.

Procede hacer referencia a tal documento, a modo de conclusión, puesto que, a pesar de que no lo refiere en su resolución, los criterios empleados por el TJUE para calificar el servicio como servicio en el ámbito de los transportes recuerdan a los dispuestos en tal documento (Sánchez-Urán, 2018:3). De acuerdo con la Comisión Europea, existen varios elementos de hecho y de Derecho que pueden determinar qué tipo de servicio presta una plataforma colaborativa y que habrá que analizar caso por caso. El primer criterio, es el precio: si es la plataforma quien fija el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente, puede que sea ésta la propia prestadora. En cambio, si la plataforma únicamente lo recomienda o el prestador del servicio subyacente es libre de adaptarlo, puede que no se cumpla este criterio. En segundo lugar, la Comisión recoge otras condiciones contractuales clave: si la plataforma establece términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio) se puede intuir. Y por último, que la propiedad de los activos clave para prestar el servicio subyacente radique en la plataforma (Comisión Europea, 2016: 7).

De acuerdo con la Comisión, si se dieran estos tres criterios, existen claros indicios de que la plataforma ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente además de un servicio de la sociedad de la información. Existen, además, otros criterios que podrían indicar que la plataforma colaborativa ejerce un gran nivel de control e influencia sobre la prestación del servicio subyacente: que la plataforma sufrague los gastos y asuma todos los riesgos relacionados con la prestación del servicio subyacente o la existencia de una relación laboral entre la plataforma colaborativa y la persona que presta el servicio subyacente en cuestión. En general, cuanto más gestionan y organizan las plataformas colaborativas la selección de los proveedores de los servicios subyacentes y la manera en que se prestan dichos servicios, más evidente resulta que la plataforma colaborativa puede tener que ser considerada también como proveedora de los servicios. En cambio, no constituye por sí misma una prueba de influencia y control y las plataformas colaborativas pueden estar solamente asistiendo al prestador de los servicios subyacentes al ofrecer la posibilidad de realizar determinadas actividades que son auxiliares con respecto a los servicios principales de la sociedad de la información ofrecidos por la plataforma como intermediaria entre el prestador de los servicios subyacentes y sus usuarios (p. ej., modalidades de pago, cobertura de seguro, servicios postventa, etc.). Del mismo modo, la oferta de mecanismos de evaluación o calificación tampoco es por sí misma una prueba de influencia o control significativos (Comisión Europea, 2016: 7).

El TJUE tiene en consideración dos de los criterios dispuestos en esta Comunicación, el precio y otras condiciones contractuales. Sin embargo, deja al margen uno de los tres fijados por tal institución para que pueda deducirse la influencia decisiva de Uber sobre el elemento no electrónico. En concreto, no menciona el de la titularidad de los bienes, los vehículos. No obstante, como bien apuntó el Abogado General en sus conclusiones (Apartado 55), y asume tácitamente el TJUE, el «que UBER no sea propietario de los vehículos carece de pertinencia, ya que un empresario puede perfectamente realizar las prestaciones de servicio de transporte mediante vehículos pertenecientes a terceros, sobre todo si, a efectos de esos servicios, recurre a dichos terceros, con independencia del carácter del vínculo jurídico que une a estas dos partes del contrato». Parte de la doctrina estima, asimismo, que no habría que otorgar tanta importancia a la propiedad de las herramientas (el vehículo) como a la «aportación por la empresa de los medios más específicos de instalación técnica», esto es, a la propiedad de los medios digitales (Sánchez-Urán, 2018: 3). En este sentido, veremos los efectos de la propiedad de estos medios digitales en el siguiente Apartado.

2.3. Efectos de la calificación del TJUE en el pleito principal: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Barcelona de 10 de abril de 2018

Tal y como hemos adelantado en la Introducción, si bien en el pleito principal no se recogen criterios de calificación de las plataformas, puesto que esta labor correspondía al TJUE, es importante reparar en los efectos de esta sentencia en el pleito principal para ofrecer un análisis completo de la materia y comprobar, asimismo, la relevancia a efectos de la competencia desleal, de calificar a las plataformas de una u otra forma. Además, esto nos brindará la oportunidad de hacer referencia al caso de la plataforma Cabify.

2.3.1. *Respuesta a las preguntas prejudiciales planteadas por el Juzgado*

Es preciso recordar que las dos primeras cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil tenían relación con qué tipo de servicio prestaba Uber, si uno de transporte o un servicio de la sociedad de la información (primera) o uno mixto (segunda). No obstante, las preguntas tercera y cuarta entraban en juego para el supuesto de que el servicio realizado por Uber no se considerase servicio de transporte y tenían que ver con la interpretación de las Directivas 2006/123 y 2000/31.

Tal y como hemos adelantado, el TJUE consideró, respondiendo así a las preguntas primera y segunda, que el servicio de intermediación prestado por Uber forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, responde a la calificación de «servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123, por lo que, a su vez, estimó que no había lugar a

responder a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta ya que, principal consecuencia normativa de la calificación dispuesta por el TJUE, ni la Directiva 2000/31, por calificarse como servicio de la sociedad de la información, ni la Directiva 2006/123, de acuerdo con su artículo 2, apartado 2, letra d), los servicios en el ámbito de los transportes expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, son aplicables.

Asimismo, este servicio tampoco está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios en general, sino en el del artículo 58 TFUE, apartado 1, según la cual «la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes». No obstante, los servicios de transporte urbano no colectivo y los servicios indisociablemente vinculados a ellos carecen de regulación a nivel comunitario, por lo que la regulación de sus condiciones compete a los estados miembros, respetando siempre las normas generales del TFUE.

2.3.2. *Efectos en el pleito principal*

a) Efectos de la calificación en la normativa aplicable al caso

Procede en este momento examinar las consecuencias del pronunciamiento del TJUE en el procedimiento principal, ya que, tal y como hemos anunciado al comienzo del artículo, el procedimiento ante el TJUE trae causa en la demanda declarativa y de cesación de actos de competencia desleal instada por la «Asociación Profesional Élite Taxi» contra «Uber System Spain, S.L.». Tras recibir respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, el Juzgado de lo Mercantil N.º3 de Barcelona, con fecha 10 de abril de 2018, dictó Sentencia desestimatoria de las pretensiones de Élite Taxi.

Comienza el Juzgado precisando en los fundamentos jurídicos dos cuestiones en torno a la normativa aplicable para resolver el procedimiento. Por un lado, que, de acuerdo con lo dispuesto por el TJUE, la demanda sobre competencia desleal debe resolverse conforme a las normas de derecho interno español. Y por otro, que debe entenderse que los servicios prestados por la demandada se desarrollan en el ámbito específico del transporte de personas y no en el de intermediación en el transporte, como precisaremos a continuación.

Puesto que, en este sentido, es importante reiterar que el TJUE calificó la actividad de Uber como servicio en el ámbito de los transportes, no como servicio de transporte directamente, por lo que corresponde al Juzgado determinar, dentro de ese «ámbito» que servicio concreto presta Uber. Las partes se hacen eco de esto y entran en matizaciones respecto de si los servicios prestados por Uber son meros servicios de transporte o sí, por el contrario, deben considerarse servicios de intermediación en el transporte. De acuerdo con el Juzgado, la cuestión tiene trascendencia por cuanto el servicio de transporte

discrecional de pasajeros requiere licencia para su desarrollo, mientras que un servicio de intermediación vinculado al transporte puede no exigir, necesariamente, dicha licencia.

A ese argumento es al que se acoge Uber: su actividad, aunque deba incluirse dentro del ámbito del transporte, no estaría sometida a la normativa específica del taxi en Cataluña y al Reglamento Metropolitano, por cuanto estaría prestando un servicio de intermediación, sometido al capítulo I del Título IV de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (en adelante, LOTT), sector que afirma la demandada que ha sido liberalizado.

No obstante, el razonamiento del Juzgado difiere de lo aducido por Uber puesto que, «en la medida en la que los servicios prestados por la demandada se desarrollan dentro del ámbito del transporte interurbano de personas propio del taxi, no puede acertarse que los servicios que se prestan sean de una intermediación genérica en el transporte de personas, sino en el ámbito específico del transporte interurbano». Debe quedar, por tanto, sometido a las normas que regulan tal sector (Fundamento Jurídico Tercero Apartado 14).

La principal conclusión de lo anterior es que Uber no presta un servicio de intermediación en el transporte y en ese sentido, a pesar de que el Juzgado no lo exponga con determinación, cabe deducir que su actividad a de calificarse como transporte público discrecional de viajeros y, en concreto, como transporte de viajeros por carretera en vehículo turismo, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 62 y siguientes de la LOTT y 123 y siguientes del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, RLOTT), quedando, por ello, su actividad sujeta a las normas que regulan tal sector (Górriz, 2019: 15). Como veremos a continuación, el Juzgado desestima la demanda por problemas de imputabilidad, por ello, ya que a efectos prácticos del caso resulta intrascendente, entendemos que no justifica de forma determinante la calificación de Uber.

b) Efectos en relación a la competencia desleal

Tras esta fijación el Juzgado analiza uno a uno los preceptos de la Ley de Competencia Desleal que Élite Taxi estimaba violados, reiteramos: actos de competencia desleal por infracción de normas (art.15 de la LCD), actos de engaño (artículo 5 de la LCD) e infracción de la buena fe (artículo 4 LCD). Se corresponden con los Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto, Sexto y Séptimo, respectivamente, de la sentencia.

— Competencia desleal por infracción de normas (artículo 15 LCD)

Comienza con la violación de normas como acto de competencia desleal, artículo 15 LCD que, a su vez, regula dos supuestos de hecho. El primer apartado

toma como punto de referencia la violación de normas que tienen por objeto la regulación de la competencia, cuya deslealtad no se funda en la misma infracción sino en la concurrencia de ciertas circunstancias. El segundo apartado, en cambio, se refiere a la infracción de normas cuyo objeto incida de forma inmediata en la regulación de la competencia, regulación de la actividad concurrencial, que reputa desleal directamente (Massaguer, 1991:431). La normativa aducida por Élite Taxi en su demanda regula la actividad concurrencial del sector del taxi en Barcelona, por lo que, habrá que prestar atención al punto segundo del artículo 15 de la LCD. El Juzgado, valiéndose de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Juzgado fija el alcance de mismo¹⁰.

Se centra en primer lugar en una diferencia de redacción entre el punto 1 y punto 2 del artículo 15 LCD. El 15.2, que es el que aquí interesa, carece de la referencia a que el infractor se prevalega en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes, que sí contiene el primer apartado. No obstante, pese a su falta, ambos preceptos tienen una finalidad común: reprimir aquellas infracciones normativas que supongan una alteración ilegal del punto de partida en que inicialmente se hallan todos los competidores. Por ello, la ausencia no debe entenderse como indicativa de que cada uno de los apartados tiene un fundamento distinto. La diferente redacción de uno y otro, responde a que la mera infracción de una norma que no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial no supone necesariamente una obtención de ventajas competitivas significativas, y de ahí que se introduzca en el texto del precepto esa exigencia (Emparanza, 2009:261).

Es necesario delimitar, asimismo, la noción de «norma reguladora de la actividad comercial». En un principio, se consideró que debía analizarse la finalidad de la norma en cuestión, si ésta perseguía la protección de la libre competencia. En la actualidad se ha optado por entender que lo relevante es el contenido de la norma infringida, esto es, que regule el comportamiento concurrencial de los competidores, en el sentido de que la vulneración de las mismas afecta directamente al modo en que los operadores del sector regulado ejercen su actividad (Massaguer, 1999: 441 y Emparanza, 2009: 264).

Dentro de las normas que regulan la actividad concurrencial distinguimos tres tipos: normas que prohíben una serie de estrategias competitivas, normas que limitan el acceso a un determinado sector o actividad profesional y normas que regulan propiamente la libre competencia (Leñena, 2015:23). Prestaremos atención al segundo de los supuestos, puesto que se refiere a aquellas normas que regulan el acceso a una profesión o al ejercicio de una actividad económica. Son barreras de entrada a un determinado mercado, que el legislador ha estimado necesario restringir. Es habitual en el ámbito de ciertas profesiones liberales y en determinadas actividades económicas. De esta manera, si un sujeto quiere prestar un servicio

¹⁰ En concreto, sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo y 13 de junio de 2017.

profesional o desarrollar una actividad determinada sin cumplir con la normativa prevista para poder acceder a dicho mercado, o sin obtener las licencias o autorizaciones correspondientes para desarrollar la actividad, incurriría en una vulneración del artículo 15.2 de la LCD. Desarrollar una actividad determinada, como es el transporte de viajeros por carretera en vehículo turismo (taxi) sin cumplir con la normativa prevista para poder acceder a dicho mercado, esto es, sin obtener la licencia de taxi para desarrollar la actividad, supondría, por tanto, la vulneración del artículo 15.2 de la LCD (Leíñena, 2015: 23). Asimismo, y en relación a otros preceptos del Reglamento Metropolitano del Taxi que Élite Taxi entendía que Uber violaba, el Juzgado apreció que no todos ellos deben considerarse reguladores de la competencia, puesto que algunos se refieren a requisitos o formalidades de carácter administrativo. En concreto, a las características de los vehículos, la regulación sobre la instalación de emisoras en los vehículos, las revisiones al margen de las revisiones regladas de vehículos de motor y la regulación de la recogida en determinados puntos de la ciudad (puertos, hoteles, aeropuertos) (Apartado 19.1).

Si bien quedó acreditado en el procedimiento que Uber carecía de las licencias necesarias para realizar los servicios de taxi en la ciudad de Barcelona, infracción de una norma concurrencial, el Juzgado estimó un problema de imputabilidad en relación a las ventajas competitivas directas que pudieran darse, dado que éstas no afectaban a Uber, sino, en su caso, a los conductores y propietarios de los vehículos que utilizan la aplicación de referencia eludiendo la exigencia de licencia específica para realizar servicios de taxi. Añade el Juzgado que, si los conductores de vehículos dispusieran de licencia habilitante para prestar servicios de taxi, no sería necesario que la aplicación que coordina dichos servicios dispusiera de una licencia específica de prestación de esos servicios (Apartado 19.3).

Idéntico problema de imputabilidad apreció el Juzgado en cuanto a la identificación de los comportamientos infractores de los deberes de competencia. Recordamos que la demandada en el procedimiento era «Uber System Spain, S.L.», no todas las sociedades integradas en el grupo Uber y si lo que se cuestiona es el uso de la aplicación informática, dicha aplicación informática no ha sido ni creada ni gestionada por «Uber System Spain, S.L.». La aplicación informática descargable es titularidad de una empresa distinta de la demandada y es explotada por dicha sociedad, ajena a los presentes autos. El escrito de demanda no concreta las actuaciones o servicios concretos que realiza «Uber System Spain, S.L.» y los actos de cooperación que de modo genérico se le imputan no pueden considerarse desleales ya que la cooperación o soporte a empresas del grupo no puede asimilarse, sin más, a la cooperación o soporte en actividades o servicios que específicamente puedan reputarse desleales (Apartado 19.8).

En conclusión, el Juzgado consideró que los problemas de imputabilidad y los problemas para identificar quién es el beneficiario de las ventajas competitivas derivasen en desestimar la demanda en lo referente a la infracción de normas.

— Competencia desleal por actos de engaño (artículo 5 LCD)

También desestima el Juzgado la demanda en relación a los actos de engaño. Élite Taxi invoca el artículo 5 de la LCD para imputar a la demandada actos de engaño al consumidor o usuario argumentando que, si estos tuvieran conocimiento de que están contratando un servicio ilegal y que no cumple las exigencias de la legislación española, provocaría una alteración su comportamiento. Esto es, Élite Taxi estima que Uber induce a error a los consumidores haciéndoles creer que están contratando un servicio de taxi adecuado a la legalidad, pero, si supieran que en realidad se trata de un servicio ilegal no lo contratarían.

Del mismo modo que con el precepto anterior, el Juzgado se vale de la Jurisprudencia del TS y de la Audiencia Provincial de Barcelona para fijar el alcance del artículo 5. Lo resume apropiadamente, la sentencia de 22 de abril de 2013 de esta última indicaba que:

Como recuerda la STS de 11 de Febrero del 2011, (...) el acto desleal, que la norma describe como tipo abierto y de peligro, presupone la utilización o difusión de indicaciones inexactas, falsas o meramente incorrectas, así como la omisión de las verdaderas, cualquiera que sea la práctica, con tal que pueda inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, esto es, a los destinatarios directos o indirectos de la indicación, la omisión o la práctica, sobre aquellos extremos. Como recuerda la STS de 19 de mayo de 2008, este precepto «trata de proteger el correcto funcionamiento del mercado, en el que la ley de la oferta y la demanda cumple una función trascendente, ante la posibilidad de que los consumidores, en el momento de tomar la decisión de adquirir o no los bienes —productos o servicios—, estén errados sobre las características de los mismos que puedan influir en aquella.»

No obstante, en este caso, el Juzgado no entra a analizar el fondo y, sin perjuicio de la existencia o no de engaño, desestima la demanda en este punto por problemas de imputabilidad: los actos de engaño que se describen se refieren al contenido de una página web (www.uber.com) que no ha sido creada ni es explotada por Uber SS, demandada en el procedimiento. Por lo tanto, el engaño, en caso de existir, no podría imputarse a ésta sino a la sociedad que gestiona los contenidos de la página web.

— Competencia desleal por infracción de la buena fe (artículo 4 LCD)

Misma suerte corre la invocación genérica del artículo 4 de la LCD y el principio de buena fe. En el escrito de demanda se hace mención al artículo 4, vinculado a los mismos hechos y circunstancias por las que se imputaban a la demandada actos de engaño. De acuerdo con el Juzgado, es reiterada la jurisprudencia que advierte que la invocación genérica del artículo 4 de la LCD (en su redacción actual) no puede servir para considerar desleales comportamientos que no cumplen con los requisitos de los tipos concretos de la LCD y en con-

creto, se acoge a lo dispuesto en la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de marzo de 2017 que sintetiza el estado de la jurisprudencia sobre el alcance de la cláusula general de buena fe: «La cláusula general del artículo 4 tiene la función de poder sancionar aquellos comportamientos que el legislador no pudo prever en su momento como desleales, no la de considerar ilícitos los previstos en los arts. 6 a 17 cuando falten algunos de los requisitos exigidos en estos, por lo que obliga a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta (STS 24 de noviembre de 2006), sin que baste citar el precepto en los fundamentos de derecho de la demanda (STS 19 de mayo de 2008). Sólo cabe aplicar el artículo 4 LCD cuando se concrete expresamente el acto que lo infringe y, además, dicho acto no se tipifica en otras normas (SSTS 7 de junio de 2000 y 28 de septiembre de 2005).» En este caso, no se han identificado tales elementos, por tanto, se desestima la demandada también en este punto.

2.4. Referencia al caso Cabify

Tal y como hemos expuesto en la Introducción, dentro de lo que se conoce como «transporte colaborativo» distinguimos distintas plataformas electrónicas que, a su vez, actúan en sectores diversos. En su vertiente más colaborativa hemos destacado la plataforma BlaBlaCar, cuya actividad analizaremos en el próximo apartado y, por otro lado, hemos referenciado a las plataformas Uber y Cabify que prestan ambas un servicio en el ámbito de los transportes. Para puntualizar definitivamente esta distinción de servicios, servicio en el ámbito de los transportes y servicio de transporte *stricto sensu*, procede hacer referencia al asunto de la «Federación Profesional del Taxi de Madrid» contra «Maxi Mobility Spain, S.L.», sociedad que gestiona y explota la aplicación Cabify.

Tanto el caso de Uber como este, tienen origen en una demanda por competencia desleal instada por distintas asociaciones de taxistas y en ambos casos el resultado en cuanto al ilícito competencial es el mismo, se desestiman las demandas. No obstante, la labor de los jueces en uno y otro caso difiere. En el caso de Uber era necesario determinar en primer lugar la calificación de la plataforma y de ahí la necesidad de consultar al TJUE. En este caso, en cambio, el servicio que presta «Maxi Mobility Spain, S.L.» ya está fijado: es una sociedad mercantil que gestiona y explota la aplicación Cabify a través de la cual canaliza una actividad de comercialización e intermediación en el transporte de viajeros principalmente a través de vehículos de alquiler con conductor titulares de licencias VTC (vehículos de turismo con conductor) de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 180 y siguientes del RLOTT. Los clientes y usuarios registrados de la aplicación Cabify, pueden solicitar a través de dicha plataforma la prestación de un servicio de alquiler de vehículo con conductor y la misma, por medios telemáticos, la asigna al titular de una licencia VTC, que está vinculado contractualmente con la demandada y que lo presta conforme a una hoja de ruta, que

para cada servicio emite dicho titular de la licencia VTC, facturando «Maxi Mobility Spain, S.L.» el importe del servicio al cliente final.

El caso fue resuelto en primera instancia por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 Madrid de 13 de junio de 2017, que desestimaba la demanda interpuesta por «Federación Profesional del Taxi de Madrid», que interpuso recurso de apelación contra la misma, resuelto por Sentencia n.º 14/2019, de 19 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid confirmatoria de la sentencia de Juzgado. Destacar, en este caso, que haremos referencia únicamente a la sentencia de la Audiencia por dos razones: por la identidad de fundamentos de fondo con la sentencia de instancia y porque hace referencia a la Sentencia del TJUE en el caso Uber, así como a las conclusiones del Abogado General, lo que evidencia el alcance y la importancia de lo expuesto en ambos textos.

Como decimos, el procedimiento trae causa en la demanda promovida por «Federación Profesional del Taxi de Madrid» (en adelante, Federación) contra «Maxi Mobility Spain, S.L.» (en adelante, Maxi Mobility) en ejercicio de las acciones declarativa y de cesación contempladas en el artículo 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Federación atribuía a Maxi Mobility la comisión de los ilícitos tipificados en el artículo 15.1 y 2 de tal Ley, por infracción del artículo 182 del (RLOTT) y la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del RLOTT. Los cargos contra Maxi Mobility se resumían en que realizaba su actividad sin la preceptiva autorización exigida y regulada en las referidas normativas.

El Juzgado desestimó la demanda por los siguientes motivos: (i) porque las normas expuestas no imponen ninguna obligación a Maxi Mobility sino a quienes, amparados por la correspondiente autorización administrativa de arrendamiento de vehículos con conductor y en virtud del contrato suscrito con aquella, llevan a cabo materialmente el servicio de transporte de viajeros; (ii) porque los hechos en que se sustenta la demanda carecen de prueba concluyente; y (iii) porque, en todo caso, no ha resultado acreditado que, por efecto de los hechos señalados por Federación, Maxi Mobility obtuviera una ventaja competitiva frente a sus competidores (como tales considera la sentencia a quienes explotaran aplicaciones telemáticas de intermediación en el sector del transporte discrecional de viajeros), señalando el juzgador, con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2017, la necesidad de tal circunstancia incluso en el ilícito contemplado en el artículo 15.2 LCD, tal y como hemos referido en el Apartado 2.3.2. b).

Disconforme con lo decidido por el juzgador precedente, Federación interpuso Recurso de Apelación basado en un único apartado: la infracción del artículo 15.1 y 2 LCD en relación con el artículo 22.2 de la LOTT, artículos 180 a 182 RLOTT y la ORDEN FOM/36/2008 por error en la apreciación y va-

loración de la prueba. Para defender que de la normativa invocada sí que se derivan obligaciones para Maxi Mobility, trae al caso el análisis efectuado por el Abogado General en el asunto Uber por resultar, según su criterio, plenamente trasladable a este. Así, persigue que se califique la actividad realizada a través de la plataforma Cabify igual que se hizo con Uber: que en lugar de como intermediario en el transporte directamente, se califique prestación única, que incluía tanto la búsqueda del conductor disponible y la reserva de la carrera, como la prestación de transporte *strictu sensu*, para de las normas invocadas por Federación también se deriven obligaciones para Maxi Mobility (Fundamento Jurídico Segundo Apartado Sexto).

Sin embargo, estima la Audiencia que Federación no justifica la identidad que afirma existir entre este supuesto y el de Uber y, además, que afloran palpables diferencias entre ambos. Interesante, en este sentido, es la determinación que realiza la sentencia del servicio prestado por «Cabify», argumentación que comienza ratificando lo que adelantamos en el Apartado 2.3.2. a) y que puso de manifiesto la sentencia del TJUE: el «servicio en el ámbito de los transportes» no es lo mismo que «servicio de transporte». El primero de los conceptos engloba no solo los servicios de transporte como tales (consistente, en «el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo»), sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte.

Es por ello que no resultan de obligado cumplimiento para Maxi Mobility las normas cuya infracción se aduce, pues su condición es de mera mediadora, que encuentra reflejo en el Capítulo I del Título IV de la LOTT y sí lo son para aquellos con quienes dicha entidad tiene contratada la prestación de los servicios de arrendamiento de vehículo con conductor y que luego, a su vez, Maxi Mobility ofrece a los usuarios registrados de la plataforma Cabify.

Por último, simplemente referir que Maxi Mobility contaba con la habilitación administrativa como agencia de viaje para el ejercicio las funciones de mediación entre los usuarios del transporte y los transportistas que requería el artículo 119.1 LOTT en su redacción originaria. Tal y como refiere la Audiencia, la circunstancia de que, tras la modificación operada en la LOTT por la Ley 9/2013, de 4 de julio, desapareciesen las referencias a las funciones de mediación en la contratación de transportes de viajeros y a la atribución en exclusiva de tales funciones a las agencias de viaje no es otra cosa que reflejo del propósito confeso de liberalizar plenamente la intermediación en la contratación de transportes de viajeros, sin perjuicio de la regulación de las agencias de viajes en el ámbito turístico, expresado en la exposición de motivos. En definitiva, Maxi Mobility no infringía ninguna norma que pudiera situarla en una situación competitiva ventajosa.

3. Aplicabilidad de la Sentencia a otras plataformas de transporte: BlaBlaCar

Para finalizar con el ámbito del «transporte colaborativo» analizaremos el caso de la plataforma BlaBlaCar, cuyo origen se sitúa también en una demanda por competencia desleal que resultó desestimatoria. Sin embargo, en este caso, a diferencia de Uber y Cabify, la plataforma se calificó, tanto en primera como en segunda instancia, como servicio de la sociedad de la información. Haremos referencia a la Sentencia 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, de 2 febrero, esto es, previa a la dictada por el TJUE y a la reciente Sentencia 86/2019, de 18 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid ratificó la del Juzgado, confirmando que BlaBlaCar no es competencia desleal del autobús.

3.1. Sentencia 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil N.º2 de Madrid, de 2 de febrero

3.1.1. *Hechos Probados*

En este caso, la «Confederación Española de Transporte en Autobús» (Confebus) interpuso una demanda de juicio ordinario contra «Comuto Iberia, S.L.» y «Comuto, S.A.» (entidades que prestan el servicio BlaBlaCar en España y, en adelante, Comuto) por la que solicitaba que se declare la deslealtad de las prácticas llevadas a cabo por las demandadas en materia de transporte de viajeros y la deslealtad del transporte que realizan los conductores con vehículos particulares a los que las codemandadas intermedia a través de la aplicación/web www.blablacar.es.

De acuerdo con los hechos probados de la sentencia de instancia (Fundamento Jurídico Cuarto) y algo en lo que convienen las partes, Comuto configura una plataforma (BlaBlaCar)

a la que se puede adscribir cualquier persona que se registre en la página www.blablacar.es, en la que introducen sus datos personales, edad, teléfono, etc., y que una vez introducidos dichos datos se consigna la procedencia y el destino del viaje, configurados igualmente los voluntarios que pueden realizar dichos viajes. Todos coinciden en que los viajes pueden buscarse de una manera artesanal, mediante anuncios en internet, en las universidades, o incluso en el cartel de anuncios de un supermercado. La plataforma perfecciona el sistema de manera que genera un volumen enorme de usuarios y de proveedores mucho más allá de la cuestión artesanal, pues debido a su fama y a la publicidad que realiza, todo el que quiere abaratar su viaje, o el que quiere hacerlo en un coche particular puede acceder de forma infinitamente más efectiva que si lo hace a través de un anuncio mecánico o informático. Hasta ahí no habría ningún punto de fricción. Sin embargo, BLABLACAR, además de ser intermediario en el contacto, es también quien pone reglas sobre las personas que lo organizan, el formato en que debe realizarse, el precio que debe pagarse, recibe el dinero y lo paga e incluso es beneficiada por un margen preestablecido en sus normas de contacto.

No obstante, ambas partes difieren en la calificación del servicio que presta Comuto. En concreto, Confibus considera que las demandadas en el procedimiento realizan una actividad de mediación en el transporte —como Cabify— y que precisan para ello ser titulares de autorización administrativa y habilitación específica al amparo de lo dispuesto en los artículos 22 y 53 LOTT, de las que carecen y por ello basa su demanda en el artículo 15.2 de la LCD.

Comuto, por su parte, defiende que la actividad prestada a través de BlaBlaCar es la de intermediación de información entre particulares vía electrónica, esto es, un servicio de la sociedad de la información, amparado por la Directiva 2000/31/CE y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

3.1.2. *Actividad de los usuarios: transporte privado particular*

Una vez más, se trata de dirimir si la plataforma presta un servicio de la sociedad de la información, en cuyo caso y de acuerdo con las Directivas 2000/31/CE y 2006/123 no procede imponer restricciones o licencias administrativas, o un servicio sujeto a la Ley de Transportes Terrestres.

A diferencia del TJUE, el Juzgado, en vez de analizar directamente la actividad de la plataforma, se centra en resolver si es de aplicación o no la LOTT a los distintos hechos presentes. Así, identifica en primer lugar qué relación existe entre los usuarios de la plataforma y desde el primer momento deja claro que poner en contacto a particulares, con más o menos requisitos, no es una actividad sujeta a la LOTT. A diferencia de lo que dispuso el TJUE en relación a Uber, la plataforma BlaBlaCar no se ha creado para organizar el transporte sino para poner en contacto a particulares que quieren realizar un viaje juntos y compartir determinados gastos del trayecto, y para dar calidad al servicio de contacto por medio de unos márgenes y unos límites y un formato de actuación¹¹. El juzgado equipara el hecho de que dos personas se pongan de acuerdo para viajar juntas a la relación de amistad dispuesta en el artículo 101 de la LOTT:

Lo que significa amistad a los efectos de la regulación legal o «equivalente» forma parte de la falta de actualidad de la legislación existente, pero tal ambigüedad impide que los contactos que se realizan a través de una plataforma como BLABLACAR no puedan ser incluidos en las excepciones de la aplicación de la LOTT. La equivalencia va mucho más allá, y tendrá que definirse la intención de la ley con otros parámetros, pero desde luego en absoluto por la pretensión de la parte actora de no haber sido incluidos en la excepción que establece la regulación a la que se acoge para intentar la prohibición. Esta equivalencia de amistad encaja perfectamente en que dos personas se pongan de acuerdo para realizar un viaje juntos, sin que sea aplicable el precepto excepcional limitador a la si-

¹¹ Idéntica distinción entre el *carpooling* y el transporte urbano bajo demanda en cuanto a su posible calificación como transporte privado se realiza en Olmedo (2017:269).

tución legal que nos ocupa enjuiciar. En definitiva, las pretensiones de la actora no pueden basarse en el enunciado de los artículos que dice relativos a la relación de los conductores con las personas que comparten el transporte, pues las prohibiciones solo pueden ser aplicables cuando afecten a la legislación y al orden público, y es evidente que ello tiene que tener una interpretación restrictiva de la prohibición como todas las prohibiciones, lo que aquí por las dudas no se da (Fundamento Jurídico Quinto —párrafo noveno—).

Una vez desgranado que la relación y la actividad entre los usuarios estima que otros aspectos controlados por la plataforma tampoco constituyen actividades reguladas por la LOTT como el control de los datos facilitados por los usuarios, la identificación del conductor o la prohibición de determinadas actitudes (no poder fumar, poner o no música o no cobrar más que lo que supone compartir gastos).

Por todo ello, en resumen, afirma el Juzgado que la actividad que facilita Comuto se centra única y exclusivamente en el transporte privado particular, por lo que no puede aplicarse a las demandadas la LOTT y de ahí que no se pueda entender que hay competencia desleal por vulneración de dicha normativa.

3.1.3. *Actividad de la plataforma: servicio de la sociedad de la información*

Centrada la atención ya en la actividad de la plataforma, descarta el Juzgado la posibilidad de que ésta preste otros servicios en el ámbito del transporte a los que se hace referencia en la LOTT y, además, al no estar su actividad específicamente regulada en tal normativa de transporte, descarta su aplicación por analogía:

Podría suscitarse la duda si las demandadas realizan una labor de intermediación dentro de los postulados de la LOTT, pero la misma ha de disiparse, ya que no puede considerarse como una agencia de viajes, no solo porque como se ha dicho con anterioridad se está dentro del concepto de transportes privados, sino porque la regulación de las agencias de viajes están transferidas a las comunidades autónomas y en su consecuencia no tendría cabida dentro de la LOTT y además, porque la normativa de la intermediación hace referencia al transporte de mercancías que no es el caso, ni tampoco se está en presencia de un comisionista, por cuanto que se precisa de un apoderamiento al efecto, hecho que no tiene virtualidad en el supuesto de autos. Ni tampoco la de un transitario (artículos 1 y 126 de la Ley 16/1987 de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres ; artículo 167 del Reglamento de la anterior ley, aprobado por Real Decreto 1211/1990 de 28 de septiembre y artículo 5 de la nueva Ley 15/2009), ya que se requiere un intermediario y organizador de transportes, que se equipararía, sin embargo, en cuanto a derechos y obligaciones ante el cargador, a la figura del porteador si se había comprometido con él a hacerse cargo de la total operativa del transporte, con independencia de que no lo hubiese realizado por sí mismo en todo o en parte, lo que tampoco es el supuesto litigioso, sin que haya subcontratación por carecer del carácter de profesional de ambas partes. En suma la labor de los demandados no está regulada específicamente en la normativa de transporte terrestre, sin que pueda aplicarse analogía. Por otro lado, para que la actividad sea desleal, tiene que haberse causado un per-

juicio significativo, lo que no se ha acreditado a satisfacción en las presentes actuaciones (Fundamento Jurídico Quinto Final).

En su Fundamento Jurídico Sexto argumenta, por tanto, que la actividad desarrollada por Comuto constituye la propia de una sociedad de la información, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2000/31/CE y Ley 34/2002. Hace referencia, asimismo, al artículo 56 del TFUE que recoge el principio de no intervención para garantizar la libre prestación de servicios y que, en el caso de servicios de la sociedad de la información y de acuerdo con la normativa referida, solo permite restringirse en los supuestos que consisten en la producción de un daño o peligro graves contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores y que en este caso no se dan (Artículo 3 Directiva 2000/31/CE).

Por último, a modo de conclusión y sin entrar en su análisis, el Juzgado hace referencia a las recomendaciones dispuestas por la Comisión Europea en la «Agenda europea para la economía colaborativa».

Tal y como hemos podido apreciar, a pesar de ser una sentencia previa a la del TJUE y hacer frente en primer lugar a la cabida o no del supuesto en la LOTT, se atisban criterios similares a los dispuestos por el Tribunal Europeo, cuya aplicabilidad confirmaremos a continuación.

3.2. Sentencia n.º 86/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de Febrero

Confibus interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, que se resolvió por Sentencia n.º86/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de febrero de 2019, esto es, de fecha posterior a la dictada por el TJUE en el Caso Uber vs Élite Taxi por lo que la Audiencia se hace eco de la presunción dispuesta por el TJUE y analizando los diferentes puntos, confirma que BlaBla-Car presta un servicio de la sociedad de la información.

El recurso se fundamenta en tres motivos: (i) la compatibilidad entre la normativa armonizada sobre los servicios de la sociedad de la información con la normativa nacional reguladora del transporte terrestre de viajeros, (ii) el error en la sentencia de instancia en cuanto a la apreciación de la prueba porque Comuto gestiona un servicio de transporte público de viajeros y (iii) que no se trata de transporte privado particular. Prestaremos especial atención a cómo resuelve la Audiencia los motivos segundo y tercero, por ser los que están relacionados con el objeto de estudio de este artículo¹².

¹² En cuanto al primero, simplemente hacer referencia al Apartado 36 de la Sentencia: «No obstante, a pesar de que la sentencia mezcla diversos argumentos, su *ratio decidendi* se sustenta en el análisis de la actividad realizada por los usuarios, concluyendo que no se trata de una actividad ilícita, de

3.2.1. *Actividad de la plataforma: servicio de la sociedad de la información*

Alega Confibus que no se han tomado en consideración por el Juzgado determinados elementos que resultan decisivos para apreciar que Comuto organiza el transporte. Pretende así que por la Audiencia se califique la actividad prestada a través de BlaBlaCar como lo hizo el TJUE con Uber, como organizadora y creadora de transporte (primero de los criterios adoptados por el Tribunal).

De este modo, trae a colación cuestiones (tenidas en cuenta en el caso Uber) como el precio y la política de cancelación del servicio, la gestión de pagos y cobros, el seguro de viaje y los puntos de encuentro y paradas habituales para argumentar que desde Comuto se tiene pleno control de la prestación de lo que para Confibus es un servicio de transporte.

La Audiencia presta especial atención a lo relativo al precio —recordamos que para la Comisión Europea era el primero de los criterios a tener en cuenta para comprobar si la plataforma ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente (Comisión Europea, 2016:7)—, a la política de cancelación del servicio y la gestión de pagos y cobros —según la Comisión, otros criterios que pueden desempeñar un papel. En relación a los dos últimos (seguro de viaje y los puntos de encuentro y paradas) estima la Audiencia que son hechos que no constaban en la demanda inicial y que, en cualquier caso, no transforman el viaje compartido en un servicio de transporte discrecional.

Y así, haciéndose eco tanto de lo dispuesto por el TJUE como por el Abogado General y, en gran medida, por lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea «Una Agenda europea para la economía colaborativa» va estudiando lo dispuesto por Confibus, para finalmente determinar que Comuto no controla los aspectos esenciales de la actividad desarrollada por los usuarios de la Plataforma BlaBlaCar:

En cuanto al precio, alega Confibus que Comuto no cobra por los servicios de gestión de la plataforma sino por el viaje. Señala que los gastos de gestión son proporcionales al importe (y por tanto distancia) del viaje, lo que se reconoce en las condiciones de uso de la plataforma. Añade respecto a la política de cancelación que si el viaje no se realiza por causas no imputables al pasajero Comuto no cobra su «precio», de lo que concluye que el «precio» es por viaje y no por el tratamiento de datos en la plataforma.

manera que tampoco puede serlo la que desarrolle COMUTO, que queda reducida a la prestación de servicios en línea. En consecuencia, carece de trascendencia alguna la compatibilidad entre la normativa sobre los servicios de la Sociedad de la Información y la reguladora del transporte terrestre de viajeros en la que se sustenta el motivo del recurso.»

Resumidamente, la Audiencia rechaza el razonamiento de Confibus mediante estos cuatro argumentos:

(i) La actividad de COMUTO es la explotación de su plataforma, por lo que es de su interés atraer al mayor número de usuarios y es libre de percibir o no remuneración por dicho uso. (ii) El que se perciba una remuneración por el uso de la plataforma no convierte a COMUTO en un empresario de transporte. (iii) El que el importe de su remuneración se determine en función del viaje realizado por quienes comparten un vehículo —o de cualquier otro modo— no convierte dicha remuneración en «precio» de un transporte. (iv) El que la remuneración se condicione a la realización del viaje por los usuarios tampoco convierte la misma en «precio» de un transporte. Se trata además de una medida que simplemente permite generar confianza en los usuarios, que abonarán la remuneración por el uso de la plataforma cuando su interés se vea efectivamente satisfecho (Fundamento Jurídico Sexto, apartado 37).

En cuanto a la gestión de pagos y cobros, señala el recurso que BlaBlaCar no solo recomienda el precio y fija topes mínimo y máximo, sino que percibe directamente el precio del usuario, lo retiene y le paga al conductor una vez que ha comprobado que efectivamente ha prestado el servicio contratado. Añade que la compañía establece la política de cancelación sin que conductores y usuarios tengan nada que decir al respecto. Sin embargo, de acuerdo con la Audiencia, no se acredita la existencia de precio alguno. Lo que perciben los usuarios que disponen de su vehículo es una participación en los gastos del viaje que desean realizar en su propio interés. No se presta ningún servicio de transporte público discrecional por el conductor. La gestión de los gastos compartidos del viaje no convierte a Comuto en empresario de transporte cuando no hay tal servicio y cuando se trata de una actividad que, en realidad, sirve a sus fines de explotación de la plataforma, generando confianza en los usuarios, que realizan el viaje compartido en su propio interés. El hecho de que se asegure el propósito serio de los usuarios de compartir el viaje no supone que se realice una actividad de prestación de servicios de transporte o que Comuto se convierta en empresario de transporte. En concreto, por lo que se refiere a las modalidades de pagos, cobertura de seguro u otros servicios la Comunicación de la Comisión «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», de 2 de junio de 2016, destacaba que estos aspectos no constituyen por sí mismos una prueba de influencia y control del titular de la plataforma sobre el servicio subyacente (que aquí no es tal servicio de transporte público discrecional remunerado sino un viaje compartido entre usuarios).

La Audiencia refuerza su argumento de que Comuto es una plataforma de uso compartido de vehículos que presta un servicio de la sociedad de la información y que no controla los aspectos esenciales de la actividad de-

sarrollada por los usuarios trayendo a colación la argumentación sostenida por el Abogado General Szpunar en el asunto C-434/15 (Uber vs Élite Taxi), de que, para establecer si el prestador del servicio facilitado por vía electrónica controla a su vez la prestación que no se facilita por vía electrónica, hay que apreciar si ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones en que se presta el servicio fuera de línea. La Audiencia añade a esta argumentación, que el análisis pertinente no debe efectuarse sobre la pretendida «libertad absoluta» de los usuarios, como pretende el recurso, sino sobre la concurrencia de un control o influencia significativa en la actividad subyacente. Toda plataforma tiene algún grado de incidencia en la actividad subyacente, por su propia naturaleza, pero lo relevante no es cualquier tipo de incidencia sino una influencia o control significativo dirigido precisamente a la actividad subyacente, algo que, en este caso, no se da.

3.2.2. *Actividad de los usuarios: transporte privado particular*

Destaca que, a pesar de tener en consideración los criterios empleados por el TJUE y el Abogado General que, al igual que lo hizo el Juzgado, la Audiencia reitera que el primer análisis que hay que realizar es el de la actividad de los usuarios, y no el de la plataforma e incide y refuerza el argumento de la sentencia de Instancia sobre la aplicación de las excepciones previstas en los artículos 101 LOTT y 156 RLOTT y que el hecho de que dos personas se pongan de acuerdo para realizar un viaje juntos es equivalente a una relación de amistad. Las plataformas, facilitan la relación de los usuarios que tienen interés en un determinado viaje, no solo pretende generar confianza de los usuarios en su utilización, sino que también pretende generar confianza de estos entre sí. Lo que supone un trato personal, si bien de forma distinta a la que entendíamos tradicionalmente. Es más, debemos añadir que la propia plataforma establece medidas para evitar que sea utilizada con otros fines distintos a su mera función de facilitar el uso compartido del vehículo. Como hemos visto, estas medidas no pretenden ejercer un control decisivo o significativo de la actividad subyacente, sino que van referidas al propio uso de la plataforma según su finalidad. De este modo, desestima la Audiencia el Recurso también en este punto ya que, tal y como hemos anunciado al comienzo del apartado, Confebus sostenía que no resultaba de aplicación la excepción prevista en los artículos 101 LOTT y 156 RLOTT porque los usuarios de BlaBlaCar no son personas que se conocen a través de una red social y deciden compartir su vehículo acordando unas condiciones sino personas que contratan un transporte a través de Internet.

Sin perjuicio de la postura tanto del Juzgado como de la Audiencia en relación a la pertinencia de realizar primero el análisis de la relación entre los usuarios, hemos comprobado la validez de los criterios empleados por el TJUE y que en este caso, han derivado en que se califique el servicio prestado por la plataforma como servicio de la sociedad de la información.

4. Aplicabilidad de la Sentencia a otras plataformas electrónicas: Caso Airbnb

Tal y como hemos adelantado al comienzo del artículo, el ámbito del «transporte colaborativo» es en el que antes se judicializó y el único en el que contamos con una respuesta firme. No obstante, se han instado procedimientos contra otras plataformas que se encuentran aún pendientes de resolver, como es el caso de la plataforma de alojamiento colaborativo Airbnb.

Actualmente se sigue ante el TJUE el caso C-390/18, que trae causa la demanda interpuesta por AHTOP (Asociación que representa a los distintos operadores de alojamiento y turismo profesional en Francia) y posterior Procedimiento Penal instado por el Fiscal de Francia que acusa a la plataforma «Airbnb Ireland» (en adelante, Airbnb), consistente en poner en contacto a potenciales arrendatarios con arrendadores que ofrecen prestaciones de alojamiento de corta duración, de incumplimiento de la Ley francesa que regula las condiciones de ejercicio de las actividades relativas a determinadas operaciones sobre inmuebles y fondos de comercio («Ley Hoguet»), en concreto, de incumplimiento de las condiciones de agente inmobiliario. El juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de París planteó dos cuestiones prejudiciales al TJUE con el fin de aclarar si las prestaciones realizadas en Francia por la sociedad Airbnb están amparadas por la libre prestación de servicios establecida en la Directiva 2000/31/CE y si se pueden oponer a dicha sociedad las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, establecidas en la referida Ley Hoguet¹³.

El TJUE no ha resuelto aún las preguntas pero, recientemente, se han publicado las Conclusiones del Abogado General Szpunar¹⁴ quien estima que Airbnb presta un servicio de la sociedad de la información.

¹³ En concreto, las preguntas eran: «1)¿Están amparadas por la libre prestación de servicios establecida en el artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, (1) las prestaciones realizadas en Francia por la sociedad Airbnb Ireland UC a través de una plataforma electrónica explotada desde Irlanda? 2)¿Cabe oponer a la sociedad Airbnb Ireland UC las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, establecidas por la loi n.o 70-9 du 2 janvier 1970, relative aux intermédiaires en matière d'opérations immobilières (Ley n.o 70-9, de 2 de enero de 1970, relativa a los intermediarios en materia de operaciones inmobiliarias), denominada Ley Hoguet?», Petición de decisión prejudicial planteada por el juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris (Francia) el 13 de junio de 2018 —rocedimiento penal contra YA y AIRBNB Ireland UC— Otras partes: Hôtelière Turenne SAS, Pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP), Valhotel, disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205084&pageIndex=0&doclang=ES&mdate=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7718460>

¹⁴ Disponibles en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213504&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3955118>

La opinión del Abogado General es relevante no solo por tratarse del mismo Abogado General que se pronunció en el caso Uber y porque delimita la actividad de Airbnb como prestadora de servicios de la sociedad de la información por los mismos motivos que lo rechazó en Uber, basándose los criterios anticipados por la Comisión Europea en su Comunicación *Una Agenda europea para la Economía Colaborativa* (Guirado, 2019), sino porque, además, sus Conclusiones sirven para aclarar y puntualizar los criterios a tener en cuenta para calificar las plataformas electrónicas. Por la materia estudiada en este artículo y por la extensión del mismo, nos remitiremos únicamente a lo concluido en torno a la primera de las preguntas y en concreto, en la interpretación de los servicios mixtos que realiza para poder poner así el broche final a la estructuración de los criterios para calificar las plataformas electrónicas¹⁵.

En esencia, se trata en este caso de determinar si Airbnb cumple los criterios establecidos en la definición de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido de la Directiva 2000/31, como BlaBlaCar, o, en cambio, constituye un servicio global cuyo elemento principal es un servicio relacionado con bienes inmuebles, como Uber.

Lo primero que realiza el Abogado General para analizar si la actividad de Airbnb es un servicio de la sociedad de la información, es repasar, una por una y no de forma genérica como el TJUE con Uber, si se cumplen las cuatro características recogidas en la definición de este tipo de servicios: que sea un servicio prestado a cambio de una remuneración, a distancia, por medios electrónicos y a solicitud individual de un receptor de servicios. Dispone que, mientras que la prueba de si el servicio es a cambio de una remuneración y se presta a solicitud individual no parece ser problemática, no puede decirse lo mismo acerca de probar si un servicio se proporciona a distancia y por medios electrónicos¹⁶. De hecho, la línea entre el componente de los servicios que se proporciona por medios electrónicos y el que no se proporciona así, es a veces borrosa y la respuesta a si ese servicio se proporciona a distancia y por medios electrónicos depende, en gran medida, de la determinación de la extensión del servicio en cuestión. Es un hecho confirmado que Airbnb no contacta físicamente con los usuarios (ni con los anfitriones ni con los invitados), pero también es un hecho que la conexión entre los usuarios finaliza en un servicio de alojamiento, que puede considerarse como un componente no electrónico del servicio prestado por Airbnb, al que no

¹⁵ No obstante, es interesante tanto la aplicación de los indicios que determinan que en este caso Airbnb no ejerce un control sobre las condiciones de la prestación del servicio de alojamiento y la opinión del Abogado General en torno a la segunda de las preguntas. Conclusiones completas disponibles en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213504&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7718460>

¹⁶ En cuanto a lo dispuesto en relación a estas dos primeras características, por no plantear un reto a efectos de fijar los criterios, hacemos una remisión directa a las Conclusiones 37, 38 y 39 del Abogado General.

le es de aplicación ni la Directiva 2000/31/CE ni la 2015/1535, de acuerdo con el Anexo I de la Directiva 2015/1535 que incluye una lista indicativa de los servicios no cubiertos.

Para responder a esto, recurre a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la clasificación de servicios mixtos, es decir, de servicios que consisten en un elemento proporcionado por medios electrónicos y otro que no es proporcionado por estos medios. Con base en la sentencia *Ker-Optika*¹⁷, reitera el Abogado General que, cuando los servicios prestados por medios no electrónicos pueden proporcionarse de forma independiente al prestado por medios electrónicos no pueden afectar a la naturaleza de estos. De esta forma, el servicio prestado por medios electrónicos no pierde su interés económico y sigue siendo independiente de los servicios que tienen contenido material (transporte, alojamiento...). Pero, en cambio, cuando el servicio prestado por medios electrónicos forma un todo inseparable con un servicio que tiene contenido material, se requiere un examen detallado para poder clasificarlo (Apartado 46 y 47 conclusiones).

De esta forma, se centra en cómo realizar tal examen detallado y retoma el criterio de la separabilidad de los servicios. Dispone que en el caso *Uber* el TJUE estableció dos criterios, aunque *a priori* en la sentencia no fueran evidentes, para determinar si un servicio proporcionado por medios electrónicos es separable del servicio que tiene contenido material o no. El primer criterio es saber si el prestador del servicio de la sociedad de la información ofrece a su vez servicios que tienen contenido material y el segundo es analizar si el prestador del servicio electrónico ejerce una influencia decisiva en las condiciones bajo las cuales se prestan el servicio subyacente. Procede, por lo tanto, determinar si estos dos criterios se cumplen en este caso.

En cuanto al primero de los criterios (que la plataforma ofrezca servicios con contenido material), recordamos que, en el caso de *Uber*, el TJUE estimó que el servicio de transporte urbano, se hacía accesible a través de la plataforma. Sin ella, ni los conductores podrían proporcionar el servicio de transporte ni los usuarios podrían acceder al mismo. En ese sentido, determinó que *Uber* creaba esa oferta. En cambio, a juicio del Abogado General, a diferencia de la plataforma de *Uber*, el mercado de alojamiento a corto plazo en el que opera *Airbnb* existe desde antes que comenzara la actividad de esta plataforma, además ésta

¹⁷ Sentencia 2 de diciembre de 2010, caso C-108/09, donde el Tribunal examinaba que si el hecho de que la venta o el suministro de lentes de contacto puede estar sujeto al requisito de que el paciente primero obtenga asesoramiento médico, que implica un examen físico del paciente resultaba en que la venta de lentes a través de la Internet no pudiera ser calificada como un «servicio de la sociedad de la información» en el sentido de la Directiva 2000/31. A este respecto, el Tribunal sostuvo que dicha obtención de asesoramiento médico no es inseparable de la venta de lentes de contacto, sobre la base de que puede llevarse a cabo independientemente del acto de venta. Por lo que la venta de lentes de contacto vía electrónica, se calificó como servicio de la sociedad de la información.

está abierta a anfitriones que pueden ofrecer sus activos a través otros canales. Por lo tanto, los servicios de alojamiento no están inseparablemente vinculados al servicio prestado por Airbnb por medios electrónicos, pueden proporcionarse independientemente de este. De acuerdo con el primero de los criterios, por tanto, Airbnb podría calificarse como servicio de la sociedad de la información.

Sin embargo, el Abogado General no otorga a estos criterios la misma validez y añade una matización en torno al primero. Tal y como reconoce, a través de las plataformas electrónicas se puede crear una oferta antes inexistente o intensificar una ya existente, casos de Uber y Airbnb respectivamente y sería contrario a la lógica del mercado interior y a la liberalización de los servicios de la sociedad de la información, que es el objetivo de la Directiva 2000/31, si, únicamente debido a la creación de un nuevo suministro, las innovaciones de los operadores económicos que permiten a los consumidores a tener nuevas formas de acceso a bienes o servicios quedasen excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31. Pero tampoco se puede garantizar la aplicabilidad de la Directiva 2000/31 directamente, porque cabe señalar que un prestador de servicios que se prestan vía electrónica puede organizar su actividad de manera que le permita ejercer el control sobre la prestación de los servicios que tienen contenido material, incluso si esos servicios forman parte de un suministro preexistente. En ese caso, no procede que se beneficien de la liberalización que busca la Directiva 2000/31 porque el prestador de tal servicio compite con otros actores del mercado que no se benefician de esa liberalización.

Ante esta dicotomía, estima el Abogado General que el primer criterio, el relativo a la creación de una prestación de servicios que no se proporcionan por medios electrónicos, no es decisivo en lo que respecta a la cuestión de si esos servicios forman un conjunto inseparable con un servicio prestado por medios electrónicos. Es la influencia decisiva en las condiciones del suministro de del servicio subyacente lo que convierte a esos servicios en inseparables del servicio que prestado por medios electrónicos. Esto es, el criterio relacionado con la creación de una oferta es simplemente una indicación de si un servicio proporcionado por medios electrónicos forma un todo inseparable o no con un servicio que tiene un material contenido y estima necesario, en todo caso, determinar si se ejerce o no un control sobre las condiciones que rigen la prestación del servicio subyacente.

En otras palabras, estima necesario analizar el segundo de los criterios aun cuando no se dé el primero. Se vale para ello de los indicios ya dispuestos tanto por el TJUE como por la Comisión Europea, sin embargo, tal y como hemos adelantado, la conclusión a la que llega es distinta: determinó que Uber ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones del servicio de transporte, pero no considera que Airbnb ejerza el control sobre los aspectos económicamente significativos del servicio de alojamiento a corto plazo, como el precio, la ubicación o normas de los alojamientos, que son de gran importancia en el caso de tal servicio (Conclusiones 69-85).

En consecuencia, a juicio del Abogado General, un servicio que consiste en conectar, a través de una plataforma, potenciales huéspedes con anfitriones que ofrecen alojamiento a corto plazo, en una situación donde el proveedor de ese servicio no ejerce control sobre los procedimientos esenciales de la provisión del servicio de alojamiento, constituye un servicio de la sociedad de la información en el sentido de las Directivas 2000/31 y 2015/1535. El análisis de estas Conclusiones ratifica la validez de los criterios dispuestos por el TJUE en el caso Uber, y sirve, además, para ordenarlos. Habrá que esperar a la resolución del TJUE que, sin duda, contribuirá a precisarlos definitivamente.

Un último punto en relación a estas Conclusiones. El Abogado General determina en su Conclusión 90, que las condiciones de alquiler de los alojamientos, es decir, de los servicios prestados por los anfitriones, no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31 y deben evaluarse a la luz de otras disposiciones de la legislación de la UE. Con esto se pone de manifiesto que, pese a estar encaminada la calificación de la plataforma Airbnb, los conflictos en materia de regulación de las viviendas de uso turístico que se están dando actualmente a nivel nacional e internacional no están, ni mucho menos, enfocados (Boix *et al*, 2018; González Cabrera *et al*, 2019; Gosálbez Pequeño, 2019).

5. Conclusiones

Sobre la base de tres casos significativos, hemos analizado los criterios que determinan la clasificación del servicio que prestan las plataformas electrónicas. Es momento ahora de sintetizar todo ello a modo de conclusiones.

La primera de las alcanzadas, es que dentro de la actividad de las plataformas electrónicas que participan en la «economía colaborativa», y de forma más notoria en aquellas, como las analizadas en este artículo, que han suscitado los conflictos con los operadores tradicionales, se combinan, en general, dos tipos de actividades. Por un lado, la conexión o intermediación electrónica entre oferentes y consumidores de bienes y servicios y, por otro, la prestación de un servicio específico a un mercado concreto, que puede ser calificado como servicio subyacente y que se presta por canales no electrónicos (Sánchez-Urán, 2018:3). En este sentido, es necesario determinar si estas actividades se corresponden con dos servicios independientes (como en BlaBlaCar o, en principio, en Airbnb) o con un servicio global que abarca ambas (Uberpop).

Sin embargo, previo al análisis de la separabilidad o no de los servicios, es necesario asegurarse de que la parte que se presta vía electrónica puede ser calificada como servicio de la sociedad de la información en el sentido de las Directivas 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la

sociedad de la información y la 2015/1535, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. Para ello hay que comprobar que se cumplen las cuatro características que los definen: servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

Si no se cumplieran estas cuatro propiedades en ningún caso podría calificarse el servicio como de la sociedad de la información. No obstante, determinar este cumplimiento no es tarea sencilla en el caso de las plataformas electrónicas, puesto que, por difuminar los límites normativos establecidos, se plantean problemas en relación a dos de las características: si el servicio se proporciona a distancia y por medios electrónicos.

Para determinar lo anterior, es necesario aplicar la teoría sobre los servicios mixtos, los que consisten en un elemento proporcionado por medios electrónicos y otro que no es proporcionado por estos medios. Los servicios mixtos podrán calificarse como servicios de la sociedad de la información en dos casos: (a) cuando el servicio prestado por vía electrónica sea económicamente independiente del prestado por vía no electrónica y (b) cuando el servicio prestado por medios electrónicos forma un todo inseparable con un servicio que tiene contenido material, y el elemento esencial es lo que se presta por vía electrónica.

En estos casos, para poder clasificarlos se requiere un examen detallado a través del criterio de la separabilidad de los servicios. Existen, a su vez, dos criterios que determinan si un servicio proporcionado por medios electrónicos es separable del servicio que tiene contenido material o no: (1) saber si el prestador del servicio de la sociedad de la información ofrece a su vez servicios que tienen contenido material y (2) analizar si el prestador del servicio electrónico ejerce una influencia decisiva en las condiciones bajo las cuales se prestan el servicio subyacente.

Sin embargo, los criterios referidos no tienen el mismo valor y pese a que se acredite que la plataforma no ofrece en sí un servicio con contenido material, este criterio, muestra únicamente una indicación de que el servicio proporcionado por medios electrónicos no forma un todo inseparable con un servicio que tiene un contenido material, porque no exime del todo la posibilidad de que la plataforma esté organizando el servicio subyacente.

Se estima necesario, en todo caso, determinar si se ejerce o no un control sobre las condiciones que rigen la prestación del servicio subyacente. Este análisis se debe llevar a cabo siguiendo, tal y como lo realizan el TJUE y el Abogado General, los criterios dispuestos en la Comunicación de la Comisión Europea «Una Agenda europea para la economía colaborativa» que, pese a su carácter orientativo, ha demostrado tener gran utilidad y certeza. Asimismo, el análisis no debe efectuarse

sobre una libertad absoluta de los usuarios en la gestión del servicio, sino sobre la concurrencia de un control o influencia significativa en la actividad subyacente. Toda plataforma tiene algún grado de incidencia en la actividad subyacente, por su propia naturaleza, pero lo relevante no es cualquier tipo de incidencia sino una influencia o control significativo dirigido precisamente a la actividad subyacente.

En definitiva, esta es la línea que han seguido todas las resoluciones referidas, sin perjuicio del aporte especial en el caso de BlaBlaCar sobre análisis a la sujeción o no a la normativa sectorial específica que, por otro lado, hemos comprobado que no altera la consecuencia final, puesto que en el análisis de las relaciones jurídicas y comportamientos entre los intervinientes conlleva forzosamente centrarse en los derechos y obligaciones que asumen, y a la postre, en el contenido y objeto del servicio. Por ello, se prevé que las resoluciones venideras, en estos momentos especialmente relevantes las del caso C-390/18 Airbnb y el caso C-62/19 relativo a calificación de la aplicación Star Taxi App SRL —al que no hemos hecho referencia porque acaba de tener entrada en el TJUE— sigan la línea marcada de los criterios aquí dispuestos, en cuanto a los pasos a seguir de cara a calificar una plataforma. En cualquier caso, nos encontramos en una materia en constante evolución, donde hay espacio para la modificación de criterios y donde, además, los aspectos en los que aún procede investigar son innumerables¹⁸.

6. Bibliografía

6.1. Sentencias

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (Caso Uber vs Élite Taxi).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Barcelona de 10 de abril de 2018.

¹⁸ Entre otros, como hemos dicho, la normativa aplicable a los servicios subyacentes cuando son independientes del servicio de la sociedad de la información (como en el caso del alojamiento) y la situación de las plataformas de reparto a domicilio, que por la extensión del artículo se nos ha hecho imposible referir. Destacan las resoluciones dictadas en el ámbito Social, a su vez, contradictorias entre sí, puesto que, lo que más controvertido en esta materia, es la calificación de los repartidores: trabajadores autónomos o empleados de la plataforma. Recogemos a continuación una serie de resoluciones dictadas en España donde, tal y como hemos adelantado, destaca la falta de consenso jurisprudencial en la materia. En torno a la plataforma Glovo estiman que existe relación laboral la Sentencia 53/2019 de 11 febrero del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid y las Sentencias 128/2019 y 130/2019 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 3 y 4 de abril; y, en, que son trabajadores autónomos económicamente dependientes la Sentencia núm. 284/2018 de 3 septiembre del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid y la Sentencia núm. 12/2019 de 11 enero del Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid. En relación a Deliveroo, otra de las principales plataformas de reparto a domicilio, la Sentencia 244/2018 del Juzgado de lo Social n.º 6 de Valencia, de 1 de junio estima que existe relación laboral (De la Cera, 2018; y García-Perrote *et al*, 2018).

Sentencia n.º 30/2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, de 2 febrero.

Sentencia n.º 86/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de febrero.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid de 13 de junio de 2017.

Sentencia 14/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de enero.

6.2. Libros y artículos académicos

- AAVV (2017): Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales, Madrid. Documento disponible en: <https://www.adigital.org/media/plataformas-colaborativas.pdf>
- BARRIO ANDRÉS, Moisés (2018): «Breve comentario a la sentencia Uber: cómo regular los servicios compuestos o mixtos en la economía digital», *Diario La Ley*, N.º 1.
- BOBOS, Silvia (2017): «Uber: ¿Transportista o intermediaria en el transporte? El caso español», *Revista de Estudios Europeos*, N.º 70, 7-26.
- BOIX PALOP, Andrés; DE LA ENCARNACIÓN, Ana M.ª y DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2017): *La Regulación del Transporte Colaborativo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi—Thomson Reuters.
- BOIX PALOP, Andrés y DE LA ENCARNACIÓN, Ana M.ª (2018): *Regulación del Alojamiento Colaborativo. Viviendas de Uso Turístico y Alquiler de Corta Estancia en el Derecho Español*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi—Thomson Reuters.
- CODAGNONE, Cristiano and MARTENS, Bertin (2016): «Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues». Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2016/01. JRC100369. Disponible en: <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC100369.pdf>
- DE LA CERA, M.ª Eugenia (2018): «Análisis de las primeras resoluciones dictadas en Reino Unido y España en el “caso Deliveroo”», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 937/2018 parte Análisis, Cizur Menor, Aranzadi
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto (2009): «Artículo 15: Violación de normas», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, pág. 255-271.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. (2018): «Trabajo en plataformas profesionales y ¿laboralidad?: los recientes pronunciamientos de los casos Deliveroo y Glovo», en *Revista de Información Laboral* num.10/2018 parte Editorial, Cizur Menor, Aranzadi.
- GOERLICH PESET, Jose María (2018): «La prestación de servicios a través de plataformas ante el Tribunal de Justicia: el caso Uber y sus repercusiones laborales», *Trabajo y Derecho*, N.º 43.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (dir.) (2019): *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Madrid, Wolters Kluwer—Bosch.
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos (2019): «Taxi «vs» Uber: de la competencia desleal al arrendamiento de vehículo con conductor», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 331.
- GOUDIN, Pierre (2016): «The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities», European Parliamentary Research Service, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU\(2016\)558777_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/558777/EPRS_STU(2016)558777_EN.pdf)

- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena (2018): «Los desafíos jurídicos de la economía colaborativa: el caso BlaBlaCar en relación con UberPop», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 310/2018 parte Varía.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena (2015): «Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (carpooling y car sharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 296/2015 parte Varía.
- MASSAGUER, José (1999): «Artículo 15.— Violación de normas», en *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.ª del Pino (dir.) (2019): *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Madrid, Dykinson.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio (2017): «Liberalizar el transporte urbano de pasajeros para permitir la competencia más allá de taxis y vtc: Una cuestión de política de la competencia», *Revista de estudios europeos*, N.º 70, págs. 250-283.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Sara (2018): «Aspectos jurídicos de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales», en Muñoz, Alfredo y Rodríguez, Sara (coords.), *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Madrid, Wolters Kluwer, págs.. 43-74.
- PANIZA FULLANA, Antonia (2018): «El caso Uber: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 3, Sección Jurisprudencia.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.ª Yolanda (2018): «Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo. Estudio a partir de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S.L.», *La Ley Unión Europea*, N.º57.
- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso (2018): «Consideraciones acerca del elemento subjetivo presente en las economías colaborativas en entornos digitales», *Actualidad Civil*, N.º 2.
- SUNDARARAJAN, Arun (2017): «The Collaborative Economy: Socioeconomic, Regulatory and Policy Issues», In-depth analysis for the IMCO Committee, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/595360/IPOL_IDA\(2017\)595360_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/595360/IPOL_IDA(2017)595360_EN.pdf)

6.3. Otros documentos

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (2016) «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», pág. 7. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm

Conclusiones Abogado General Szpunar, Asunto C-434/15, disponibles en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&doclang=ES>

Conclusiones Abogado General Szpunar Asunto C-390/18, disponibles en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213504&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7718460>

REFLEXIONES SOBRE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y EL CAPITALISMO DE LAS EMOCIONES: NUEVOS RETOS EN EL ANÁLISIS DEL CONFLICTO CAPITAL-VIDA

Some reflexions about the Collaborative Economy and the Emotions Capitalism: new challenges in the analysis of the conflict between Capital and Life

IRATI MOGOLLÓN GARCÍA*

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

La irrupción de las nuevas (y no tan nuevas) tecnologías de la comunicación (Castells, 2006) con los dispositivos estratégicos de los Smart phones e Internet, están transformando profundamente nuestros esquemas sociales, nuestras relaciones y los modelos de producción. Transformaciones que han convergiendo y suscitado la diversa gama de empleos y servicios conocidos bajo el paraguas de la «Economía Colaborativa», detonando el camino hacia la digitalización de las relaciones laborales, con su esperable traducción en la digitalización de las condiciones laborales. El presente texto nace bajo el objetivo de una revisión feminista de estas transformaciones, insinuando interrelación entre la Economía Colaborativa y la noción de Capitalismo de las Emociones propuesta por Arlie Hochschild (1995). Se pretende aportar en la reflexión colectiva sobre los retos generados en la coyuntura actual de conflicto entre el Capital y la Vida (Orozco, 2006) y debatir sobre qué es lo que sucede cuando las emociones, el ejercicio de colaborar y las experiencias pasan a ser parte esencial del producto y del proceso de producción de capitales.

Palabras clave: sostenibilidad de la vida, capitalismo de las emociones, economía colaborativa.

ABSTRACT

The irruption of new (and not so new) technologies of communication (Castells, 2006) with Smart phones and Internet strategic devices are deeply transforming our social schemes, our relationships, and production models. These transformations have converged and raised the diverse range of jobs and services known under the umbrella of «Collaborative Economy». Consequently, it has detonated the path towards the digitalisation of the labour relationships, with its expected translation in the digitalisation of the labor conditions. The present text comes into scene with the goal of a feminist revision of these transformations, insinuating interrelation between the Collaborative Economy and the notion of Emotions Capitalism proposed by Arlie Hochschild (1995). The authors have two main goals. Firstly, to provide a reflection on the challenges generated in the current situation of conflict between Capital and Life (Orozco, 2006). And secondly, to debate on what is happening with emotions, the exercise of collaboration and experiences that become essential part of the product and process of capitals production..

Keywords: sustainability of life, emotions capitalism, collaborative economy

* **Correspondencia a:** Irati Mogollón García. Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación, Campus UPV/EHU. Barrio Sarriena s/n. 48940-Leioa, Bizkaia – irati.mogollon@ehu.eus –

Cómo citar: Mogollón García, Irati. (2019). «Reflexiones sobre la economía colaborativa y el capitalismo de las emociones: nuevos retos en el análisis del conflicto Capital-Vida»; *Lan Harremanak*, 41, 141-164. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20928>)

Recibido: 12 junio, 2019; aceptado: 25 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

SUMARIO

1. Introducción.—2. Nuevos cercamientos en el conflicto Capital-Vida.—3. El diálogo entre la economía colaborativa y las emociones.—4. Un último aliado: El pensamiento positivo.—5. Algunas conclusiones.—6. Bibliografía.

1. Introducción

Si torcemos la vista atrás, viendo los cambios que en la última década hemos vivido, centrados en las sociedades occidentales conocidas como *el norte global*, el vértigo que podríamos sentir al principio del estómago resulta, cuanto menos, considerable. Quizás, al igual que nuestros mayores con su distintiva frase de «antes todo esto era campo», nosotras y nosotros también podríamos memorar aquellos años en los que nuestro mundo se desarrollaba sin internet y sin los Smartphone. Las diferencias entre el abismo de los cambios que vivieron nuestras generaciones pasadas frente a la nuestra, sin embargo, pudieran residir en un factor concreto: la intensa velocidad de los acontecimientos.

Si echamos unas breves cuentas, podemos apreciar que los móviles con pantallas táctiles llegaron a popularizarse en el 2011, aplicaciones como WhatsApp o Facebook llegaron en el 2009 y 2004 respectivamente y portales de video como YouTube, por su parte, en 2005. Si bien internet ya suma 40 años de edad con su creación en 1972, lo verdaderamente impactante es cómo estas tecnologías o dispositivos han transformado las formas de relacionarnos, los procesos de producción, los modelos de empleo y las formas de sostener la vida que teníamos en cuestión de años. La velocidad de los acontecimientos es tal, que hoy día nos vemos en la necesidad de relatar los sucesos en años y no en décadas. Éstas transformaciones, junto con el estallido de la crisis global o lo que algunas denominan como *reestructuración capitalista global* (Albarracín, 2010) a mediados del 2007/8 nos lleva a preguntarnos sobre cuáles son los retos de sostenibilidad de la vida a los que nos enfrentamos en el presente o futuro más inmediato.

Si bien las siguientes líneas son escasas para relatar los múltiples procesos que toman parte en este archipiélago de realidades, a continuación, apostamos por introducir ciertos debates en la arena del análisis y coloquio social actual desde un enfoque de sostenibilidad de la vida en el centro. Para ello, se parte de un breve repaso teórico a los conceptos de sostenibilidad de la vida, conflicto Capital-Vida y la acumulación capitalista dentro de lo que se han

denominado como nuevos cercamientos en el conflicto Capital-Vida. Después, se abre el diálogo entre la economía colaborativa y las emociones, situando ciertos matices de las relaciones entre esos dos elementos y observando cómo se transforman las relaciones laborales desde esas prácticas emocionales. Más adelante, se introduce un último aliciente en la ecuación elaborada, el del pensamiento positivo como piedra angular para esta narrativa del alegato hacia lo colaborativo y lo emotivo de la escena social. En este último apartado se evidencia que no cualquier emoción vale en la nueva fórmula de la(s) Economía(s) Colaborativa(s)¹ y los conflictos que ésta suscita. Finalmente, a modo de cierre presentaremos unas brevísimas conclusiones y reflexiones al aire para seguir alimentando y aportando en los debates colectivos actuales.

2. Nuevos cercamientos en el conflicto Capital-Vida

El enfoque desde el que se pretende trabajar nace gracias a las innumerables propuestas que feministas y ecofeministas llevaron a cabo (Carrasco, 2001; Orozco, 2006; Herrero, 2013; Federici, 2018) en una convergencia teórica surgida desde los movimientos sociales y las afluencias académicas (Carrasco, Borderías, Torns, 2011). Ésta mirada parte de la crítica a favor de descentralizar la referencia del marco de trabajo asalariado (Himmelweit, 1995) y el proceso de producción de mercancías como único indicador de bienestar social y riqueza. Se reivindica que en el centro del análisis socioeconómico se deben situar las necesidades sociales y bienestar producidos, tanto como marco de análisis, como a modo de objetivo (Benería, 1999; Picchio, 1999; Carrasco, Borderías, Torns, 2011; Orozco, 2006).

Por ello, se apuesta no solamente por el uso de la noción de *cuidados* (Thomas, 1993; Carrasco, 1991; Hochschild, 1995; Daly y Lewis, 2000; Benería, 2008; Carrasquer, 2013) sino también por visibilizar el proceso de sostenibilidad de la vida y el conflicto existente entre el Capital y la Vida a la hora de sostenerla. Puesto que, como señala Amaia Pérez Orozco (2012) es «el propio proyecto modernizador, la idea misma de desarrollo, progreso y crecimiento» (Orozco, 2012) lo que está hoy en día en crisis con su precariedad y vulnerabilidad (Carrasco, 2017; Picchio, 2009; Orozco 2014; Herrero, 2013) junto con la aparición de los nuevos riesgos sociales (Taylor-Gooby, 2004) y la profunda crisis de los cuidados (Izquierdo, 2003; Picchio, 2009; Dalla Costa, 2009; Carrasquer, 2013).

¹ El término de Economía Colaborativa es una noción de reciente producción ciertamente abstracta, pero con características específicas a su vez. Por ello, aun sabiendo que no hay una sola Economía Colaborativa, que no existe una definición monolítica respecto a la misma, utilizaremos en pos de la fluidez narrativa el singular de este término que se entiende abstracto y ciertamente plural, pero que comparte una amplia amalgama de características las cuales nos permiten hablar en parámetros individuales.

En esta noción de conflicto entre el Capital y la Vida se amplía el concepto de *Vida*, también haciendo referencia a la naturaleza, más allá de la vida humana. Entre sus teóricas ecofeministas conocidas encontramos a Vandana Shiva, Maria Mies, Ariel Salleh o Yayo Herrero, que subrayan las similitudes entre el trato existente con la naturaleza y el trato que se tiene con las mujeres. Dicho paralelismo no se constituirá desde los discursos de la esencia femenina y su relación con la naturaleza, por el contrario, en sus trabajos subrayan que a ambas se las constituye como *recursos*. Recursos que son extraídos y utilizados por y para el hombre en los ciclos de producción capitalistas, pero sin ninguna clase de agencia ni reconocimiento de valor propio. Esta omisión de la capacidad productiva y creativa de la naturaleza y de las mujeres, será la clave de su expolio.

Por ello, desde el ecofeminismo se denunció el modelo de economía y desarrollo actual, pues en ellos quedan completamente excluidos el debate de la vida humana y los límites ecológicos de este planeta que las doctrinas liberales se niegan a reconocer. Señalan, junto con las economistas feministas, que el ecofeminismo «trastoca las bases fundamentales del paradigma económico capitalista y desvela que su lógica es incompatible con la de un mundo sostenible y justo» (Herrero, 2016: 8).

Para finalizar, otra arista más del conflicto Capital-Vida que quisiéramos visibilizar a la hora de plantear esta reflexión colectiva sobre las Economías Colaborativas y el papel de las emociones en la coyuntura actual es el de los nuevos cercamientos de los comunes (Ostrom, 1990) o los nuevos modelos de acumulación primitiva u originaria (Federici, 2010; Hartsock, 2011).

Karl Marx (1867), en el primer volumen de su famosa obra de *El Capital*, nos planteó el término de *acumulación originaria* o *acumulación primitiva*, para explicar cómo se generaron las condiciones previas en la creación del capitalismo actual. En este sentido, hacía referencia al ejercicio de privatización de los medios de producción desarrollado entre los siglos XIV y XVI. Este ejercicio de privatización y expropiación, desembocó en lo que serían *futuros trabajadores y trabajadoras sin medios*. Afectó sobre todo a las grandes masas rurales, destruyendo de forma violenta y abusiva las formas tradicionales de derechos de acceso de la población a los medios de producción y recursos naturales como son los derechos comunales, el expolio de América, la vinculación de los siervos a la tierra, etc.

Con su obra y posteriores aportaciones teóricas, al hilo de la acumulación originaria (Harvey, 2003; Federici, 2018), se evidenció que la riqueza de las naciones europeas y estadounidenses no podía comprenderse sin el expolio y la violencia ejercida hacia los territorios africanos, asiáticos y latinoamericanos. Son los siglos de esclavismo, genocidios y expolios de los regímenes coloniales, los que marcan los hitos en los que se fundamenta la riqueza de las naciones y el modelo de desarrollo capitalista actual.

En 2003, David Harvey planteó la teoría de una nueva fase de esa acumulación marxista conocida como *acumulación por desposesión*. Haciendo referencia sobre todo a una fase de sobrecumulación del capital, subraya la mercantilización de ámbitos hasta entonces cerrados al mercado. Nos relata cómo en occidente, con el método de acumulación originaria y bajo el objetivo de mantener el capitalismo actual, se han ido sistemáticamente aplicando ejercicios de acumulación por desposesión como las privatizaciones de empresas públicas, las trampas de la deuda, la redistribución de la renta y las especulaciones financieras generadas a partir de las multitudinarias crisis desde 1970 hasta la más actual del 2008.

Estas teorías sirven para comprender las bases sobre las cuales se escribe y reescribe el capitalismo en sus multitudinarias fases y su conflicto permanente con la vida. A esta idea de rapiña capitalista de las esferas de la vida, se le da una vuelta de tuerca de la mano de multitud de feministas (Federici, 2010; Hartsock, 2011; Ezquerro, 2012), al construir una correlación entre los conceptos de acumulación originaria y acumulación por desposesión, con el papel de las mujeres no asalariadas y el papel de producción/reproducción de capitales en el espacio doméstico. De este modo, Silvia Federici (2010), en su reconocido libro «El Calibán y la Bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria», hace visible lo que se denomina como un nuevo campo de acumulación y de batalla: los cuerpos de las mujeres. Con esta idea, se plantea no solamente el expolio de los medios de producción materiales, sino también el expolio de los medios de reproducción materiales (cocinar, limpiar...) e inmateriales (afectos, atenciones, cuidados, educación...) del ámbito de lo privado y lo femenino.

Dándole una última revisión crítica al concepto, Nancy Hartsock (2011), en «A New Moment of Primitive Accumulation», apunta que la actual acumulación por desposesión es la de una ruptura del contrato social, o la reestructuración de las relaciones entre Estado y Sociedad, que posibilita un nuevo acercamiento de los comunes y nuevas esferas de mercantilización. Esto nos permite realizar una lectura diferente y transversal de los procesos de reestructuración del Estado de Bienestar que se están realizando a partir de la crisis mundial del 2007 y la multitud de recortes en salud, educación, transportes... ejecutados en nombre de la austeridad en nuestros entornos más cercanos.

3. El diálogo entre la economía colaborativa y las emociones

Nos encontramos ante un escenario de crisis estructural en el cual podemos afirmar que los alegatos hacia el discurso colaborativo van en aumento. Se palpa un estallido de los proyectos de «*lo co-*», entendiendo dicha abreviatura por resumen de movimientos y proyectos comunitarios, colaborativos y cooperativos. Los cambios e incertidumbres acaecidos junto con toda la respuesta movilizadora social activada ante ese descontento, han llevado a legitimar escenarios co-

laborativos como *territorios de proximidad y sostenibilidad deseados* por una parte amplia de la población². Éstos movimientos han compartido escena, sin embargo, con la aparición de una nueva ola de emprendizaje encarnada en las famosas *Start Ups* que, apoyadas en el soporte tecnológico de las nuevas tecnologías y plataformas de internet, ofrecen un modelo de producción y consumo casi instantáneo, con pocos mediadores y de alta adaptabilidad al consumidor que también ha recibido el nombre de Economía Colaborativa y Consumo Colaborativo. Estos procesos coetáneos viven polémicos e interesantes mestizajes, de los cuales destacaremos uno en concreto: el papel de las emociones en las economías colaborativas.

Una de las hipótesis más polémicas con las que abrimos el debate subyace en la propuesta de la autora estadounidense Eva Illouz (2011) que presenta las *coincidencias no intencionales* que han surgido entre el feminismo y la terapia positivista. Ejercicios que ha llevado según la autora, sobre todo a las clases medias, a comportamientos metódicos y de control emocional ejercidos mediante el intelecto.

Estos diversos actores [feministas, terapeutas, compañías farmacéuticas...], han convergido en la creación de un ámbito de acción en el cual la salud mental y emocional es la principal mercancía que circula, un ámbito que marca a su vez los límites de un «campo emocional», esto es, una esfera de la vida social en la que el Estado, la academia, distintos segmentos de las industrias culturales, grupos de profesionales acreditados por el Estado y por las universidades y el gran mercado de los medicamentos y la cultura popular se han cruzado y han creado un dominio de acción con su propio lenguaje, sus propias reglas, sus propios objetos y sus propios límites (Illouz, 2011: 219).

En la nueva era del trabajo contemporáneo y lo que podemos considerar como su *buque insignia* (la Economía Colaborativa), la flexibilidad, la adaptabilidad al consumidor y la rapidez de las demandas de mercado son elementos indispensables. El paradigma del «tiempo es oro», difundido por Benjamin Franklin queda obsoleto y transformado en la idea de que *todo aquello que no*

² Estas dinámicas hacia lo co— se reflejan en los proyectos como Los Movimientos colectivos de Repoblación Rural como la Red Ibérica de Ecoaldeas (RIE) en su labor para acabar con la despoblación rural planteando proyectos de vida sostenibles y colectivos. Sindicatos de inquilinas, movimientos pro-viviendas comunitarias o *cobousings* que plantean la vida en comunidad imbricando arquitectura y comunidad vecinal. Las cooperativas de consumidores de energía (SomEnergia, Goerner) o la alianza contra la pobreza energética, en lo referente a la colectivización y aprovisionamiento del derecho a la energía. El surgimiento de sindicatos de manteros, sindicatos de trabajadoras del hogar (SindiHogar, Territorio Doméstico) y sindicatos de prostitutas que abren nuevos debates sobre el concepto trabajo y la regularización/protección de los derechos laborales. Las redes de soberanía alimentaria y soberanía lingüística (Errigora), redes de consumo de proximidad (Km0) y cestas ecológicas (Bajo el Asfalto Está la Huerta, Me Planto, Berton Bertokoa...) que plantean el abastecimiento de pueblos y ciudades desde la sostenibilidad ecológica y el compromiso colectivo.

está en movimiento, es dinero perdido (Mogollon y Legarreta, 2015). En resumen, el mantra que la Economía Colaborativa ha sabido recoger es el de que aquello que no se mueve, es un *activo en desuso*.

Consideramos estos empleos novedosos de lo colaborativo como la punta de lanza de prácticas laborales que poco a poco se van extendiendo en el mercado-laboral global. Éstos van, a su vez e indiscutiblemente, de la mano de lo que se denomina como Nuevas Economías de la Comunicación o Capitalismo Tecnológico como una de las facetas de este poliforme capitalismo que también se denomina financiero, deudocrático, ecocida etc., Centrándonos sin embargo en esta pequeña vertiente, una de las primeras referencias al respecto serán las de Joseph Pine y James Gilmore (1991), los cuales en su obra introdujeron el término *economías de la experiencia*, siendo así precursores de toda la ola de la economía colaborativa y capitalismo de las emociones (Hochschild, 1995, Illouz, 2011) que acontecería en las siguientes décadas. De este modo, en estas Economías Colaborativas serán los *beneficios intangibles* que ofrecen los nuevos modelos laborales los que aportan un valor distintivo (Revista Opciones, 2013). Nos referimos a las experiencias, los tejidos sociales momentáneos y fugaces que emergen, las emociones que implican, la sensación de exclusividad y novedad del consumo... Destacan los ejercicios de *prosumición* que ofrecen la capacidad de creación del producto entre los productores y los consumidores del mismo (Gill, 2016) al instante, y la red que se teje entre los consumidores y los productores a ambos lados de la transacción (Díaz-foncea, Marcuello, y Monreal, 2015).

Pareciera que, en estas últimas décadas de historia contemporánea, el valor y significado de las emociones en la sociedad, se encuentra en un proceso de cambio de posicionamiento y estatus social. Las emociones han pasado de ser un tema tabú (nexo de unión del ser humano a su parte más irracional e instintiva que ha de ser reprimida), a uno de los temas de conversación y teorización más demandados por la audiencia. Evidencian estas transformaciones, entre otros, el surgimiento de «los nuevos modelos de liderazgos» o «las nuevas masculinidades», en los cuales emociones como la empatía, la calma, la amabilidad y el cuidado hacia las personas y los grupos, cobran relevancia frente a la severidad, racionalidad, autoritarismo, seriedad y arrogancia prevalentes de modelos anteriores.

La masificación de los libros de autoayuda, han llevado a algunos colectivos como Espai en Blanc³ (2007), a hablar de *sociedad terapéutica*. Elena Berberana (2018), arroja datos esclarecedores al respecto en la revista digital *Libre Mercado* al describirnos cómo, en 2016, se llegaron a vender **9.9 millones de ejemplares** registrados en la temática de autoayuda y desarrollo personal, cuya factura-

³ Colectivo de pensamiento crítico, colectivo y experimental creado en Les Naus (Barcelona) en el 2002. Se autodefine como *brecha entre el activismo y la academia, la teoría y la práctica* (ver Spain-blanc.net).

ción ascendió a 119 millones de euros⁴. Mientras, los ejemplares dedicados a la divulgación, psicología, salud mental y medicina, alcanzaron las cifras de 135, 5 millones de euros. En total, desde el 2012 hasta el 2017, se habla de un incremento anual del 2,6 % en dichas materias.

Las hipótesis sobre las causas de la *emocionalización de la vida pública* varían; desde las teorías de la socióloga Patricia Clough (2007), que sitúa dicho fenómeno en la postguerra y sus efectos en la cultura, la política y la economía, pasando por autoras como Corinne Squire (2001), que hablan de *sociedades afectivas*, hasta referentes como Eva Illouz (2007:227-228), que definen como *capitalismo emocional* a esta nueva era social. Dentro de las ciencias sociales, por su parte, se hace referencia al *Giro afectivo* o *affective turn*, éste viene a poner en relieve la crítica propiciada por Brian Massumi (2002) y reivindica el ejercicio Spinozano de dejarse *afectar* y *ser afectado* en las ciencias sociales. Se podría resumir como «El rescate de las emociones del secuestro biologicista, del uso y estudio exclusivo de las ciencias duras» (Alí y Giazu, 2013: 104).

De este modo, podemos concluir que las emociones están cada vez más presentes y que vienen, sin duda, para quedarse. El impacto de las emociones en el ámbito laboral, sin embargo, no será del mismo calibre en todas las áreas, y es, una vez más, en la Economía Colaborativa, donde observamos una mayor resiliencia a adoptar prácticas discursivas emocionales muy marcadas frente a otras instituciones como pueden ser, por ejemplo, las administraciones públicas, entre otras.

En este camino, las teorías sobre el valor de las emociones y los trabajos domésticos, la ética de los cuidados y los afectos planteados por el feminismo que permitieron ampliar el imaginario social son en estos tiempos absorbidas y disputadas dentro de una cultura global en la cual todas las utopías sobre la felicidad se encuentran atravesadas por el consumo (Ehrenreich, 2011). El consumo, a su vez, pasa a ser entendido como *experiencia*, elemento que le dará un matiz inmaterial y emotivo diferenciador a las absorciones capitalistas. Se genera un cruce entre emoción y lógica instrumental, se reorganizan las culturas emocionales, haciendo que «el individuo económico se volviera emocional y que las emociones se vincularan de manera más estrecha con la acción instrumental» (Illouz, 2007; 43).

Tal y como resumen Eudald Espluga, Berta Gómez y Santo Tomás (2018) al calor de estas *instrumentalizaciones emocionales* en un artículo para el diario El Salto en su edición digital, el alineamiento entre la ética de los cuidados y los nuevos discursos de la empresa que se generan en estas Economías Colaborativas es profundo y trastoca de forma radical los significados y contenidos de la intimidad, las emociones y los cuidados:

⁴ Datos del jefe de prensa de la Federación de Gremios de Editores de España (FGEE) Gerardo de Miguel, en 2016.

no sólo la comunicación se ha transformado en un intercambio interesado de información; también el reconocimiento de la fragilidad y la dependencia ha dado paso a ideales más complejos de autosuficiencia; la imaginación y el pensamiento narrativo se han convertido en formas de capital creativo; la atención y la confianza son vistas como competencias para mejorar la eficiencia de un equipo y no como un espacio de resistencia a la lógica del mercado; y la autonomía, lejos de ser entendida como la capacidad de tejer nuevas relaciones, se define como la posibilidad de aislarse de los demás.

En nuestro marco de análisis, subrayamos el papel y disputa de emociones como el *apego*, *la pasión* y *el deseo hacia el trabajo-empleo* dentro del entramado de absorciones e instrumentalizaciones capitalistas propiciadas por el mundo de lo colaborativo, pues, como veremos a continuación en el tercer apartado, no todas las emociones tendrán el mismo peso o aceptación social. Así mismo, en el marco de los empleos de las Economías Colaborativas las actividades laborales rebosan el espacio laboral para introducirse de lleno en un aspecto de peso de la vida de sus participantes, no solamente a nivel de recursos materiales y poder adquisitivo, sino también a nivel psicológico-emocional. Son las energías comunicativas, las capacidades creativas, la pasión, el humor, el ingenio, la empatía, lo más brillante de las capacidades intelectuales y vitales, lo que se pone a disposición de la empresa en todo el proceso productivo y laboral. Como consecuencia, «la empresa (independientemente de la relación jurídica entre propiedad y trabajo) tiende a ser el núcleo en torno al cual se infiltra el deseo, el objeto de una inversión ya no solo económica, sino también psíquica» (Morini, 2014: 93). Uno de los alegatos o iconos más característicos en este sentido abanderado por las Economías Colaborativas son las famosas frases de Confucio sobre «Escoge un trabajo que te guste, y nunca tendrás que trabajar ni un solo día más en tu vida» o la de Winston Churchill de «Esfuerzo continuo, no fuerza o inteligencia, es la clave para liberar nuestro potencial».

Esta atención en el *control afectivo* y las *reglas emocionales (feeling rules)*, no es algo novedoso, aunque sí es destacable el incremento y expansión de su interés gracias al avance y fama de esta Economía Colaborativa. Arlie Hochschild (2001), nos habla de cómo cada situación social induce a un conjunto de emociones en los actores sociales, pautadas y normativizadas, que especifican la *intensidad*, *dirección* y *duración* del sentimiento. Evoca un sinfín de situaciones sociales (rupturas, embarazos, discusiones, situaciones dramáticas...), en las cuales se encuentran social e implícitamente marcados los plazos y sentimientos específicos que ha de tener cada individuo. De este modo, visibiliza cómo se encuentran estipulados los códigos de la *cultura emocional* de cada sociedad como, por ejemplo, cuánto es el plazo de «lamento» por la ruptura de una relación y cuándo se está siendo «exagerado/a», cómo ha de sentirse una mujer que acaba de ser madre en los primeros años de su bebé (emocionada, extasiada, agradecida, completada...) o cómo no ha de sentirse (harta, depresiva, enojada, as-

queada, arrepentida...). En este último caso, un libro altamente recomendable que refleja los mecanismos de control afectivo y reglas emocionales en el universo maternal, es el de «Madres arrepentidas: una mirada radical a la maternidad y sus falacias sociales» (Donath, 2016) y su estudio sobre la maternidad desafecta.

En el marco de la Economía Colaborativa el control social arremete de forma exquisita en materia sentimental y afectiva, apropiándose y contorneando dimensiones emocionales de la vida, pues no bastará con ser eficaz en el trabajo y respetuoso en las relaciones, habrá de ser motivador, apasionado, cercano, carismática, efectiva, asertiva... Esta vinculación entre emoción y ejercicio productivo, genera lo que diversas autoras definirán como *la reconquista del tiempo de vida por parte del capital* (Valenzuela y Bruquetas, 2015; Berardi, 2016).

Permite ampliar el trabajo-empleo y la producción a cualquier hora del día gracias al innegable apoyo de dos dispositivos decisivos: el teléfono móvil e internet. Estos abren en canal la intimidad y el tiempo libre de las personas trabajadoras, convirtiéndolas en localizables en todo momento y lugar, susceptibles a ser llamadas a desarrollar su función productiva. De hecho, la instantaneidad del consumo y de la atención individualizada hacia la demanda del cliente se convierte en estas Economías Colaborativas en un rasgo distintivo y necesario de la relación entre consumidora y productora. De este modo, se pavimenta la opción de «absorber cada átomo posible de tiempo productivo en el momento exacto en que el ciclo productivo lo necesita, y así disponer de la jornada entera del trabajador, remunerando tan solo los momentos en los que es celulizado» (Berardi, 2016).

Como consecuencia de esa invasión por parte del capital, observamos el fenómeno de la *colonización del cliente* (Gold y Mustafa, 2013), recogido sobre todo en las y los trabajadores *freelance*. Nos retratan a una trabajadora de lo colaborativo que no es capaz de controlar los ciclos de demanda de trabajos, completamente dualizada entre el estrés de mantener la demanda y llegar a los plazos de forma óptima y la auto-culpabilización cuando esta decrece y el trabajo comienza a no ir como necesita. Igualmente, junto con la competitividad extrema, también se narra la «realización frecuente de trabajos «para comer» poco gratificantes y poco creativos» (Ortega, 2018: 28)

En estos empleos colaborativos se observa cómo acontece la transformación del tiempo de trabajo, que muta de ser un trabajo estipulado dentro de cierta jornada laboral (partida, continuada, a turnos, nocturna...) y su posibilidad de horas extra, a ser un tiempo de trabajo informe, basado en el ideal del *sujeto de rendimiento total* (Chul Han, 2012). Este modelo de trabajador o trabajadora BBVAh⁵ se caracteriza por tener una productividad siempre lineal, autónoma y

⁵ Este término resume los privilegios que en nuestras sociedades patriarcales actuales destilan algunas categorías sociales frente a otras. Es un eje central de la literatura de la economía feminista

ascendente. Un tiempo de trabajo hecho a imagen y semejanza de una trabajadora que no enferma, que no tiene que cuidar a nadie, sin altibajos, inagotable, en constante formación, motivación y disponibilidad.

A este fenómeno de flexibilidad total de la jornada laboral y su expansión a cualquier hora del día de la vida de sus trabajadoras se lo conocerá bajo el modelo 24/7: 24 horas al día, 7 días a la semana proclamado desde un movimiento difundido por los hackers de Silicon Valley en los años noventa bajo su lema de «24 hours a week and I love it» (Crary, 2014). Dicho modelo será sin lugar a dudas el del trabajo icónico dentro de la Economía Colaborativa y el Capitalismo Tecnológico, aquel caracterizado por una pasión y amor hacia la jornada laboral total, el trabajo esclavo bajo sumisión voluntaria en nombre de la pasión y la ilusión de un proyecto de vida mercantilizado. El 24/7 ha sido un modelo laboral polémico desde sus inicios, pues en ciertos sectores liberales se ha presentado como la medida de conciliación ideal, mientras que otros lo situaban como modelo de explotación absoluta. En cualquiera de las posiciones, se evidencia que este representa una interesante paradoja para los empleos colaborativos, de autopromoción y emprendizaje social, que rodean las capas más jóvenes de la sociedad. Puesto que, ¿cómo no extender la jornada laboral si estos trabajos se encuentran vinculados a emociones tan positivas y expansivas como la pasión, la auto-realización, la solidaridad, el deseo o el apego? ¿Cómo dejar de hacer algo que no considero mi empleo, sino *mi pasión, mi hobby*? ¿Cómo poner límites si mis compañeros de trabajo son casi más que amigos, son *mi tribu, mi familia*?⁶

Una de las consecuencias detectadas ante esta expansión de la jornada laboral *apasionante* y que busca ser intencionalmente apasionada, se percibe en la tendencia que torna el tiempo de vida (ocio, cuidados, amores, amistades, tiempo libre...), en dinámicas de producción y adquisición de conocimientos y experiencias relacionadas directamente con el ámbito laboral (*Capacitación, 24/7*). Así mismo, las agendas de las personas que participan en estos modelos de trabajos novedosos de la Economía Colaborativa rebosan congresos, encuentros, memes, charlas, películas, cenas, teatros, artículos, incluso conciertos y *talk shows* insertos dentro de las temáticas laborales pertinentes. Contenidos que no

pues permite identificar al sujeto-ideal portador de privilegios de la economía actual centrada en los sujetos Blancos, Burgueses, Varones, Adultos y heterosexuales y bebe de numerosos debates de los Congresos de Economía Feminista, aunque su popularización se debe a Amaia Pérez Orozco (2014). Este tipo ideal se presenta incluso en cuerpos leídos hegemónicamente como mujeres, pues es una estrategia central la de adoptar posiciones y actitudes masculinizadas (aplazar la maternidad o negarla, utilizar una voz más grave, vestimenta andrógina o neutra etc.) para obtener los privilegios de poder que ofrece el acercarse a ese sujeto-ideal androcéntrico tan icónico en nuestras sociedades del empleo (Prieto, 2000).

⁶ Los nudos o debates formulados en materia de incógnitas han sido extraídos en ciertas ocasiones y deducidos en otras tantas gracias al trabajo de campo realizado en el marco de la Tesis Doctoral que se está llevando a cabo «Estrategias Colectivas de Sostenibilidad de la Vida en Tiempos de Crisis» por la autora a cargo de la tutorización de Matxalen Legarreta Iza y Mertxe Larrañaga Sarriegi.

están intrínsecamente unidos a las actividades empresariales, pero que forman parte del *universo laboral* que rodea a dichas actividades productivas. Todo ello desemboca en un proceso en el cual la empresa acaba definiendo la vida de la trabajadora, desdibujando la diferencia entre la creatividad laboral y personal (Ross, 2003). Como apunta Stefano Harney y Fred Moten (2013), se trata del *plusvalor total de la vida y la reconquista capitalista del tiempo de vida*. Así mismo, «La puesta a producir de emociones, sentimientos, toda la vida extra-laboral, las redes territoriales y sociales, significa en la práctica que a la persona se la hace productiva por su mera existencia.» (Hoschild, 2008; 93).

Inspirada en la tesis de Charles Wright Mills que allá por 1951 hablaba del *alienamiento* que sufrían las clases medias trabajadoras estadounidenses con el fenómeno de alienación— burocrática generada en los trabajadores de «cuello blanco», Arlie Hochschild (1983), nos hablará de una *nueva paradoja de alienación*. En ésta, al vender mediante nuestro trabajo y consumo *nuestra personalidad*, nos implicamos en un proceso de auto-extrañamiento cada vez más común en los sistemas del capitalismo avanzado.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando el extrañamiento o la alienación no es completada? ¿Qué es lo que sucede cuando no se obtienen los comportamientos emocionales exigidos? ¿Cuándo sentimos algo que supuestamente no nos está permitido o no es acertado sentir? ¿Cuándo las emociones consideradas como negativas (el mal humor, los nervios, el estrés, la pena...) invaden nuestras relaciones sociales? ¿Cuándo surgen brechas de disconformidad en ese pensamiento positivo apasionado y proactivo?

La autora, una vez más, analiza esos casos para definirlos como momentos de *disonancias* o *desviaciones emocionales* (Hochschild, 1983). Momentos en los que la rabia, el enfado, el cansancio, la tristeza, los nervios, la ansiedad, etc. desbordan las situaciones pautadas. Es justamente en ese hito, ante estas desviaciones, donde surgen nuevas formas de *disciplinamiento emocional* de la esfera humana que hasta la fecha no habían sido capturados por los manuales de empresa y recursos humanos: la gestión emocional o *el emotion management* dentro del marco de la retórica positivista.

Un positivismo arrollador, que empapa desde frases decorativas del hogar (cuadros, cojines, tazas de café...) vendidas por grandes superficies como Ikea, hasta frases de tatuajes-*mainstream* con los que la gente marca su cuerpo de por vida, pasando por publicaciones de fotografías en las redes sociales llenas de mensajes motivacionales adscritos a alguna eminencia pública (escritores, actrices, poetas, físicos...).

Como trabajaremos en las siguientes líneas, el mensaje de estos procesos de gestión emocional es contundente: no basta con *hacer* algo, hay que *sentirlo* y, si no es así, ««tratamos de sentir algo», hacemos esfuerzos por modificar nuestros

estados emocionales» (Bericat, 2000:161-162). Es justamente en ese momento donde la creciente demanda de manuales de autoayuda, el *mind fullness*, las metodologías participativas y colaborativas, las terapias gestálquicas, las gestiones grupales, las inteligencias colectivas, los facilitadores grupales o coach-es, cobran relevancia dentro del proceso productivo capitalista.

4. Un último aliciente: El pensamiento positivo

La psicopolítica neoliberal es una política inteligente que busca agradar en lugar de someter (Han, 2014: 57).

el poder se legitima siendo afectivo y efectivo
(Espluga, Gómez y Tomás, 2018).

El pensamiento positivo como corriente dominante que se filtra en una infinidad de corrientes psicoterapéuticas masificadas (*mindfulness*, *coaching*, *PNL*, *Gestalt*...), presenta conceptos en contraposición como, por ejemplo, mirar a las abundancias en vez de a las carencias, promover la positividad en vez de la negatividad, buscar el aprendizaje en vez del fracaso etc.

Si bien las emociones toman un papel central para la producción de capitales sobre todo en las Economías Colaborativas y los mercados dibujados bajo el Capitalismo Tecnológico, como ya se ha comentado, no todas las emociones tendrán el mismo peso y reconocimiento en el marco actual de los modelos laborales de lo co—. Serán emociones como la pasión, el apego, la felicidad, la confianza, la ilusión, la empatía o la dulzura, las que primarán frente a la tristeza, el dolor, la frustración, el enfado o la rabia. Para poder sostener esta jerarquía emocional, la gestión emocional o el *emotion management*, cobrará un papel central, destacando la corriente teórica del Pensamiento Positivo (Ehrenreich, 2011) como aparato de control y *doma emocional*.

Esta corriente de pensamiento ha popularizado tanto los discursos de austeridad y positividad, como los del cálculo racional de las emociones. En consecuencia, el espacio público y laboral de estas Economías Colaborativas se encuentra repleto de discursos semejantes a «solo con sacrificios se consiguen los sueños», «Es difícil, pero caminando juntas lo conseguiremos», «creo que esa persona es tóxica para ti», «renovarse o morir», «despréndete de la gente con actitud negativa pues son agujeros emocionales», «salir de la zona de confort», «es duro, pero no cambiaría nada de mi trabajo porque me aporta mucho» o «los retos y las caídas te harán crecer como persona, desde la comodidad no se construye nada nuevo».

De la mano de estos discursos, las jóvenes y no tan jóvenes trabajadoras y trabajadores colaborativos, se introducen en la maraña de prácticas de au-

topromoción y consumo, invirtiendo en promesas de mejores futuros y convirtiendo en trabajo la *producción de sí mismos* (Morini, 2014). Uno de los mantras más consolidado al respecto en la Economía Colaborativa es el de «yo soy mi propia marca» o «yo soy la mejor publicidad de mí mismo». Así mismo, las plataformas digitales se convierten en centrales en la autopromoción del trabajo de cada uno y el estatus social pasa por abrir los focos de la escena digital a cierta parte de lo que hasta el momento se consideraba intimidad; desde las vacaciones con los amigos en un festival, hasta la foto de la comida de hoy pasando por «marcas deportivas» propias como son el mapa del recorrido y cuántos kilómetros se ha corrido en su hora de deporte, todo se transforma en «publicable». Boltanski y Chiapello (2002) al respecto afirman que este tipo de corrientes generan lo que definen como *sumisión voluntaria*, dado que en la actualidad el individuo, bajo una sobre-estimulación constante, comparte y produce información en torno a sí mismo sin necesidad de tener que extraerla a la fuerza o comprar dicha mercancía. Como recogíamos en líneas anteriores, estas lógicas positivistas, apoyadas en los novedosos dispositivos tecnológicos de Internet y los Smartphone-s permiten abrir en canal la intimidad y el tiempo libre de las personas trabajadoras, transformando todo momento vital en susceptible a desarrollar su función productiva. De este modo, en la Economía Colaborativa ya no será necesario ni siquiera el uso de una página web, bastará con tener una bonita cuenta de Instagram, Twitter o Facebook siempre activa y disponible para cualquier demanda de consumo.

Este nuevo orden biopolítico, se impulsa por «el nacimiento y consolidación de la psicología, cuya principal característica es gobernar la vida por medio del discurso terapéutico» (Zapata, 2019; 87). Como consecuencia, lo que desde este orden discursivo positivista y colaborativo se nos transmite es la idea de que será el individuo o la persona (el hiper-protagonismo del yo), la única responsable de las acciones para emprender y cambiar las situaciones de sufrimiento que la rodean. A su vez, al generarse esa individualización de la responsabilidad social, la patologización de cada situación resultará más sencilla, dado que comenzará a interpretarse la desigualdad social y económica y todos «esos malestares sociales encarnados como una mala salud emocional de individuos concretos» (Zapata, 2019: 88), y es que no hay más contabilizar las escasas posibilidades que tienen los sindicatos tradicionales para articularse en estas cooperativas e incluso grandes empresas como Uber, AIRBNB, Cabify o Amazon de lo «Colaborativo».

Esta idea de que es la trabajadora la única responsable de su situación laboral y vital conectará con lo que para nosotras es la cara oculta del artefacto emocional de las prácticas discursivas del pensamiento positivo: la culpa. Una culpa que asume la narrativa de «no haber creído lo suficiente en el proyecto», «no haberse esforzado cuando tocaba», «no haber tenido esa genial idea» o «no ser lo suficientemente genuina en lo tuyo».

Volviendo a las palabras referentes de Arlie Hochschild (2001), cuando entra en juego la gestión emocional tan característica de las prácticas de la Economía Colaborativa, ésta deja de ser considerada un acto privado para convertirse en *Trabajos emocionales* que cada individuo deberá realizar, comprendido dentro del orden de habilidades laborales y de *capacitación*. Los sindicatos de trabajadoras y trabajadores quedan relegados frente a los grupos de trabajo tipo comunicación grupal, charlas motivacionales como las famosas Charlas Ted, los talleres con terapeutas o coaches grupales, etc. De este modo, los conflictos laborales y las situaciones materiales son atajados, modificando «directamente el sentimiento por medio de cambios en nuestro foco perceptivo sobre la situación, o por acciones fisiológicas, como puede ser respirar profundamente para calmarse» (Bericay, 2000: 163). En resumidas cuentas, dado que la estructura social y sus condiciones materiales se convierten en innegociables en estas Economías Colaborativas y ante la crisis estructural actual, el planteamiento transmitido insta a transformar la manera que tenemos de ver dichas situaciones (pensamientos) o la forma en que tenemos de sostenerla en el momento (prácticas).

Las corrientes del pensamiento positivo se pavimentan en la idea de que cada cual *obtiene en la medida en la que emana*. Bajo esta idea de acción-reacción racional tan básica, se recoge el argumento de que el beneficio del usuario se sitúa en el centro, incluso por encima de, en ciertos casos, los ingresos de la propia empresa. Todo ello, bajo la promesa de que «... si el usuario está contento, la demanda crecerá y la rentabilidad llegará antes o después.» (C.Otto, extraído de *El Confidencial* el 23/07/2018). De este modo, es el trabajador o empresaria la que «atrae» lo que quiere en su negocio y no espera a que llegue «fortuitamente».

Ciertamente, esta promesa rememora la *teoría de la filtración* defendida por los economistas neoliberales, que postula que la riqueza acumulada de los grandes capitales es positiva para toda la sociedad, puesto que finalmente estas grandes fortunas terminan filtrándose, «de alguna forma», a todas las clases sociales. Con esta hipótesis se pavimentan la idea de que las grandes riquezas terminan «equilibrándose» en una riqueza colectiva. Esta teoría fue ampliamente rebatida por diversos economistas, entre los que se encontraba Joseph Stiglitz, que afirmó justamente que «el crecimiento no beneficia necesariamente a todos» (Sitglitz, 2002;108). Puesto que la equidad y la igualdad, son postulados que recorren otros caminos político-económicos que se alejan del *laissez faire, laissez passer* económico liberal.

Otra idea latente que recoge el pensamiento positivo es la de *austeridad y sacrificio*. Gracias a lo que hemos denominado como «el cuento colaborativo de la lechera», se permite abrir las puertas de par en par a *la normalización de la precarización de las condiciones laborales*. Se alcanza mediante el ejercicio constante de relativización de los sueldos percibidos y los horarios de trabajo. Ejercicio

encumbrado gracias a los discursos que enarbolan *otros tipos de remuneración*, como pueden ser el reconocimiento social, las experiencias curriculares, el capital simbólico, o el enriquecimiento vital del trabajo (Florida, 2010). Se encarna en el que podríamos denominar como el *síndrome del eterno becario*, esa figura laboral cuyo sueldo o condiciones laborales son precarias, pero son justificadas bajo el argumento de que al fin y al cabo se está obteniendo experiencia, conocimientos, habilidades y currículum para el trabajo estable del futuro.

Aquí podemos observar cómo se rozan las paradojas de los modelos económicos más salvajes de la Economía Colaborativa con las teorías de los movimientos feministas. Mientras estas últimas proclaman la valorización de otros elementos más allá del dinero, como puede ser el reconocimiento social, el crecimiento personal, las vivencias, las compatibilidades temporales y conocimientos adquiridos etc. el Capitalismo Tecnológico se los apropia para justificar y perpetuar la pauperización laboral de sus trabajadoras.

La otra moneda de la precarización serán las nuevas vías de *estigmatización de los cuerpos* (López, 2016). Siendo afectados los cuerpos más vulnerables e inadaptables a jornadas laborales infinitas o con responsabilidades familiares⁷ que les impiden incurrir en la disponibilidad total hacia la empresa. Disponibilidad indispensable en el ejercicio de colaborar, de cercanía, de predisposición que presentan estos empleos, que llevan a poder responder, por ejemplo, una ráfaga de e-mail de última hora a las 00:30 de la noche desde nuestro Smart-Watch o a poder tomarse unas cañas post-reunión de trabajo a las 20:00 de la tarde en la que se debate sobre asuntos laborales y promociones. Dicha estigmatización de los cuerpos, profundiza los privilegios de los sujetos de rendimiento total (BBVAh), pues no todo el mundo puede estar con una disponibilidad 24/7 hacia el empleo, sobre todo en caso de responsabilidades de cuidados en primera persona o a terceras personas (familiares con enfermedades crónicas, criaturas etc.). Esto provoca, por una parte, que tanto las personas con responsabilidades de cuidado como los cuerpos predecibles de culturas laborales antiguas y menos eficientes, sean «políticamente neutralizados, por su escasa posibilidad de «reutilización» y su incapacidad para producir «ciclos cortos de rendimiento máximo»» (Landa y Marengo, 2010; 82).

La precarización de las condiciones laborales en esta Economía Colaborativa cambia el tablero de la *estabilidad deseada y las proclamas de derechos*. Así, lo que a principios de siglo era una queja, como puede ser el *mileurismo*, hoy en día torna a ser un escenario deseado. El salario se desestructura, y el impacto en las

⁷ Queremos hacer consciente la decisión de la no utilización del término «carga familiar» pues consideramos que implica una significación que no compartimos ideológicamente. Si a las responsabilidades del trabajo-empleo no se les llama «cargas laborales» por muy forzosas en tiempo, energía y dedicación que sean, consideramos que el ejercicio de las diferentes dependencias y cuidados merece compartir la misma categoría semiótica.

condiciones de vida de este cambio es total. A diferencia de los «caros y tradicionales puestos de trabajo» (Piñeiro, Suriñach y Fernández, 2017: 106), la responsabilidad de la cobertura asistencial de la jubilación, vacaciones pagadas o enfermedad, se desdibuja de los denominados *costos indirectos del trabajo*, generando así una individualización de los costes y los riesgos de ser empleada y empleado. Como resultado tenemos un proceso que abarca territorios más amplios que los colaborativos, pero que sin duda los empapa, puesto que:

Corremos el riesgo de pasar del autoritarismo financiero, a la nueva tiranía de los algoritmos y las plataformas, que bajo la apariencia de la economía de la colaboración y de la ilusión de la promesa de la libertad digital, monopolizan y priorizan la información según sus intereses, además de precarizar los mercados laborales (Solaniella, 21/11/2018).

Como ya se ha apuntado, los riesgos que encarnan estas precarizaciones de las condiciones de trabajo de las Economías Colaborativas tan icretumban en la creciente despolitización de los espacios laborales y la constante «omisión de la capacidad de hacer pensable la conexión entre la vulnerabilidad en el trabajo y relaciones políticas de desigualdad» (Serrano y Fernández: 2018, 207). La atomización política del entorno laboral va en aumento y los conflictos colectivos se ven cada vez reducidos, en mayor medida, a vías judiciales individuales, con la consecutiva pérdida de músculo sociopolítico de las y los trabajadores de cada sector. Encontramos cada vez una mayor deriva de la lucha sindical por la mejora de los convenios colectivos a la vía judicial privada para la resolución puntual de una problemática laboral concreta⁸.

Barbara Ehrenreich (2011), en «Sonríe o muere: la trampa del pensamiento positivo», nos narra cómo la nueva gramática del pensamiento positivo anglosajón y, sobre todo, estadounidense desenfoca el desempleo hasta plantearlo como una *oportunidad de crecimiento personal*. Se trata, ni más ni menos, de la narrativa y justificación de situaciones dolorosas en nombre del crecimiento personal. Hace especial hincapié en los discursos que discurren sobre que «esto me ha pasado porque tenía que aprender algo de esta situación», para subrayar la idea de la individualización de las responsabilidades que acabamos de trabajar, atribuyendo a las corrientes de Pensamiento Positivo, por ejemplo, que planteen el encontrar trabajo como «una cuestión de actitud». Este *optimismo obligatorio* o *alegría obligatoria* de la que nos hablará es la que presenta la total capacidad del mundo de los pensamientos para cambiar la realidad material (Ehrenreich, 2011). La autora realiza una dura crítica a este modelo, sobre todo en términos morales, al plantear que individualizar la totalidad de los sucesos sociales a espaldas de cada una de las personas que sufren consecuencias estructurales es

⁸ Esta reflexión corresponde es fruto de un debate colectivo mantenido con Arritxu Larrañaga, abogada laboralista y sindicalista del sindicato LAB.

mezquino y cruel. Propone, como contraparte, un realismo profundo (*Radical Suggestion Realism*) basado en un análisis desde las condiciones de realidad y capacidades propias, que impulse, pero no asfixie la capacidad y voluntad individual y colectiva.

5. Algunas conclusiones

Dado que a lo largo del texto se han querido dar múltiples brochazos para poder ampliar los elementos del debate en torno al conflicto Capital-Vida, enumeraremos algunas conclusiones al respecto, pero, sobre todo, cerramos el presente artículo lanzando a la arena del debate incógnitas que consideramos interesantes.

Primero, concluimos que la Economía Colaborativa, con sus modelos laborales y económicos, es el ejemplo más marcado del proceso de *capitalización del mundo de la vida*. Se trata del buque insignia, la punta de lanza de un proceso global de diferentes ritmos, pero cuya representación y su divulgación ha venido de la mano del que puede considerarse como «cajón de sastre de lo colaborativo». A este respecto, intuimos, al igual que apuntan diversas autoras, que se está produciendo una nueva oleada de acumulación por desposesión, generada por un desplazamiento de la relación capital/trabajo hacia una *relación capital/vida* (Corsani, 2002) con características muy específicas e íntimamente relacionada con el sector de vanguardia de la Economía Colaborativa.

En resumen, dentro de la maquinaria de absorción del capitalismo tecnológico, el trabajo-empleo resulta insuficiente para el capital, éste necesita nuevos territorios de absorción, y escoge la vida, con sus relaciones de mayor intimidad, creatividad y cuidados, como nueva relación económica de captura. Estos espacios de vida se extienden como apéndices de la jornada laboral continuada 24/7, apoyándose en emociones tan pegajosas y positivas como la pasión y la felicidad como elementos de sumisión voluntaria hacia una producción y sujetos de rendimiento total. Consideramos que, desde el feminismo y la economía feminista, deberíamos plantear estos escenarios como nuevos retos para el debate sobre los límites de la vida; ¿cuáles son los límites temporales, límites emocionales, límites relacionales... que nos permitirán dibujar unas líneas rojas necesarias para la sostenibilidad de la vida? ¿Cómo identificarlos y consensuarlos? ¿Mediante qué sujetos (sindicatos, estado, trabajadoras, consumidoras...)?

En un mundo donde cada vez con mayor impunidad «todo vale» en el ejercicio de la producción de mercancías, consideramos que se debe reivindicar una negativa profunda y unas necesarias divisiones entre lo que es mercantizable y lo que no a la hora de hablar de la vida. Y es que, si queremos vidas vivibles y sostenibles con condiciones laborales dignas, vamos a tener que

ir sentando precedentes en lo que a la digitalización de las relaciones sociales y laborales se refiere. Este proceso, sin embargo, presenta múltiples dificultades, pues podría concluirse en una primera lectura superficial de los hechos, que las emociones o los empleos colaborativos son, de por sí, los «demonios» de nuestra sociedad contemporánea. Por el contrario, consideramos que es el acento, o la pregunta de *¿al servicio de qué disponemos nuestras emociones y nuestra ética colaborativa?* lo que debe situarse en el centro del debate social.

Destacamos, por ejemplo, dentro del debate sobre la digitalización de las condiciones laborales la polémica en torno a las horas extra, pues en la economía colaborativa se extiende el universo laboral hacia actividades como el *net-working*, la capacitación-formación e innovación constante, el valor de la inmediatez... uno de los riesgos adscritos a estas características reside en la ingente cantidad de horas extra no pagadas que acarrea. En tal caso, el debate sobre los límites se dirigiría hacia ¿puede ser el o la trabajadora en todo momento celulizable? ¿tiene el o la trabajadora derecho a tener una jornada laboral definida y pautada? ¿cómo establecer en la era de las nuevas tecnologías horarios laborales sostenibles? ¿tiene la trabajadora derecho a ser apática, distante, correcta o ha de ser siempre cercana, alegre, afectuosa?

La segunda conclusión remarcable será la de la individualización de la responsabilidad social, que consideramos piedra angular en la precarización de la vida y las condiciones laborales en este modelo de Economías Colaborativas. La lectura de los acontecimientos vira, y nuestras condiciones laborales y vitales no concuerdan con las narrativas sobre la explotación, ya no tenemos conflictos laborales derivados, entre otros, del roce del proceso de producción, intereses de extracción y los ritmos del mercado. Por el contrario, lo que tendremos en estas economías digitales es *gente tóxica* o *gusanos emocionales*, personas que no se han trabajado sus emociones y que necesitan cambiar el foco para poder avanzar en la vida, para verla de una forma más positiva. Una vez más, no quisiéramos caer en falsas dicotomías al respecto y queremos ser muy contundentes en este matiz: consideramos que trabajar las emociones individual y colectivamente es un ejercicio necesario y positivo para el crecimiento personal y colectivo en el proceso de generar espacios y vidas más vivibles e inteligencias colectivas saludables. Sin embargo, este proceso no puede pasar por negar las condiciones materiales y simbólicas en las que se desarrollan los trabajos y las vidas en general. Se debe interpelar, de este modo, no solo al individuo y sus actitudes como factores necesarios del cambio, sino también se ha de apostar por transformar o mejorar las condiciones de vida en el proceso desde una politización de lo cotidiano y lo personal. Si no actuamos en estos parámetros, cabe el riesgo de terminar normalizando e individualizando condiciones laborales precarias y llenas de dominación, extracción y expolio.

Para destacar nuestra tercera conclusión, nos gustaría visibilizar una disputa o lucha que hay entre el sujeto de esta nueva economía colaborativa y el

sujeto trabajador clásico, contraposición polémica propuesta por ciertos autores (Ortega, 2018). La figura del emprendedor se propone, en esta línea, cual actualización del sujeto hecho a sí mismo (self made man) o BBVAh, despuntando como nuevo modelo laboral, dispuesto a derrocar a lo que considera la *lacra del empleado asalariado* (Ortega, 2018). Presenta a este empleado asalariado como *enjambre de burócratas*, ineficientes, ralentizadores del progreso, corporativistas y descuidados. Pareciera que, en los discursos emprendedores, incluso se acusa al trabajador/a asalariado de la crisis económica actual, pues *vivieron por encima de sus posibilidades*, siendo los y las emprendedoras la única solución a la crisis de las sociedades del empleo (Prieto, 2000). Se concluye que en el discurso emprendedor que inunda la actualidad, el asalariado/a se enfrenta con su máximo representante de la retórica parasitaria: el viejo burócrata.

Ante estos imaginarios, surge la idea del empleo emprendedor, colaborativo, cooperativo, participativo y digitalizado. Fresco, dinámico, joven, atrevido, adaptado, fluido, innovador, valiente, soñador, con el palet de madera como icono de esta era y la estética denominada *vintage* de colores pastel... Nos gustaría proponer el debate sobre ¿qué hay detrás de este discurso de contraposición? ¿Cuáles son las características de esta nueva era de capitalismo tecnológico que marida con el capitalismo de las emociones y las teorías del *new age* terapéutico como el pensamiento positivo? Y, sobre todo, ¿qué consecuencias trae el modelo de emprendizaje en las condiciones de vida de las personas que lo llevan a cabo?

A modo de cuarta conclusión, apuntamos a toda la retórica sobre el *emotional management* como potencial herramienta disciplinadora, contenedor emocional y social de situaciones de profunda precariedad. No quisiéramos plantear una visión catastrofista en la que hablar de las emociones sea *per se* un ejercicio de alienación y absorción capitalista de nuestras capacidades y emotividades, más sí reivindicamos el necesario ejercicio de *perdida de la inocencia* ante estos escenarios. Dado que la maquinaria de absorción capitalista tiene el potencial de abastecerse de retóricas feministas en torno a los cuidados, la conciliación, la igualdad, la pasión, el trabajo colectivo e incluso la responsabilidad con el medio ambiente y transformarlas para su capitalización. Un ejemplo bastante icónico de este tipo de estrategias son los denominados *Washing-s* o procesos de lavado, *pinkwashing*, *greenwashing*, *blackwashing*, entre otros, o los sistemas de ocultación de malas prácticas y estrategias retrógradas bajo rostros amigables hacia ciertos movimientos sociales como el ecologismo, el movimiento LGTB etc. En este sentido, si nuestro objetivo es poner la sostenibilidad de la vida en el centro de la actividad social, uno de los caminos por recorrer reside en convertir nuestras empresas y espacios laborales profundamente en entornos más vivibles, y no, por el contrario, nuestras vidas y luchas personales y colectivas más laborables, empresarializables o consumibles.

Entendemos por vivibles el desarrollo de espacios más humanos y resilientes ante las vulnerabilidades y necesidades colectivas e individuales que nos acompañan a lo largo de toda la vida en diferente medida. Destacamos, en este punto, la desprotección y falta de recursos colectivos que identificamos para leer estas relaciones peligrosas de doma emocional y manipulación en el entorno laboral y en el consumo. No es un debate menor, pues el nivel de fidelización y sumisión voluntaria que generan tanto las empresas como las marcas al atravesar todo el proceso con una estrategia emocional de alta intensidad es considerable. Volveremos a lanzar preguntas al aire al respecto: ¿Cómo tomar conciencia y empoderarse en este tipo de dinámicas de retóricas tan seductoras?, ¿Cómo analizar las consecuencias de vendernos *experiencias* en vez de productos?

Finalmente, reflexionando sobre las posibles estrategias de sostenibilidad de la vida a recorrer en estas novedosas etapas del conflicto Capital-Vida, quisiéramos traer la provocadora tesis planteada por Alfredo Macías (2017): en esta fase del capitalismo, las personas se encuentran condicionadas por categorías abstractas y cotidianas que pautan su comportamiento, por lo tanto, mirar a los partidos políticos a la hora de buscar soluciones será un ejercicio inacabado. Se defiende, de este modo, que solamente basándonos en un análisis profundo de las tendencias y comportamientos actuales (lógicas relacionales, de consumo y ejercicios emocionales, entre otras) podremos plantear soluciones integrales.

6. Bibliografía

- ALBARRACÍN, Jesús (2010): «La extracción del excedente y el proceso de acumulación» en Miren Etxezarreta (coord.) *La reestructuración del capitalismo en España*, pp: 331-332.
- ALÍ, Lara, Giazú, Enciso Domínguez (2013): «El Giro Afectivo». *Athenea Digital*, 13(3), 101-119. <http://dx.doi.org/10.5565/rev/athenead/v13n3.1060>
- BENERÍA, Lourdes (1999): «El debate inconcluso sobre el trabajo no remunerado» *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, n.º 3, 321-346.
- 2008): «The Crisis of Care, International Migration, and Public Policy», *Feminist Economics*, 14 (3), 1-21.
- BERARDI, Franco (2016): *Almas al trabajo: alienación, extrañamiento, autonomía*. Madrid: Enclave.
- BERBERENA, Elena (2016): «La libertad también se vende: los libros de autoayuda mueven cientos de millones de euros», *Libre Mercado*, extraído el 10/01/2017 en <https://www.libremercado.com/2018-04-11/la-felicidad-tambien-se-vende-los-libros-de-autoayuda-mueven-cientos-de-millones-de-euros-1276616836/>
- BOLTANSKI, Luke, CHIAPELLO, Éve (2002): *El nuevo espíritu del capitalismo*. Buenos Aires: Akal.
- BORDERÍAS, Cristina, CARRASCO, Cristina y ALEMANY, Carmen (comp.) (1994): *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*. Barcelona: Icaria.
- CASTELLS, Manuel (2006): *La sociedad Red: Una visión global*. Editorial: Alianza.
- CARRASCO, Cristina (1991): *El trabajo doméstico. Un análisis económico*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid.

- (2017): «La economía feminista. Un recorrido a través del concepto de reproducción», *Ekonomiaz*, n.º91, 1-26.
- CARRASQUER, Pilar (2013): «El redescubrimiento del trabajo de cuidados: algunas reflexiones desde la sociología», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 31 (1), 91-113.
- CHUL, Han-Byung (2012): *La sociedad del cansancio*. Editorial: Herder.
- CLOUGH, Patricia, HALLEY, Jean (eds.) (2007): *The Affective Turn: Theorizing the Social*. New York: Duke University Press Books.
- CRARY, Jonathan (2015): *24/7: Capitalismo tardío y el fin del sueño*. Madrid: Ariel.
- DALLA COSTA, Maria Rosa (2009): *Dinero, perlas y flores en la reproducción feminista*. Madrid: Akal.
- DALY, Mary, LEWIS, Jane (2000): «El concepto de Social Care y el análisis de los Estados de Bienestar» en Cristina Carrasco, Cristina Borderías y Teresa Torns (eds.) *El Trabajo de Cuidados. Historia, teoría y políticas*, Madrid: Catarata, 223-250.
- DÍAZ-FONCEA, Millán, MARCUELLO, Carmen, MONREAL, Manuel (2015): «Economía social y economía colaborativa: Encaje y potencialidades», *Economía Industrial*, n.º402, 27-35.
- DONATH, Orna (2016): *Madres arrepentidas: una mirada radical a la maternidad y sus falacias sociales*. New York: Penguin Random House.
- EHRENREICH, Barbara (2009): *Sonríe o muere: la trampa del pensamiento positivo*. Madrid: Turner NOEMA.
- ESPLUGA, Eudald, GÓMEZ, Berta GÓMEZ, Santo, Tomás (2018): «Del feminismo al infierno: cómo el capitalismo puso la ética del cuidado al servicio del mercado», *El Salto edición Digital*, Extraído el 2018/05/30 de <https://www.elsaltodiario.com/laplaza/del-feminismo-al-infierno-como-el-capitalismo-puso-la-etica-del-cuidado-al-servicio-del-mercado>—
- EZQUERRA, Sandra (2012): «Acumulación por desposesión, género y crisis en el Estado Español», *Revista de Economía Crítica*, n.º14, pp: 124-147.
- FEDERICI, Silvia (2018): *El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- (2010): *Calibán y la bruja*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- FLORIDA, Richard (2010). *La clase creativa. La transformación de la cultura del trabajo y el ocio en el Siglo XXI*. Madrid: Paidós.
- GIL, Javier (2016): «Ciberpolítica: Gobierno abierto, redes, deliberación, democracia, Un análisis a través de la prosumición», por Ramón CORTARELO GARCÍA, Javier GIL (comp.), 167-188
- GOLD, Michael and MUSTAFA, Mona (2013): 'Work always wins': client colonisation, time management and the anxieties of connected freelancers», from *New Technology, Work and Employment* N.º 28:3. pp: 197-211.
- HARNEY, Stefano, MOTEN, Fred (2013): *Los abajocomunes. Planear fugitivo y estudio negro*. Edición Online: <https://transversal.at/books/los-abajocomunes>
- HARTSOCK, Nancy (2011): «A New Moment of Primitive Accumulation» en *Inkrite Conference*.
- HARVEY, David (2003): *The new Imperialism*. Nueva York: Oxford University Press.
- HERRERO, Yayo (2013): «Miradas ecofeministas para transitar a un mundo justo y sostenible», *Revista de Economía Crítica*, n.º16, 278-306.
- HIMMELWEIT, Susan (1995): «The Discovery of «Unpaid Work»: The Social Consequences of the Expansion of «Work», *Feminist Economics*, 1 (2), 1-19.
- HOCHSCHILD, Arlie R. (1983). *The managed heart: Commercialization of human feeling*. Berkeley: University of California Press.

- (1995): «The Culture of Politics: Traditional, Postmodern, Cold-modern, and Warm-modern Ideals of Care», *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, Vol. 331–346.
- (2001): «Las cadenas mundiales de afecto y asistencia y plusvalía emocional» EN HUTTON, Will, GIDDENS, Anthony (coord.) *En el límite*, Barcelona: Tusquets, 187-208.
- (2008): *La mercantilización de la vida íntima. Apuntes de la casa y el trabajo*. Argentina: Akal.
- ILLOUZ, Eva (2011): *La salvación del alma moderna. Terapia, emociones y la cultura de la autoayuda*. Madrid: Katz.
- IZQUIERDO, María Jesús (2003): «Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización: Hacia una política democrática del cuidado», *Cuidar Cuesta: costes y beneficios del cuidado*, Bilbao: Sare.
- LANDA, Inés, MARENGO, Leonardo (2010): «Devenir cuerpo empresa. El nuevo capitalismo y sus tramas de sujeción», *Actual Marx / Intervenciones*, vol 9.
- LÓPEZ, Pablo (2016): «La plasticidad forzada. Cuerpo y trabajo», *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, Suplemento 5, 679-688
- MACÍAS, Alfredo (2017): *El colapso del capitalismo tecnológico*. Editorial: Escolar & Mayo.
- MARX, Karl (1867) (2008): *El Capital. Crítica de la Economía Política*. Nueva York: Editors
- MASSUMI, Brian (2002): *Parables for the Virtual: Movement, Affect, Sensation*. Durham, NC: Duke University Press Books.
- MOGOLLÓN, Irati, LEGARRETA, Matxalen (2015): «Estrategias colectivas para la sostenibilidad de la vida en tiempos de crisis. El caso de Calafou», *Encrucijadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, n.º9, 1-21.
- MORINI, Cristina (2017): *Por amor o a la fuerza: Feminización del trabajo y biopolítica del cuerpo*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- ORTEGA, A. Santos (2018): «La revolución emprendedora como política de activación y creación de nuevas subjetividades entre los jóvenes», *Ciencias Laborales y emprendimiento*. Valencia; Neopatria.
- OSTROM, Elinor (1990): *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Political economy of institution and decision. Indiana University: Cambridge University Press.
- OTTO, C (2018): «La gran mentira de la nueva economía: prometieron innovación y trajeron miseria» extraído de *El Confidencial* el 23/07/2018 de https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/emprededorfurioso/2018-07-23/mentira-economia-colaborativa-precariedad-uber-airbnb-deliveroo-glovo_1575843/
- PEREZ-OROZCO, Amaia (2006): *Perspectivas feministas en torno a la economía: el caso de los cuidados*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- (2014): *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- PICCHIO, Antonella (1992): «El trabajo de reproducción, tema central en el análisis del mercado laboral», en Cristina Carrasco, Cristina Borderías y Teresa Torns (eds.) *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*. Barcelona: Icaria.
- (2009): «Condiciones de vida: perspectivas, análisis económico y políticas públicas» en *Revista de Economía Crítica*, 7, pp: 27-54.
- PINE, Joseph, GILMORE, James (1991): *The Experience Economy*. Massachusetts: Harvard Bussines Review Press.

- PIÑEIRO, Concepción, SURIÑACH Rubén, FERNÁNDEZ, Jose Luis (2017): «Entre el mercado y la cooperación social. Luces y sombras de las prácticas de consumo colaborativo», *Revista Española de Sociología*, 26 (1), 97-108.
- SOLANILLA, Paul (2018): «Del capitalismo financiero al capitalismo tecnológico», en Nuevatribuna, extraído el 21/11/2018, en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/economia/capitalismo-financiero-capitalismo-tecnologico/20180911103538155545.html>
- SQUIRE, Corinne (2001): «The public life of emotions», *International Journal of Critical Psychology*, 1, 27-38.
- STIGLITZ, Joseph (2002): *El malestar en la globalización*. Madrid: Taurus.
- TAYLOR-GOOPY, Peter (ed.) (2004): *New Risks, New Welfare: The Transformation of the European Welfare State*, Oxford University Press.
- THOMAS, Carole (1993): «Deconstruyendo los conceptos de cuidado», en Cristina Carrasco, Cristina Borderías y Teresa Torns (eds.) *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, 143-174. Madrid: Fuhem ecosocial y Catarata.
- VALENZUELA, Hugo, REYGADAS Luis, CRUCES, Francisco (2015): «Mi trabajo es mi vida. La incrustación de los mundos de la vida y del trabajo en empresas españolas», *Reis — Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 150, 191-210.

LAS SECCIONES SINDICALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: CONVENIOS COLECTIVOS *ERGA OMNES* Y CONTROL SINDICAL¹

*The trade union sections in collective bargaining: erga omnes agreement
collective and sindical control*

HÉCTOR MATA DIESTRO*

Consultoría Primero de Mayo / Maiatzaren Lehena Aholkularitza

RESUMEN

En este artículo se aborda la negociación colectiva a través de las secciones sindicales, como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical. Para ello se procede a un análisis legislativo y jurisprudencial, tratando algunas de las problemáticas derivadas de esta cuestión, para posteriormente ponerlo en relación respecto a los derechos de información y control sindical. De lo cual se concluye la necesidad de potenciar, a través de la negociación colectiva, el control sindical de las empresas. A estos efectos, se realizan una serie de propuestas concretas.

Palabras clave: convenio, negociación, sindical, información, control

ABSTRACT

This article's main objective is to address the issue of collective bargaining through trade union sections, as part of the essential content of the fundamental right of freedom to form and join a trade union. To achieve this aim, a legislative and case-law analysis which is based on some examples of problems resulting from this kind of issue has been made. This analysis will be related with information and trade union control rights. From the above, it is concluded that there is a need to foster the trade union control of enterprises using collective bargaining. In order to analyse these effects, a number of different proposals have been shown.

Keywords: agreement, bargaining, union, information, control

¹ Ponencia presentada en el IV *Encuentro de Profesionales del Asesoramiento Laboral y Social*, celebrado en la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (UPV/EHU-Leioa) los días 11 y 12 de abril de 2019.

* **Correspondencia a:** Héctor Mata Diestro. Bilbao, Bizkaia, España. – hector@primerodemayo.coop – <https://orcid.org/0000-0003-1442-4317>

Cómo citar: Mata Diestro, Héctor. (2019). «Las secciones sindicales en la negociación colectiva: convenios colectivos *erga omnes* y control sindical»; *Lan Harremanak*, 41, 165-187. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20787>).

Recibido: 25 abril, 2019; aceptado: 20 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



SUMARIO

1. Introducción.—2. La negociación colectiva.—3. Convenios Colectivos que pueden negociar las secciones sindicales.—4. Eficacia erga omnes y publicación del convenio colectivo.—5. Incremento del control sindical en la empresa a través de la negociación colectiva.—6. Bibliografía

1. Introducción

El sindicato es una organización para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de las personas trabajadoras². A este respecto, el artículo 28.1 de la Constitución³ integra el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros, por cuanto «los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores y la defensa de sus objetivos no se basa en fórmulas de composición de intereses o de colaboración, sino de autotutela»⁴.

La Sección Sindical, por su parte, constituye la representación del Sindicato y de las personas afiliadas en la empresa. En este sentido, «la constitución de secciones, la elección o designación de representantes, portavoces o delegados y que éstos actúen en representación de los afiliados, es ejercicio de la libertad interna de autoorganización del sindicato» y, en cuanto tal, no puede ser impedido ni coartado. Forma parte del contenido esencial de la libertad sindical y de esta forma el sindicato puede estar presente en los lugares de trabajo y realizar allí sus funciones representativas y ejercer aquellas actividades que permitan la defensa y protección de las personas trabajadoras⁵.

² Artículo 7 de la CE de 1978: Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

³ Artículo 28.1 de la CE de 1978: Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

⁴ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 94/1995, de 19 Junio (R. 473/1993).

⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 168/1996, de 29 Octubre (R. 2920/1993).

De igual modo, la doctrina constitucional considera que el contenido esencial mínimo e inalienable del derecho fundamental de libertad sindical comprende los derechos básicos de acción sindical, a saber: la negociación colectiva, la promoción de conflictos colectivos y la huelga⁶.

La negociación colectiva constituye además un pilar fundamental a la hora de sustentar la revitalización sindical. Asimismo, muchas organizaciones sindicales coinciden al señalar que es fundamental la potenciación de las Secciones Sindicales como espacio de trabajo sindical y reclutamiento de afiliación, fomento de la participación, la movilización y la militancia⁷.

Las Secciones Sindicales forman parte del sindicalismo de clase y se basan, por ello, en la teoría del conflicto, constituyendo un auténtico instrumento de lucha colectiva a la hora de defender los intereses comunes de las personas trabajadoras frente a la empresa⁸. No en vano, múltiples analistas avalan que un sindicalismo fuerte implica mejores condiciones salariales, de empleo, protección social, equidad de género y defensa de la salud laboral y los equilibrios ecológicos para la mayoría de la población (Rodríguez, 2016).

Por otro lado, conviene señalar que la representación sindical resulta más acorde con nuestro modelo constitucional que la representación unitaria (Nieto, 2019).

Finalmente, es importante tener en cuenta que, la acción sindical cotidiana, la de las secciones sindicales en los procesos de negociación colectiva, comparte muchos de los valores y fundamentos de la economía social y cooperativa. De hecho, el poder sindical como herramienta democratizadora de una empresa o sector, es la antesala a modelos de economía social y democracia económica (Rodríguez, 2017b).

⁶ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia s/n de 10 Diciembre de 2013 (R. 82/2013).

⁷ El uso de las Secciones Sindicales, además en ámbitos empresariales complejos (grupos de empresas, empresa principal — empresas externalizadas) o centros de trabajo (polígonos industriales, polígonos de oficinas, calles y centros comerciales, puertos, aeropuertos, autopistas y autovías, zonas turísticas, etc.), es imprescindible para intervenir de forma efectiva ante las estrategias empresariales postfordistas, generando unidades de negociación aparentemente imposibles, articulando de forma flexible la negociación colectiva integrándola: cómo Convenios colectivos de grupos empresariales, incluyendo las diferentes formas jurídicas con las que se fragmentan los grupos mercantiles, integrando también a empresas auxiliares, subcontratadas y proveedoras, o desde perspectiva de centro de trabajo, con convenios colectivos que consigan romper con las relaciones triangulares entre diferentes empresas en un mismo centro —ETTs, multiservicios, etc.—. De esta forma se conecta con importantes colectivos de trabajadoras y trabajadores, que se afilian percibiendo el sindicalismo operativo para incidir en su realidad laboral (Rodríguez, 2016).

⁸ La teoría del conflicto parte de que el problema de las desigualdades existentes no se soluciona mediante la aceptación por parte de cada grupo del papel que se le asigna y de las limitaciones y carencias que se le quieren atribuir a ese papel. Cuando un grupo hace triunfar sus valores es a expensas de los de otro grupo. Ahí precisamente nace el conflicto, en la desigualdad de poder que provoca relaciones de autoridad, dominación y sumisión. En la teoría del conflicto social está basado todo posicionamiento sindical. La lucha del sindicalismo tiende siempre a mejorar las condiciones de las personas trabajadoras y su posición en esas relaciones de desigualdad (ELA, 1991: 10).

En este sentido, resulta imprescindible potenciar, a través de la negociación colectiva, los llamados derechos de información, consulta, participación y control sindical. Asimismo, las cláusulas de anticipación económica y control sindical, son aún más importantes, si cabe, en relación a la llamada «negociación colectiva defensiva», esto es, la llevada a cabo en los procesos de reestructuración empresarial con planteamiento de despidos colectivos o modificación sustancial de condiciones de trabajo (Mata, 2017: 227-228). Procesos en los que la recuperación de empresas para su posterior laboralización o cooperativización se torna cómo acción estratégica imprescindible para defender las condiciones y nivel de empleo, así como la estructura industrial del territorio, precisamente cuando los poderes político y económico están promoviendo todo lo contrario (Mata et al., 2016).

Se trata, por tanto, de construir las políticas económicas y laborales desde abajo y desde el sindicalismo, en el sentido de articularlas para reorganizar la economía y el empleo, atenuando los impactos del ciclo económico capitalista para las clases trabajadoras y promoviendo un modelo de desarrollo económico social y comunitario sostenible, endógeno y autocentrado (Rodríguez, 2015).

2. La negociación colectiva

La negociación colectiva constituye una de las principales instituciones del Derecho del Trabajo, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que es su existencia la que justifica la autonomía científica del ordenamiento jurídico-laboral. El sistema de fuentes del Derecho del Trabajo presenta así singularidades de relieve, puesto que existen agentes colectivos, de carácter sindical, a los que se reconoce capacidad de regulación de las condiciones laborales (Vicente, 2007: 259-260).

De este modo, la Constitución ha reconocido a las representaciones de las personas trabajadoras y empresas un poder de regulación afectado a un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto⁹.

En nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que ocurre en otros lugares, dicho Convenio, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una «relevancia cuasi-pública», no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. El Convenio colectivo, no obstante, en cuanto tiene valor nor-

⁹ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 58/1985, de 30 Abril (R. 170/1983).

mativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución¹⁰.

Así, el acuerdo colectivo es la expresión formal del acuerdo alcanzado entre dos fuerzas antagónicas como son la empresa y el sindicalismo, estas fuerzas poseen la potestad normativa para crear normas, lo que se ha venido a denominar autonomía colectiva (Perera, 2013)

3. Convenios Colectivos que pueden negociar las secciones sindicales

En el ámbito de la empresa o inferior a la empresa se pueden distinguir dos ámbitos de negociación colectiva: a) la negociación de los Convenios Colectivos de empresa o ámbito inferior; y b) la negociación colectiva en los periodos de consulta durante los procesos de reorganización productiva (Blasco, 2016). A lo que habría que añadir la negociación en el marco de la huelga, por cuanto el pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo^{11 12}.

Asimismo, existen cuatro tipos de Convenio Colectivo:

- i. Sectoriales, donde estarán legitimados, por parte de los trabajadores, los sindicatos más representativos [y demás sujetos recogidos en el art. 87.2 ET¹³]; y por parte de los empresarios, las asociaciones empresariales con al menos el 10% de los empresarios [y demás sujetos recogidos en el art. 87.3 ET¹⁴].

¹⁰ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 177/1988, de 10 Octubre (R. 450/1985).

¹¹ Tribunal Constitucional (Sala Cuarta). Sentencia de 11 de noviembre de 2014 (R. 3102/2013).

¹² Artículo 8.2 del Real Decreto-ley núm. 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo: Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el Comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos Comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo.

¹³ Artículo 87.2 del ET: En los convenios sectoriales estarán legitimados para negociar en representación de los trabajadores: a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos. b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de comunidad autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos. c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

¹⁴ Artículo 87.3 del ET: En representación de los empresarios estarán legitimados para negociar: a) En los convenios de empresa o ámbito inferior, el propio empresario. b) En los convenios de

ii. De empresa y ámbito inferior a la empresa. En representación de los trabajadores estarán legitimados el comité de empresa y los delegados de personal. Como novedad, mencionar que las secciones sindicales tendrán preferencia cuando estas así lo hayan acordado. Respecto de la empresa, la legitimación la tendrá el propio empresario.

iii. Convenios para un grupo de empresas y convenios que afecten a una pluralidad de empresas. Serán empresas vinculadas por razones organizativas o productivas (aunque este concepto es ampliable). La legitimación de representación del trabajador la tendrán los mismos que para los convenios sectoriales (sindicatos más representativos), mientras que la de la empresa la tendrán la representación de las mismas [también las secciones sindicales, como se verá a continuación].

iv. Convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico (o convenios «franja»¹⁵). La legitimación la tendrán las secciones sindicales designadas por sus representados¹⁶ (Blasco, 2016: 5).

A este respecto, es importante recordar que la representación sindical y la unitaria son alternativas, no acumulativas. De este modo:

Es evidente que el art. 87.1 ET legitima para negociar convenios de empresa tanto a los representantes unitarios, delegados y Comités de Empresa, como a las representaciones sindicales esto es, a las secciones sindicales constituidas en la empresa. Sin embargo, no autoriza a ambas representaciones a negociar al mismo tiempo. Hemos señalado que «no cabe una negociación acumulativa y si cuando se formuló la propuesta de negociación (...) se estaban desarrollando ya las negociaciones para renovar el convenio en la unidad general de la empresa, (...) es obvio que la negativa de la empresa a negociar un convenio que afectaría al que ya está negociando es completamente justificada»¹⁷.

grupo de empresas y en los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la representación de dichas empresas. c) En los convenios colectivos sectoriales, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el diez por ciento de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2, y siempre que estas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al quince por ciento de los trabajadores afectados. En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el diez por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten en esta con un mínimo del quince por ciento de las empresas o trabajadores.

¹⁵ Es posible negociar convenios que afecten a un conjunto de personas trabajadoras que conformen una unidad funcional —categoría— o territorial —centro de trabajo— referidos exclusivamente a estos grupos homogéneos, al margen del convenio colectivo de empresa, provincial, de comunidad autónoma o estatal (Perera, 2013).

¹⁶ La legitimación para negociar convenios franja corresponde a las representaciones sindicales y para formar parte del banco social en la comisión negociadora se exige que los sindicatos obtengan un mínimo del 5% de los votos en el proceso electoral, para posteriormente aplicar un reparto proporcional. Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 26 Noviembre 2015 (R. 317/2014).

¹⁷ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 13 Junio 2012 (R. 213/2011).

Sin embargo, el TS y la AN han coincidido en que, si las dos se presentan sin mostrar conflicto ni trascendencia práctica, la mera concurrencia de ambas no basta para anular el Convenio. Desde 2011, en lo que respecta a los convenios de empresa o ámbito inferior, las secciones sindicales «tienen preferencia para negociar siempre que tengan mayoría de miembros del Comité de empresas (aquí no se piensa necesariamente en un único Comité de empresa, sino también en las empresas Multicentro), o de Delegados de personal, sin embargo, si esa preferencia no desea ejercitarse no hace falta mostrarlo por escrito» (Blasco, 2016). Sobre esta cuestión:

El Tribunal Constitucional en sentencia 137/1991, de 20 de junio (RTC 1991, 137) ha señalado que «si negocian las representaciones o secciones sindicales, todas ellas tienen derecho, cuando menos, a participar en la designación de los componentes de dicho «banco social», aún cuando pueda ser impracticable, por las limitaciones numéricas, que todas ellas hayan de contar con algún miembro en el mismo, sin que la o las secciones que por sí solas reúnan la mayoría de los miembros de la representación unitaria puedan designar la Comisión Negociadora, excluyendo de dicha designación a las restantes secciones sindicales». También este Tribunal en su sentencia 188/1995, de 18 de diciembre (RTC 1995, 188) ha indicado que «Desde la perspectiva del art. 28.1 CE (RCL 1978, 2836) no sería constitucionalmente admisible una norma que, reconociendo la atribución exclusiva de algunas prerrogativas o medios de acción a ciertos sindicatos, privase a otros de esos medios de acción, si fuesen inexcusablemente necesarios para que la organización sindical pueda realizar las funciones que le son propias, porque ello equivaldría a negar la función institucional de estos grupos, reconocida por el art. 7 CE». Doctrina que trasladada a la facultad de las secciones sindicales para negociar los Convenios de empresa, implica que la cláusula discutida pueda llevar a la eliminación de la Mesa Negociadora de otras secciones sindicales existentes en la empresa¹⁸.

Para resolver el problema de la legitimación se viene aplicando la Teoría de la Representación, concretada en el Principio de Correspondencia entre sujeto legitimado y ámbito geográfico que representa¹⁹. Este principio es especialmente útil a la hora de dilucidar la representatividad en los Convenios de empresa Multicentro²⁰.

¹⁸ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 16 enero 2006 (R. 213/2004).

¹⁹ El principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de las personas trabajadoras en el ámbito del convenio de empresa ha de corresponderse estrictamente con el de afectación del convenio colectivo. Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia núm. 23/2017, de 11 de Enero (R. 24/2016).

²⁰ Nulidad del Convenio Colectivo de la empresa por vulneración del principio de correspondencia entre el ámbito de representación del banco social y el ámbito de eficacia del convenio, al suscribirse por el comité del único centro de trabajo de la empresa con pretensión de ámbito territorial nacional, y ello a pesar de que ni en el momento de la negociación ni en el de su publicación cons-

En cuanto a los Convenios Multicentro, éstos «pueden existir, claro está, y son las secciones sindicales las que están legitimadas, las cuales se pueden organizar tanto en el centro de trabajo o a nivel de empresa. Si el ámbito de actuación es de empresa el principio de proporcionalidad se cumple. Pero incluso cuando son de centro, desde 2000 el TS ha dicho que, si el Sindicato puede intervenir directamente en la sección sindical, entonces también estará legitimado a nivel de centro. La intervención directa o indirecta del sindicato es un problema de organización interna^{21 22}» (Bodas, 2015).

De este modo, «tras una regresión y un cierto zigzagueo jurisprudencial» (Esteban, 2019), la Sala Cuarta del Tribunal Supremo declaró que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS²³ entre nombrar Delegadas y Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho a la libertad sindical. Y ello tras afirmar que, respetando la libertad de autoorganización del Sindicato, la opción entre organizar la Sección Sindical de Empresa —y, consiguientemente, las Delegadas y Delegados Sindicales que la van a representar ante la empresa— de manera conjunta para toda la empresa o de forma fraccionada por centros de trabajo (siempre que estos —todos o, al menos alguno— cuenten con más de 250 personas trabajadoras) corresponde al sindicato en cuestión puesto que se trata de un ejercicio de la actividad sindical integrante del derecho de libertad sindical del que es titular el sindicato. Insistiendo en que, aunque existiera en la empresa algún

tara que existieran otros centros de trabajo de la mercantil. Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 10 Junio 2015 (R. 175/2014).

²¹ La negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones sindicales constituye un problema de régimen interno o de oportunidad. No es lógico obligar a que el derecho a la negociación colectiva deba ser ejercitado de forma compleja a través de numerosas secciones sindicales en vez de canalizarlo a través del correspondiente sindicato. De ahí que el problema de delimitar la legitimación entre secciones y sindicato podrá surgir cuando existiera un conflicto entre estos sobre su intervención en la negociación colectiva, pero no cuando no existe discrepancia en este punto y cuando además la actuación del sindicato facilita la negociación en el plano instrumental, al eliminar el coste de la actuación conjunta de las secciones. Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 16 Septiembre 2004 (R. 129/2003).

²² Interpuesta demanda de conflicto colectivo por parte de CCOO, adhiriéndose CGT, pretendiendo que se declare constituida la Comisión negociadora del IV Convenio Colectivo de la empresa UNIPUBLIC S.A, por secciones sindicales y con arreglo a la siguiente composición UGT 5 representantes, CCOO 4, CGT 3 y USO 1. Oponiéndose USO y UGT, la Audiencia Nacional estima la demanda pues considera probado que existió una voluntad mayoritaria entre los distintos delegados de personal de la empresa demandada de negociar el convenio por secciones y no por el Comité Intercentros, resultando la composición de la mesa ajustada a la representatividad de las secciones sindicales. Audiencia Nacional (Sala Social). Sentencia de 22 Junio 2015 (Autos 145/2015).

²³ Artículo 10.1 de la LOLS: En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo.

o algunos centros de trabajo con más de 250 personas trabajadoras, el sindicato tiene derecho a organizar su Sección Sindical y sus Delegadas y Delegados Sindicales conjuntamente para toda la empresa²⁴. Así, se abrió la puerta a la constitución de Secciones Sindicales en empresas Multicentro, así como a la posibilidad de que estas Secciones pudieran designar Delegados y Delegadas Sindicales LOLS.

La consolidación de esta jurisprudencia llevo a confirmar que, cuando el artículo 10.1 LOLS alude a los «centros de trabajo», debe entenderse que incluye la posibilidad de tomar en consideración los mismos individualmente considerados pero también varios de ellos, de modo agrupado; al menos cuando esa agrupación se lleva a cabo por razones objetivas y sin comportar abuso de derecho o consecuencias contrarias a los intereses económicos y sociales de las personas trabajadoras cuya defensa viene encomendada al sindicato. La interpretación acogida conduce a considerar conforme a lo establecido en el artículo de la LOLS la opción, conferida al sindicato como titular del derecho a la libertad sindical, de organizar su estructura (secciones, delegados y delegadas) a nivel de empresa (entendida en términos globales), de centros de trabajo autónomos (por ejemplo, los servicios centrales) o de centros de trabajo agrupados en términos paralelos a los establecidos para la constitución de comités de empresa conjuntos (cada una de las provincias afectadas por el conflicto)²⁵.

Las Secciones Sindicales estarán legitimadas respecto a todos los centros de trabajo, aunque no todos los centros tengan representación unitaria —bien porque su estructura de personal no lo permita, bien porque no ha habido elecciones sindicales—, y los Comités Intercentros podrán negociar cuando las Secciones Sindicales no hayan ejercido su preferencia (Bodas, 2015).

En los convenios de empresa y ámbito inferior, si se negocia por secciones sindicales, tendrán derecho a participar en la negociación de modo proporcional a su representatividad, «que deberá atender al número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen²⁶, aunque se ha exigido en alguna ocasión ponderar el voto en función del número de trabajadores representados²⁷, lo que parece dudoso, siendo inadmisibles, en cualquier caso, que la empresa reconozca como delegados de la sección sindical, a trabajadores que la sección sindical no reconoce como tales» (Bodas, 2015).

²⁴ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 18 de julio de 2014 (R. 91/2013).

²⁵ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia núm. 541/2016, 21 Junio 2016 (R. 182/2015).

²⁶ Audiencia Nacional (Sala Social). Sentencia núm. 230/2013, de 17 Diciembre (R. 467/2013).

²⁷ Audiencia Nacional (Sala Social). Sentencia de 27 enero 2013 (Autos 426/2013).

Así, como exigencia complementaria para que el convenio pueda tener atribuida eficacia personal general y, por consiguiente, pueda afectar a todas las trabajadoras y trabajadores de la empresa es necesario que las secciones sindicales con legitimación inicial que van a negociar en su conjunto sumen la mayoría de miembros del Comité. Su derecho de participación en la negociación será proporcional a su representatividad, atendiendo al número de representantes elegidos²⁸.

La legitimación para negociar convenios de grupo de empresas o empresas en red es la establecida en el segundo apartado del art. 87 ET²⁹. Por lo que, además de los sindicatos que acrediten las representatividades expuestas en el citado precepto, también se encuentran legitimadas las secciones sindicales, siempre que cuenten con la mayoría exigida y los estatutos sindicales les habiliten para ello (Bodas, 2018).

Por su parte, la legitimación para negociar convenios franja la ostentan las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente a través de una votación personal, libre, directa y secreta³⁰. Cuando concorra más de una sección sindical, la comisión negociadora se conformará proporcionalmente al resultado de la votación. También cabe la posibilidad de negociar convenios franja en grupos de empresa o empresas en red (Bodas, 2018). Para dicha votación no se requiere convocar una asamblea, siendo perfectamente admisible el mero referéndum. Efectuada la votación, la comisión negociadora ha de conformarse con los mismos parámetros de proporcionalidad entre las secciones que han resul-

²⁸ Audiencia Nacional (Sala Social). Sentencia núm. 230/2013, de 17 Diciembre (R. 467/2013).

²⁹ Artículo 87.2 del ET: En los convenios sectoriales estarán legitimados para negociar en representación de los trabajadores: a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos. b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de comunidad autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos. c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

³⁰ Artículo 87.1 del ET: En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 para la negociación de los convenios sectoriales. En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta.

tado elegidas. A estos efectos, se ha admitido la exigencia de haber obtenido un mínimo de un 5% de los votos para participar en la comisión negociadora³¹.

Las personas nombradas por las secciones sindicales para la negociación no tendrán autonomía en su voto, pues se encuentran sometidas al mandato de la sección, por cuanto entre las personas elegidas por la sección sindical y ésta rige un contrato de mandato de conformidad con el art. 1709 del Código Civil³² (Bodas, 2018). De la misma forma, las secciones sindicales cuando negocian un convenio colectivo o cualquier tipo de medida, votan en bloque, no pudiendo dividir su voto pues ello sería antidemocrático (Bodas, 2019). Por lo que, en el caso de que una persona nombrada por la sección sindical rompa la disciplina de voto, el acuerdo debería ser considerado nulo. En cualquier caso, sería conveniente que, en los Estatutos de los sindicatos, se establezcan mecanismos de control de la afiliación para evitar la penetración empresarial (Bodas, 2019).

En cuanto a la negociación colectiva en los periodos de consulta durante los procesos de reorganización productiva, el art. 41.4 ET sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tiene sus propias reglas de legitimación. Así, estarán legitimadas las Secciones Sindicales y la Representación Legal de las Personas Trabajadoras (Comité Intercentros, Comité de Empresa y Delegadas y Delegados de Personal). En el caso de no existir representación legal, se podrán formar Comisiones *ad hoc*. También las Secciones Sindicales tienen aquí preferencia (Blasco, 2016).

4. Eficacia *erga omnes* y publicación del convenio colectivo

Conviene señalar, en primer lugar, en aras a poder distinguir un convenio estatutario y uno extraestatutario, que:

El carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el ET exige para la regularidad del convenio colectivo, al que se otorga en ese caso un plus de eficacia, por el carácter *erga omnes* del llamado convenio colectivo estatutario» (STC 108/1989 de 8-junio); o que cuando el resultado de la actividad negocial no se plasma «en un convenio colectivo estatutario que busque establecer una regulación general aplicable al grupo de empresas al carecer de los requisitos que legalmente se imponen para su válida conclusión», resulta que «el Acuerdo alcanzado entra, por ello, de lleno en el ámbito de los que la jurisprudencia y la doctrina han venido en denominar pactos extraestatutarios o de eficacia limitada, al derivar de una intervención sindical admitida y asumida

³¹ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 26 Noviembre 2015 (R. 317/2014).

³² Artículo 1709 del Código Civil: Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

por la empresa dentro de su ámbito de gestión empresarial y que limita sus efectos a la estricta esfera funcional en la que ha sido concluido» (STC 121/2001)³³.

No obstante, existe la posibilidad de que secciones sindicales constituidas en centros de trabajo de empresa con uno o varios centros, secciones sindicales constituidas en centro de trabajo con múltiples empresas, secciones de empresa y secciones de grupos de empresas, sin necesidad de presencia en órganos unitarios, y con capacidad de presión, puedan negociar convenios extraestatutarios que en la práctica acaben por aplicarse a toda la plantilla. Como idea, también se puede recurrir a una asamblea de trabajadores y trabajadoras que avale su negociación, conforme al artículo 77 ET³⁴, o bien designe a las secciones sindicales como negociadoras en el caso de no existir representación unitaria³⁵. Se trataría de institucionalizar la representación de las secciones sindicales de manera similar a los convenios franja.

Por otro lado, contra la dispersión de trabajadoras y trabajadores en sectores en los que «propriadamente no realizan su labor en un centro, o varios, de la empresa empleadora sino en los múltiples centros de trabajo de las empresas clientes», en los que, en cumplimiento del art. 63.2 ET³⁶, debe constituirse un Comité de Empresa en clave provincial, esto es, mediante la agrupación de todas las trabajadoras y trabajadores que desempeñan su trabajo en una misma provincia, podrán constituirse, al mismo tiempo, secciones sindicales a nivel de empresa³⁷, que den lugar a convenios colectivos estatutarios.

³³ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 22 Octubre 2013 (R. 110/2012).

³⁴ Artículo 77 del ET: 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo tienen derecho a reunirse en asamblea. La asamblea podrá ser convocada por los delegados de personal, el comité de empresa o centro de trabajo, o por un número de trabajadores no inferior al treinta y tres por ciento de la plantilla. La asamblea será presidida, en todo caso, por el comité de empresa o por los delegados de personal mancomunadamente, que serán responsables del normal desarrollo de la misma, así como de la presencia en la asamblea de personas no pertenecientes a la empresa. Solo podrá tratarse en ella de asuntos que figuren previamente incluidos en el orden del día. La presidencia comunicará al empresario la convocatoria y los nombres de las personas no pertenecientes a la empresa que vayan a asistir a la asamblea y acordará con estas las medidas oportunas para evitar perjuicios en la actividad normal de la empresa. 2. Cuando por trabarse en turnos, por insuficiencia de los locales o por cualquier otra circunstancia, no pueda reunirse simultáneamente toda la plantilla sin perjuicio o alteración en el normal desarrollo de la producción, las diversas reuniones parciales que hayan de celebrarse se considerarán como una sola y fechadas en el día de la primera.

³⁵ Un ejemplo de ello sería el Convenio Colectivo de ámbito de empresa firmado por la Sección Sindical de CNT en Extracciones Levante S.L., con vigencia para los años 2015-2017. Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia, n.º 34, de 19 Febrero 2016.

³⁶ Artículo 63.2 del ET: En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro.

³⁷ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 17 Junio 2014 (R.157/2013).

En este sentido, «la STS 30 de abril de 2012, rec. 47/2011 recoge un supuesto singular en el que los trabajadores, haciendo uso de la posibilidad que les brinda el art. 63.2 ET constituyeron un comité conjunto con todos los centros de trabajo de la provincia que sumaban más de 250 trabajadores. La sentencia reconoció el derecho del sindicato, con sección sindical constituida a nivel de empresa, y que acreditó la implantación y representatividad requeridas en el art. 10 LOLS, a un delegado sindical» (Merino, 2017).

En todo caso, el artículo 37.1 de la Constitución³⁸ reserva a los convenios colectivos negociados y pactados que cumplan todas las exigencias contempladas en el Título III ET, además de su eficacia obligacional, la eficacia normativa en cuanto fuente de la relación laboral, creadora de normas jurídicas con fuerza vinculante dentro de su ámbito (funcional y territorial) y durante todo el tiempo de su vigencia («erga omnes»), estando sometidos, por tanto, a las reglas, principios y límites constitucionalmente definidos, entre otros, aquellos derivados del libre ejercicio del derecho de libertad sindical³⁹.

Como se ha indicado anteriormente, el derecho a la negociación colectiva forma parte del núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical (Perera, 2013). De igual modo, la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, adoptada en 1989, establece, entre los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral, la libertad de negociación colectiva⁴⁰. Por su parte, en lo que a la OIT se refiere, destacan el *Convenio núm. 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación*, adoptado el 9 de Julio de 1948, en relación con el *Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*, firmado el 1 de Julio de 1949; el *Convenio núm. 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública*, de 27 Junio de 1978; o el *Convenio número 154 sobre el Fomento de la Negociación Colectiva*, adoptado el 19 de Junio de 1981. Los cuales han sido ratificados por el Estado español.

Decir que los Convenios han de formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad, y deben ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en

³⁸ Artículo 37.1 de la CE de 1978: La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

³⁹ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia de 22 Octubre 2013 (R. 110/2012).

⁴⁰ Artículo 12 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores: Los empresarios o las organizaciones de empresarios, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, tienen derecho, en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales, a negociar y celebrar convenios colectivos. El diálogo entre interlocutores sociales a escala europea, que debe desarrollarse, puede conducir, si éstos lo consideran deseable, a que se establezcan relaciones convencionales, en particular Inter. profesional y sectorialmente.

que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, el convenio será remitido al órgano público competente para su depósito⁴¹.

A este respecto, el artículo 90 ET establece como la autoridad laboral está encargada del registro, depósito y publicación de los Convenios Colectivos, así como de su remisión a la jurisdicción competente si apreciase en ellos vicios de legalidad o lesión grave del interés de terceros. La intervención administrativa en el proceso de negociación colectiva ha de reducirse, por tanto, «a esas funciones instrumentales y de control previo, y no podía ser de otra manera dado que la Constitución reconoce los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva y acoge, en consecuencia, el principio de autonomía colectiva en la regulación de las relaciones de trabajo». De este modo, la autoridad laboral no es competente «para enjuiciar la legalidad del Convenio Colectivo (por ser esta una cuestión perteneciente al ámbito de la jurisdicción laboral)»⁴².

De lo contrario, la actuación administrativa «puede llegar a lesionar el derecho a la libertad sindical, y la mejor prueba de ello se encuentra en las garantías que el ordenamiento, tanto nacional como internacional, pretende ofrecer a los Sindicatos para preservar su autonomía y libertad de acción frente a las Administraciones Públicas (art. 3 del Convenio de la OIT núm. 87, y art. 13 de la Ley Orgánica de Libertad, por citar los preceptos más relevantes)»⁴³. Es más, di-

⁴¹ Artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores: 1. Los convenios colectivos a que se refiere esta ley han de formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad. 2. Los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, el convenio será remitido al órgano público competente para su depósito. 3. En el plazo máximo de veinte días desde la presentación del convenio en el registro se dispondrá por la autoridad laboral su publicación obligatoria y gratuita en el «Boletín Oficial del Estado» o en el correspondiente boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia, en función del ámbito territorial del convenio. 4. El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes. 5. Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. 6. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo. A tales efectos, podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades o de los organismos de igualdad de las comunidades autónomas, según proceda por su ámbito territorial. Cuando la autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción social por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en conocimiento del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades o de los organismos de igualdad de las comunidades autónomas, según su ámbito territorial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

⁴² Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 235/1988, de 5 Diciembre (R. 712/1986).

⁴³ *Loc. cit.*

cha actuación podría ser constitutiva de un delito de prevaricación administrativa, tipificado en el art. 404 del Código Penal⁴⁴, pues, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que se ocasiona un resultado materialmente injusto, se actúa porque se quiere ese resultado y se antepone la voluntad a cualquier otra consideración⁴⁵.

5. Incremento del control sindical en la empresa a través de la negociación colectiva

Como se ha indicado anteriormente, el contenido esencial del derecho de libertad sindical, entendido como núcleo mínimo e indisponible sin el cual no sería reconocible, comprende también los derechos de actividad o los medios de acción necesarios para que el Sindicato pueda cumplir las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE. Medios básicos que han sido concretados en la huelga, la negociación colectiva y la promoción de conflictos colectivos. Así, la Constitución garantiza el derecho de las partes en conflicto a negociar colectivamente y sin injerencias externas del poder público, que debe de respetar la autonomía colectiva en base a la libertad sindical (Perera, 2013).

Resulta por tanto necesario conectar el ejercicio de los «derechos básicos de acción sindical» con una perspectiva progresista de incremento del poder sindical en la empresa, mediante la negociación de mayores derechos sindicales de información, consulta, negociación y control. Puesto que es en el ámbito de la acción sindical donde se dan procesos de negociación que incrementan la posibilidad de participación y decisión obrera.

No obstante, para que la acción sindical pueda ser progresiva es también necesario que se incremente la fuerza de las personas trabajadoras en la empresa, así como la afiliación a la propia Sección Sindical, consiguiendo en paralelo mayores cotas de control sindical. En este sentido, los procesos de militancia sindical orientados a la expansión de derechos sociolaborales se basan en una adecuada recopilación de información económico-financiera, productiva y laboral de las empresas para sustentar los procesos negociadores, en una colectivización entre las plantillas de las reivindicaciones dirigidas a las empresas y la patronal, así como en la articulación de fórmulas solidarias de acción colectiva y huelga indefinida (Rodríguez, 2017b).

⁴⁴ Artículo 404 del Código Penal: A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia núm. 815/2014, de 24 Noviembre (R. 729/2014).

Como punto de partida, en lo que a los derechos de información se refiere, hay que señalar que las delegadas y los delegados sindicales tienen derecho a recibir la información «en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado». Lo que constituye un derecho autónomo de información respecto de la representación unitaria. En cuanto a la información compleja, la reciente STS núm. 93/2019, de 6 de febrero, la cual estima el recurso de casación interpuesto por el letrado que suscribe, establece que «no es suficiente con que la empresa muestre tales documentos al Delegado sindical sino que, para que pueda tener un conocimiento real de su contenido, es preciso que disponga de tiempo y posibilidad de solicitar asesoramiento técnico». Por lo que necesariamente habrá de entregarse copia de dichos documentos a la representación sindical «para que, con el necesario sosiego, pueda proceder a su examen y toma de conocimiento y pueda solicitar asesoramiento técnico respecto a aquellas cuestiones que, debido a su complejidad, así lo requieran»⁴⁶.

En esta sentencia también se aborda la cuestión de la confidencialidad, auténtico caballo de batalla de las empresas a la hora de denegar documentación a la parte sindical, y recuerda que cualquier representación de las personas trabajadoras (también el personal técnico que la asesora) debe observar el «deber de confidencialidad» con respecto a aquella información de carácter reservado que le sea comunicada. De este modo, el TS concluye que la cuestión de la confidencialidad no es motivo para denegar la entrega de documentación.

La empresa solo podrá exceptuar de su obligación de comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica. Lo que, en todo caso, deberá ser alegado y probado por la empresa⁴⁷.

Con esta sentencia se amplían los derechos de información de la representación sindical en la empresa, dentro del «ejercicio del derecho constitucional de libertad sindical desde la vertiente de la actividad»⁴⁸.

No obstante, de cara a superar el techo del actual marco jurídico, resulta imprescindible potenciar, a través de la negociación colectiva, los llamados derechos de información, consulta, participación y control sindical. Lo que, entre otras cosas, reducirá la incertidumbre generada actualmente por las decisiones empresariales, permitiendo a la representación de las trabajadoras y

⁴⁶ Tribunal Supremo (Sala Cuarta). Sentencia núm. 93/2019, de 6 Febrero (R. 224/2017).

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ *Loc. cit.*

trabajadores colocarse en una posición más garantista a la hora de defender derechos e intereses colectivos. El control sindical, basado, entre otras cuestiones, en la información empresarial, permitirá además avanzar en el camino de la democracia económica desde los centros productivos y sectores. En este sentido:

Es obvio que el acceso a la información empresarial constituye uno de los principales elementos de resistencia por parte de las empresas en tanto supone acceder en igualdad de condiciones a una fuente crucial de poder en las relaciones laborales. Como se suele decir, «a información es poder».

No obstante, el poder de dirección estratégica y operativa empresarial puede encontrar un contrapoder sindical u obrero real si se adopta cómo perspectiva táctica la de introducir en la negociación colectiva un acceso completo a la información económico-financiera y productiva generada: documentación productiva y plan de producción, control administrativo de los ingresos y gastos en efectivo (libro de caja) o por medio de bancos, acceso a los libros contables y documentación que sustenta las partidas contables, así como a toda la demás documentación contractual, económica, fiscal y laboral, ecológica, en materia de igualdad, y de salud laboral generada por las empresas. Lo que en otras épocas y sistemas de relaciones laborales como el inglés se ha venido a denominar contabilidad empresarial con «libros abiertos» (*open books*) (Mata, 2017: 227-228).

De igual modo, las cláusulas de anticipación económica y control sindical citadas anteriormente, son aún más importantes, si cabe, en la llamada «negociación colectiva defensiva». Por este motivo, resulta necesario introducir, a través de la negociación colectiva, el acceso de la representación sindical a la documentación que en general se establece en el artículo 4 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre⁴⁹; en conexión con las medidas de anticipación establecidas en el artículo

⁴⁹ Artículo 4 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada: 1. En los despidos colectivos por causas económicas, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa que acredite, en la forma señalada en los siguientes apartados, los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa. 2. Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría. 3. Cuando la situación económica negativa alegada consista en una previsión de pérdidas, el empresario, además de aportar la documentación a que se refiere el apartado anterior, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición

64.5 ET⁵⁰; junto a toda aquella que permita cumplir con la labor de vigilancia (control) y demás labores establecidas en los apartados a), c) y d) del apartado 7 del mismo precepto⁵¹; así como aquella a la que tienen derecho las personas ad-

de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión. 4. Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado 2, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior. 5. Cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

⁵⁰ Artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores: El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto. Asimismo, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo. El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella. b) Las reducciones de jornada. c) El traslado total o parcial de las instalaciones. d) Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo. e) Los planes de formación profesional en la empresa. f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

⁵¹ Artículo 64.7 del Estatuto de los Trabajadores: El comité de empresa tendrá también las siguientes competencias: a) Ejercer una labor: 1.º De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes. 2.º De vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19. 3.º De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente en materia salarial. b) Participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares. c) Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos. d) Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación. e) Informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este artículo en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.

ministradoras y asociadas de las sociedades mercantiles, en virtud del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; incluyendo el derecho a la presencia de un miembro de la Sección sindical con voz, pero sin voto, en el Consejo de Administración de la empresa.

El acceso a estos y otros documentos resulta imprescindible en aras a la anticipación ante eventuales reestructuraciones empresariales, así como, en su caso, para ejercer un control sindical del origen y destino del dinero público con el cual se financien las empresas, ligado al buen uso de los recursos disponibles (Mata, 2017: 229-231).

Por este motivo, hay que ampliar al máximo los derechos de negociación colectiva, así como consignar en los convenios colectivos que se negocien las llamadas cláusulas anti reforma (Merino, 2019). La inclusión de cláusulas de blindaje contra las reformas laborales —ultraactividad indefinida, imposibilidad de descuelgue de convenios —salarios, jornada—, prohibición de despidos forzados e incremento de indemnizaciones para improcedentes— son un buen ejemplo de la posibilidad de legislar pro-operario desde el poder sindical dejando sin efecto las contrarreformas laborales de la derecha política y económica (algunos convenios colectivos acordados en Euskadi y Navarra son un buen ejemplo de ello⁵²). También es de relevancia el Convenio Colectivo firmado por el sindicato CNT en la empresa Extracciones Levante S.L. de Valencia, el cual contiene cláusulas de blindaje contra la reforma laboral, como la inaplicación del descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas⁵³. Otro ejemplo de clausula pro-operario sería la

⁵² «En concreto, los convenios colectivos sectoriales de Transporte escolar de CAPV (2009-2016), Residencias de Bizkaia (2014-2015), Gasolineras de Bizkaia (2011-2014), Hostelería de Bizkaia (2016-2017), Comercio Textil de Bizkaia (2009-2013), Papel de Gipuzkoa (2012-2014), Gasolineras de Gipuzkoa (2012-2015), Limpieza Viaria de Gipuzkoa (2012-2015), Transporte de viajeros de Gipuzkoa (2009-2014), Transitarios de Gipuzkoa (2009-2014), Talleres de Reparación de Navarra (2016-2018), Peluquerías y centros de estética de Gipuzkoa (2008-2016). También los convenios de las empresas Dégremont-Suez, Microdeco, Fabio Murga, Mendiguren y Zarrua, Montajes Portuguesale, Meyusa, Galvanizados Izurza, Parking Ensanche, Cemosá, Ormazabal, Arkema Química, Ferrosfer (mantenimiento museo Guggenheim), Residencia Misericordia (Samsic), Onduline, Berziklatu, UTE Cespa — Asaser, Nortén PH, Lidl, MFS, Emica Bombas y Museo de Bellas Artes de Bilbao, en Bizkaia; Residencia Villa Sacramento, Cruz Roja (Residencias Donostia e Irun), Biharko, Zu eta Biok (residencia Iurráramendi de Tolosa), Eulen (residencias de Arrasate, Bergara, Oñati, Ordizia, Andoain, Hernani e Irun; centros de día y pisos tutelados de Zarautz, Elgeta, Antzuola, Zumaia y el SAD de Zumaia), CAF, Limpieza de CAF-Beasain, Jean y Chaumont, Industrias Betiko, Fundiciones Aizpurua, Echesa (Gamesa Energy), Loire, Jaso Idiazabal, Electromecánica Pasaia, Carpintería Mendiola, Flujoma, Bellota, Marie Brizard, GKN, TTT ejes, CIE Legazpi, Garay, Voith, TS Fundiciones, Korta, SELAC, Goratu, Lidl, TUV Rheinland Ibérica (ITV Irun y Urnieta) en Gipuzkoa; Tubos Reunidos, Guardian Llodio, Aianox, Lidl, DHL Agurain, FM Logistic, Beretta Benelli, Duvendeck (logística Mercedes), SAS y Faurecia en Araba; Residencia Carcar, Newark San Andrés, Saverá, Funvera, Azko Mobel, Defontaine Iberia y GKN Driveline en Nafarroa» (Rodríguez, 2016).

⁵³ Artículo 7 del Convenio Colectivo de la empresa Extracciones Levante S.L. (BOPV de 19 Febrero 2016): Inaplicación del descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en el presente

inversión del derecho de opción en caso de despido improcedente de cualquier persona trabajadora, correspondiendo a esta última la opción entre readmisión o indemnización, en caso de ser declarada de la improcedencia de su despido.

No obstante, hay que tener presente que es en base a la acción sindical cotidiana cómo se consigue el cumplimiento efectivo y total de lo acordado en negociación colectiva, evitando que se den incumplimientos por parte de las empresas (Rodríguez, 2016).

Volviendo al control sindical, éste puede implementarse de dos formas: en el proceso de toma de decisión estratégica y operativa de las empresas, así como en la actividad productiva y la organización del trabajo. A estas modalidades se debería añadir, no obstante, la participación en el sector y los servicios públicos.

Este control en el proceso de toma de decisión estratégica y operativa de las empresas no tiene por qué implicar medidas de cogestión con el capital. La diferencia fundamental entre las ideas de «participación» y «cogestión» por una parte, y el concepto de «control obrero», puede resumirse en que: «El control obrero rechaza toda responsabilidad por parte de los sindicatos o (y) por parte de los representantes de los trabajadores en la gestión de las empresas; exige, para los trabajadores, un derecho de veto en toda una serie de dominios que se refieren a su existencia cotidiana en la empresa o a la duración de su empleo» (Mandel, 1974: 23).

Un ejemplo de incremento del control sindical en relación al proceso de toma de decisión de la empresa, sin que ello implique una medida de cogestión con el capital, sería la posibilidad de control de las inversiones y del cambio tecnológico que pueda estar sujeto a ellas. El proceso de inversión es fundamental porque ya sea a corto o medio plazo, éste acaba por determinar el nivel de empleo necesario para la producción planeada. De la misma forma, las empresas introducen sesgos anti-laborales en los procesos de cambio tecnológico, ya sea por una cuestión de ahorro de un factor, el trabajo, siempre susceptible de conflictividad, ya sea por exigencias del mercado capitalista que imprime la renovación del capital con el fin la productividad y reducir los costes de los productos por la vía de reducir también los costes laborales. Es en este marco donde el sindicato puede y debe analizar e incidir sobre el tipo de maquinaria, tecnología y procesos productivos que se vayan a implementar, haciendo una valoración y respuesta global tomando en cuenta tanto el nivel de empleo, su calidad (reducir la temporalidad, disminuir la jornada laboral, etc.), como aquellos impactos implícitos a nivel ecológico. Igualmente, desde una perspectiva del control de las decisiones de gestión financiera, se puede ir desde el control financiero de las de-

convenio. La empresa no podrá en ningún caso acogerse a la inaplicación del presente convenio, ni mediante el procedimiento al que se refiere el art. 82.3 E.T. ni por vía del art. 41 E.T., debiendo intentar en su caso la posibilidad de renegociar el mismo antes de su vencimiento, para lograr otro, o la posibilidad de revisión del mismo que prevé el art. 86.1 E.T.

cisiones de inversión, como más fundamentalmente del control indirecto de la distribución entre salarios y beneficios, siendo la inversión un factor vinculado a los beneficios. Por último, pueden incluirse decisiones de distribución de beneficios entre las personas trabajadoras, para dedicarlo por ejemplo a la caja de resistencia de la Sección Sindical o el sindicato.

Mientras que, por control obrero en la organización del trabajo, se entienden aquellas medidas que supongan la adecuación de distintas variables a esquemas racionales y que impliquen a su vez una minimización de la siniestralidad laboral y las enfermedades profesionales. Estas variables pueden ser el diseño y definición del producto, los mercados de actuación, los ritmos de trabajo y los descansos, la jornada laboral total, los métodos de trabajo, la formación de cualificaciones y más a medio plazo la formación, o la organización del proceso productivo en general insertando en ello una perspectiva ecológica. Se trata, en este punto, también, de tener bajo control sindical la inteligencia de producción que las personas trabajadoras constituyen colectivamente sobre los procesos de trabajo (la creación del «conocimiento experto»), movilizándolo esos conocimientos en favor de las propias trabajadoras y trabajadores.

La introducción de contenidos de negociación colectiva instrumentales de control sindical permitirá una mayor capacidad de control de los procesos de inversión, producción y distribución, a la vez que promover mayores tasas de inversión y generación de empleo. Del mismo modo, «un mayor control sindical de la producción y finanzas empresariales permite limitar el fraude económico, fiscal y a la seguridad social en el que incurren las empresas capitalistas» (Rodríguez, 2017b). Pues no es ninguna novedad que la «sacrosanta intangibilidad» de los libros y de las operaciones comerciales, incluyendo las operaciones bancarias, lejos de proteger las necesidades de la producción o del intercambio, «sirve a la especulación y al lucro en su forma más brutal, al fraude descarado, que, como se sabe, está extendido de manera singular en las sociedades anónimas y se encubre con gran habilidad en las memorias y en los balances, aderezados cuidadosamente para engañar al público» (Lenin, 1978: 257).

Al objeto de incrementar este control sindical será igualmente necesario ampliar los instrumentos y organismos sindicales:

Estos instrumentos se basan en la construcción de bases de datos empresariales y sectoriales, herramientas de análisis y planificación económica de las empresas o administraciones y de la economía en general, estadísticas e indicadores para la posterior intervención en ellos, etc. Esto supone su articulación instrumental como base para influir en las principales políticas microeconómicas con repercusión macroeconómica desde la intervención sindical en las empresas y administraciones, así como en los territorios: política laboral, política de rentas, política fiscal y financiera, asentando con ello las bases de la política social, políticas agrarias e industriales y de servicios, política monetaria y política exterior (Rodríguez, 2015: s/p).

Un control sindical que, como ya se ha señalado, permitirá avanzar en el camino de la democracia económica. Lo que exigirá conectar la acción sindical y los procesos dirigidos a la socialización de los medios de producción y consumo, así como una alianza permanente entre la economía social y el sindicalismo de contrapoder (Rodríguez, 2017a).

6. Bibliografía

- BLASCO PELLICER, Ángel (2016): «La legitimación para negociar en el ámbito de la empresa». Ponencia presentada en la V Jornada de Derecho Social Colectivo, organizada por la mesa de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, Madrid, <http://www.asnala.com/media/docs/2016-07-19-ponencias-de-la-v-jornada-de-derecho-social-colectivo-organizada-por-la-mesa-de-la-sala-de-lo-social-de-la-an.pdf>; última consulta: 20-06-2019.
- BODAS MARTÍN, Ricardo (2015): «Soluciones judiciales para la problemática de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos». Ponencia presentada en la Jornada del SIMA sobre promoción y difusión de CEOE y CEPYME, Madrid, http://contenidos.ceoe.es/resources/image/Soluciones_judiciales_antes_los_problemas_de_las_comisiones_negociadoras_de_los_convenios_colectivos.pdf; última consulta: 20-06-2019.
- (2018): Ponencia presentada en el Foro Actualidad Laboral Legitimación en la negociación colectiva, Madrid, <https://www.fidefundacion.es/attachment/962628/>; fecha última consulta: 20-06-2019.
- (2019): «La representación de trabajadoras y de secciones sindicales en la negociación colectiva de crisis y la huelga». Ponencia presentada en el IV Encuentro de profesionales del asesoramiento laboral y social, Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social UPV/EHU, Leioa, <https://www.ehu.es/es/web/lan-harreman-gizarte-langintza-fakultatea/-iv-encuentros-profesionales>; última consulta: 20-06-2019.
- ELA (1991): *La sección sindical*, Manu Robles-Arangiz Institutua, https://www.mrafundazioa.eu/eu/dokumentazio-zentrua/dokumentuak/1991-19-la-seccion-sindical/at_download/file; última consulta: 20-06-2019.
- LENIN, Vladimir Ilich (1978): «La catástrofe que nos amenaza y como combatirla», en *Obras Escogidas*, Tomo II, Moscú, Editorial Progreso, pp. 241-280.
- MANDEL, Ernest (1974): *Control obrero, consejos obreros, autogestión*, México, Ediciones Era.
- MATA DIESTRO, Héctor (2017): «Los derechos de información de la representación de las personas trabajadoras: límites legales y mejora a través de la negociación colectiva», *Lan Harremanak*, 35, 211-231.
- MATA DIESTRO, Héctor y RODRÍGUEZ ALGANS, Lluís (2016): «Recuperación de empresas y negociación colectiva hacia la autogestión». Conferencia pronunciada el II Encuentro Euromediterráneo La economía de los trabajadores y trabajadoras, Tesalónica, <http://primerodemayo.info/promoviendo-los-procesos-recuperacion-empresas-las-practicas-negociacion-colectiva-hacia-la-autogestion/>; última consulta: 20-06-2019.
- MERINO SEGOVIA, Amparo (2017): «La acción sindical en la empresa. Nuevas orientaciones en la doctrina judicial a propósito del crédito horario del delegado sindical». *Editorial Bomarzo*, 15 de marzo de 2017, <http://editorialbomarzo.es/la-accionesindical-en-la-empresa-nuevas-orientaciones-en-la-doctrina-judicial-a-proposito-del-credithorario-del-delegado-sindical/>; última consulta: 20-06-2019.

- (2019): «La representación sindical en grupos de empresas y centros de trabajo con múltiples empresas, subcontratación de servicios y externalización». Ponencia presentada en el IV Encuentro de profesionales del asesoramiento laboral y social, Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social UPV/EHU, Leioa.
- NIETO ROJAS, Patricia (2019): «Delegados y delegadas sindicales, secciones sindicales y derechos adicionales en la negociación colectiva». Ponencia presentada en el IV Encuentro de Profesionales del Asesoramiento Laboral y Social, Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social UPV/EHU, Leioa, <https://www.ehu.es/es/web/lan-harreman-gizarte-langintza-fakultatea/-/iv-encuentros-profesionales>; última consulta: 20-06-2019.
- PERERA GONZÁLEZ, Miguel (2013): «La libertad sindical en el ordenamiento jurídico». Ponencia presentada en el Seminario Sindicalismo en la empresa y el territorio. Una perspectiva anarcosindicalista e interdisciplinar, Zaragoza.
- ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (2019): «El papel de la negociación colectiva como herramienta de reforzamiento de las representaciones sindicales más allá de la empresa». Ponencia presentada en el IV Encuentro de Profesionales del Asesoramiento Laboral y Social, Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social UPV/EHU, Leioa, <https://www.ehu.es/es/web/lan-harreman-gizarte-langintza-fakultatea/-/iv-encuentros-profesionales>; última consulta: 20-06-2019.
- RODRÍGUEZ ALGANS, Lluís (2015): «Control sindical y cambio de paradigma en la política económica y laboral: una perspectiva autogestionaria». Comunicación presentada en el II Congreso de Trabajo, Economía y Sociedad, Madrid, <https://lrodriguezalgans.blogspot.com/2015/08/comunicacion-control-sindical-y-cambio.html>; última consulta: 20-06-2019.
- (2016): «Revitalizar el poder sindical, ganar la democracia económica». *Pinceladas de autogestión*, 20 de Noviembre de 2016, <https://lrodriguezalgans.blogspot.com/2016/11/revitalizar-el-poder-sindical-ganar-la.html>; última consulta: 20-06-2019.
- (2017A): «Sindicalismo y socialismo». *CTXT Revista Contexto*, 16 de enero de 2017, <https://ctxt.es/es/20170111/Firmas/10552/Socialismo-debate-sindicatos-espacio-publico.htm>; última consulta: 20-06-2019.
- (2017B): «Sindicalismo de contrapoder y autogestión». *Pinceladas de autogestión*, 3 de octubre de 2017, <https://lrodriguezalgans.blogspot.com/2017/10/sindicalismo-de-contrapoder-y.html>; última consulta: 20-06-2019.
- VICENTE PALACIO, Arántzazu (2007): «La negociación colectiva (I)», en García Ninet, José Ignacio (director), *Manual de derecho sindical*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 259-322.

REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y DISFUNCIONES DERIVADAS DE UN MODELO PLURALISTA EN ESTE ÁMBITO¹

*Employee representation in the company and dysfunctions
derived from pluralistic model*

PATRICIA NIETO ROJAS*

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

El legislador laboral tempranamente asumió la necesidad de articular mecanismos de representación legal de los trabajadores en la empresa, encomendando esta función a dos tipos de sujetos que, por su propia naturaleza, actúan de forma superpuesta a cada trabajador y oponen lo colectivo a lo individual: la representación unitaria y la representación sindical. Ahora bien, hubo que esperar hasta la promulgación de la LOLS para determinar qué secciones podrían asumir la representación de toda la plantilla, pues como es sabido esta función solo se reconoce a las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los delegados de personal o miembros de comités de empresa, generando, con esta decisión legal, una evidente trabazón entre órganos unitarios y sindicales. Partiendo de estas premisas, el presente artículo analiza la doble faz que presenta la representación sindical en la empresa: de un lado, la representación de los intereses específicos de los afiliados sin superar con ello la lógica asociativa; de otro, refiriendo su actividad al conjunto de la colectividad de trabajadores, lo que sitúa la representación ejercida en el plano de la «representación institucional de intereses», extendiendo sus efectos a la totalidad de la plantilla.

Palabras clave: sección sindical; representación legal; comités de empresa; Ley Orgánica Libertad Sindical

ABSTRACT

The legislator early assumed the need to articulate mechanisms for legal representation of workers. Workplace representation in Spain has a clear legal framework, provided in the main by the 1980 workers statute and the 1985 law on trade union freedom Spanish trade unions (articles 8 and 10) also have separate legally recognized structures within the workplace with a range of legal rights. These trade union sections bring together all the members of a particular union in the workplace and some of them can assume the legal representation in the Company. For that, trade unions sections must obtain the majority of the delegates of personnel or members of company committees, generating, with this decision, a clear locking between unitary and trade union bodies. This article analyses the double face presented by trade union representation in the company: On the one hand, the representation of «particular scope» in protecting the specific interests of the affiliates without exceeding the associative logic. Of another, referring to its activity to the whole of the collective of workers, which situates the representation exerted in the plane of the «institutional representation of interests», extending its effects to the whole of the workforce.

Keywords: Trade unions section, workplace representation, work council

¹ Ponencia presentada en el IV Encuentro de Profesionales del Asesoramiento Laboral y Social, celebrado en la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (UPV/EHU-Leioa) los días 11 y 12 de abril de 2019.

* **Correspondencia a:** Patricia Nieto Rojas. Universidad Carlos III, Dpto. Derecho Social, c/Madrid 126, 28903-Getafe, Madrid, España – pnieto@der-pr.uc3m.es – <https://orcid.org/0000-0003-3734-3392>

Cómo citar: Nieto Rojas, Patricia. (2019). «Representación legal de los trabajadores en la empresa y disfunciones derivadas de un modelo pluralista en este ámbito»; *Lan Harremanak*, 41, 188-214. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20808>).

Recibido: 30 abril, 2019; aceptado: 21 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



SUMARIO

1. A modo de introducción: un modelo de representación pluralista en la empresa.—2. La representación ejercida por las instancias descentralizadas del sindicato en el ámbito empresarial. 2.1. El elemento constitutivo: la decisión libremente adoptada por trabajadores vinculados por una común afiliación. 2.2. El establecimiento de criterios selectivos para la asunción de esta función. Una decisión legal.—3. La prioridad de la interlocución sindical: una opción de política legislativa.—4. La libertad de auto-organización como fundamento de la elección del ámbito de los órganos representativos de base sindical. 4.1. Las secciones sindicales de afectación a la totalidad de la empresa. 4.2. Propuestas de reforma: hacia una mayor sindicalización de la representación unitaria en la empresa.—5. Bibliografía citada

1. A modo de introducción: un modelo de representación pluralista en la empresa

El modelo legal de representación en la empresa se sustenta en la coexistencia de diversas instancias, algunas con competencias generales, otras solo con competencias específicas, unidas por estrechos vínculos, de naturaleza orgánica y funcional (Nieto Rojas, 2016). Esta pluralidad subjetiva hace muy complejo el modelo legal, pues en un ámbito tan reducido como el empresarial coexisten un amplio abanico de sujetos representativos, debiendo sistematizarlos a partir de la siguiente clasificación: De un lado, la representación de alcance general u omnicomprensiva con la que se hace referencia a la actuación representada que pueden asumir las instancias de base electiva (comités de empresa o delegados de personal en la regulación dada por el Título II del ET) o sindicales con representatividad probada en la empresa (esto es, secciones y delegados sindicales conforme a lo dispuesto en la LOLS). Tanto las instancias unitarias como las secciones sindicales con representatividad probada asumen en la empresa la defensa de intereses colectivos, de carácter profesional, que se sobrepone a los intereses particulares de los representados. De otro, la representación de los afiliados que las instancias sindicales de empresa pueden asumir, pues por su propia configuración normativa, tanto secciones como delegados pueden representar los intereses particulares de sus afiliados; representación que, en el presente artículo, hemos calificado como «representación con un alcance particular», pues la misma adquiere un marcado carácter privatista. Esta representación puede ser asumida tanto por el delegado sindical, elegido por y entre los trabajadores com-

ponentes de la sección, como por cualquier otro mandatado del sindicato o de la sección, y encuentra sus manifestaciones más evidentes en la defensa preventiva de los trabajadores afiliados ante la propuesta de una sanción —art. 10.3.3 LOLSf— y en la legitimación para negociar convenios de franja en los términos referidos en el art. 87.1 ET.

2. La representación ejercida por las instancias descentralizadas del sindicato en el ámbito empresarial

La LOLS garantizó un sistema de representación sindical (Baylos Grau, 2004: 102; Moreno Vida, 2002: 121; García Murcia, 2009: 108) que se sobrepone a los intereses de los afiliados y que, conscientemente, se aparta de las categorías civiles que requieren de mandatos expresos o, a lo sumo, implícitos derivados del acto de adhesión a la asociación correspondiente (Valdés Dal-Ré, 2004: 5). Ahora bien, fue también una opción de política legislativa que se materializó con la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical la que determinó que sólo ciertas secciones sindicales pudiesen asumir funciones con proyección general, o de afectación a la totalidad de la plantilla, siendo la presencia en los órganos unitarios el presupuesto para que la representación exceda el ámbito de los afiliados hasta alcanzar a la totalidad de la plantilla. O, dicho de otro modo, en la medida que las funciones con proyección a la totalidad de la plantilla se reconocen exclusivamente a secciones con presencia probada en la empresa, el legislador exige que estas obtengan el crédito de quienes van a ser los destinatarios últimos de esta actuación representada. Esta afirmación se muestra especialmente gráfica en relación a la aprobación de convenios colectivos estatutarios (Cruz Villalón, 1986: 225; Prados de Reyes, 1991: 188), pues aunque el art. 87.1 ET declara que en los convenios de empresa o ámbito inferior están legitimadas para negociar las «secciones sindicales si las hubiere», también establece que en los convenios que afecten a la totalidad de los trabajadores será necesario que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. Esta representatividad probada también será exigida en los procesos de reorganización productiva (esto es, todas las vicisitudes colectivas disciplinadas en los artículos 40, 41, 47, 51, 82.3 ET) si quien asume la interlocución en nombre e interés de los trabajadores es la representación sindical.

Nadie cuestiona que la representación «institucional» ejercida por las instancias descentralizadas del sindicato se fundamenta en la propia naturaleza del sindicato pues si la finalidad del mismo es, en nuestro ordenamiento jurídico, la persecución de la tutela colectiva de todos los trabajadores (Ojeda Avilés, 1979: 371), con más argumentos, la actuación que puedan desplegar las instancias descentralizadas del sindicato en la empresa podrá ser de afectación a la totalidad de trabajadores presentes en ella sin que lo anterior sea óbice para que

secciones y delegados también defiendan intereses de carácter particular de sus afiliados lo que, en ocasiones, puede producir tensiones en cuanto a la vocación de tales organizaciones (Ysas Molinero, 2010: 207).

Si la función de los sindicatos no consiste en representar exclusivamente a sus miembros (Puebla Pinilla, 2000: 409), sino que, por su propia configuración constitucional, [SSTC 70/1982, 118/1983, 18/1984, 98/1985 o 187/1987] son representantes institucionales de los trabajadores como categoría, cobra pleno sentido que esta función pueda ser asumida en relación a los trabajadores no afiliados presentes en un ámbito tan reducido como es el empresarial. Cuestión distinta es que la ausencia en el texto constitucional de cualquier referencia al alcance de la representación sindical en la empresa (Valdés Dal-Ré, 2000: XVIII) exija una profunda reflexión sobre los contornos que la sustentan. Parece que la misma se enmarca, en virtud de una interpretación sistemática del art. 28.1 CE y del canon hermenéutico sentado por el art. 10.2 CE, dentro de la vertiente funcional del derecho de libertad sindical que integra el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa y promoción de los intereses que les son propios (Valdés Dal-Ré, 2012: 58) y, lógicamente, todas estas manifestaciones son consideradas, al menos, en su formulación genérica, como parte del contenido esencial del derecho (Elorza Guerrero, 2011: 31). Desde esta perspectiva, los sindicatos podrán impulsar actuaciones con proyección externa en las que llamen a todos los trabajadores, afiliados o no, que tienen asimismo el derecho a ser protegidos de las posibles represalias derivadas de su participación en las iniciativas convocadas por las organizaciones sindicales, perfilándose una función sindical de expresión de los intereses profesionales que va más allá del concreto círculo de afiliados hasta alcanzar a la totalidad de la plantilla, aun no estando adheridos formalmente al sindicato actuante. En coherencia con este contenido constitucional, las organizaciones sindicales podrán desplegar los medios de acción necesarios para cumplir con las funciones legamente reconocidas entre los que ocupan un lugar destacado la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga o el planteamiento de conflictos individuales y colectivos.

Esta representación «legal implícita», en la terminología constitucional (véase la STC 70/1982), obtuvo carta de naturaleza en la ya referida LOLS, y ello a pesar de que su tardía aprobación se debió, según la más cualificada doctrina, «a las dificultades levantadas por los empresarios a la acción de los sindicatos en los centros de trabajo» (Casas Baamonde, 1990: 604). Tras la promulgación de esta ley se dotó de un marco normativo estable y claramente promocional a las representaciones netamente sindicales a las que la propia Ley atribuye un amplio elenco de funciones y competencias, permitiendo que las mismas puedan asumir la representación de la totalidad de la plantilla. Con esta decisión, la actuación que puedan desplegar las instancias descentralizadas del sindicato en la empresa presenta una doble faz:

De un lado, la representación de sus afiliados que se justifica por la vinculación voluntaria de estos a la organización sindical (Navarro Nieto, 1993: 24).

De otro, la representación de la totalidad de la plantilla y cuya fuente de legitimación es la LOLS (Casas Baamonde, 1990: 640). Esta representación *erga omnes* se ha visto claramente reforzada con la modificación operada por el RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (en lo sucesivo RDL 7/2011), pues bien es sabido que la misma estableció una prioridad en la interlocución legal a favor de las representaciones sindicales tanto en relación a la negociación colectiva —art. 87.1 ET—, como para la asunción de la interlocución en todas las vicisitudes de naturaleza colectiva—. Aunque la reforma operada por el RD Ley 7/2011 fue considerada por los sindicatos una verdadera injerencia legal en su capacidad de actuación al no permitir que sea el sindicato quién decida la interlocución sino que normativamente esta competencia se atribuye a la sección sindical (CCOO, 2013: 50), no podemos compartir esta crítica. A nuestro juicio, esta regulación debiera servir como acicate para avanzar en la constitución de instancias descentralizadas del sindicato en todas las empresas pues, conviene no olvidar, que las mismas surgen tras la decisión legítima de un conjunto de trabajadores que, unidos por una común afiliación, deciden impulsar la constitución de una sección sin más requisitos que los preceptuados en los estatutos sindicales. Si las secciones son instancias descentralizadas del sindicato, conformadas por y entre afiliados al mismo en la empresa, a las que la ley les concede una serie de facilidades y garantías para el desarrollo de la acción sindical, esta representación colectiva de intereses de los trabajadores en el ámbito empresarial tiene en las secciones su manifestación más evidente.

2.1. El elemento constitutivo: la decisión libremente adoptada por trabajadores vinculados por una común afiliación

La posibilidad de constituir una sección sindical se ha engarzado con el derecho a la actividad que se incluye como contenido esencial del derecho de libertad sindical en su vertiente individual pues su titularidad es reconocida a los trabajadores afiliados y no a los sindicatos, aunque estos podrán promover o alentar su constitución como vía de penetración del sindicato en la empresa. Y, desde esta perspectiva, parece lógico que la LOLS no establezca ninguna limitación a la creación de secciones sindicales pues esta estructura es una manifestación de la libertad de auto-organización del sindicato «que difícilmente podría cercenarse a nivel de legalidad ordinaria ya que seguramente ese cercenamiento no sería conciliable con la libertad sindical que reconoce el art. 28.1 CE, y consiguientemente una legalidad restrictiva no sería respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental» (Cruz Villalón, 1986: 241), siendo también una decisión de los trabajadores que componen la sección la designación de uno

de ellos como delegado sindical. Cuestión distinta es que sólo gocen de reconocimiento legal aquellos delegados que puedan acreditar el cumplimiento de los criterios contenidos en el art. 10 LOLS.

Ahora bien, el hecho de que la designación del delegado sindical sea una decisión libremente adoptada por quienes constituyen una sección, es una decisión normativa la que reconoce a determinados delegados la condición de representante legal. Este reconocimiento vinculado, como es de sobra conocido, a la acreditación de una presencia probada en la empresa supone atribuir a las secciones sindicales «privilegiadas» y a los delegados por ellas designados una función que excede de la noción de «sindicato-asociación, representante de las voluntades de los afiliados, conforme a las reglas de Derecho Privado, hasta provocar su sustitución por la del sindicato-asociación e institución, representativo (o más) de los trabajadores en cuanto representante de los intereses generales (de los trabajadores en su conjunto)» (Casas Baamonde, 1990).

2.2. El establecimiento de criterios selectivos para la asunción de esta función. Una decisión legal

Si las secciones se configuran como divisiones meramente organizativas del sindicato que actúan como instancias descentralizadas del mismo para desarrollar la acción sindical dentro de la empresa (Pérez Anaya, 2011: 88), la representación que asumiesen tendría, en principio, que limitarse a la mejor defensa de los afiliados a la opción sindical correspondiente. Sin embargo, bien es sabido que el art. 8 LOLS reconoce a determinadas secciones la condición de sujeto titular de derechos y competencias con proyección general, es decir, de afectación a la totalidad de la plantilla (Puebla Pinilla, A. 2000: 83), condicionando esta facultad a una determinada implantación en la empresa, medida esta en la presencia en los órganos electivos.

El art. 2.2 LOLS reconoce el derecho a la negociación colectiva a todas las secciones, aunque solo las que pertenezcan a sindicatos más representativos o cuenten con presencia en los comités, es decir, las secciones sindicales con representatividad probada podrán negociar convenios de eficacia general.

Esta exigencia legal trata de garantizar que los representantes sindicales puedan defender en el curso de la negociación el interés de la totalidad de trabajadores y no sólo de los afiliados aunque cabría plantearse qué sentido tiene que las secciones sindicales de los sindicatos más representativos que no cuenten con ningún tipo de implantación en la empresa puedan negociar convenios colectivos de afectación a la totalidad de los trabajadores presentes en esta, es decir, si la sección de un sindicato más representativo que no pueda acreditar presencia en los órganos unitarios debiera tener asegurado, al menos, un puesto en la comisión negociadora, interpretación que es la que parece colegirse del art. 8.2 b) LOLS (Agut García, 2004: 45).

Respecto a la designación de un delegado sindical, la opción legal por un sistema basado en la designación por y entre los trabajadores afiliados en detrimento de la elección directa del sindicato (Cruz Villalón, J. 1986: 246), alternativa posible conforme a lo dispuesto en el art. 3.a) CC núm. 135 de la OIT de 23 de junio de 1971, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (Ratificado por Instrumento de 8 de noviembre de 1972, BOE 4.7.1974) y en el que, como es sabido, se admite que los representantes sindicales sean «nombrados o elegidos por los sindicatos o afiliados a ellos», supone dotar de un amplio margen de autonomía a las secciones que valorarán por criterios de oportunidad la decisión de designar a alguno de sus integrantes como tal. Cuestión distinta es que los efectos jurídicos que lleva aparejado tal condición, es decir, la designación de un delegado sindical «cualificado» en los términos contenidos en el art. 10 LOLS, someta a esta decisión a la observancia de los siguientes requisitos:

En primer lugar, es obvio que el delegado sindical ha de ser trabajador de la unidad en la que se haya constituido la sección sin que quepa conformar «el cuerpo electoral con afiliados ajenos, en el plano laboral y funcional, a la empresa o centro de trabajo» (Álvarez de la Rosa, 1991: 106).

En segundo lugar, porque siendo cierto que su efectiva designación se caracteriza por una mayor laxitud que la relativa al proceso electoral estatutario, esta mayor flexibilidad no puede alterar la fórmula de elección, esto es, que la facultad del nombramiento y, en su caso, destitución la ostenten los trabajadores de la sección y no el sindicato. Y, en este sentido, alguna doctrina de suplicación —véase la doctrina sentada en la STSJ Madrid 10.4.1992 (R.º 4919/1992) y en la STSJ Galicia 16.12.1992 (R.º 4450/1992)— ha señalado que aunque «el sistema español de acción sindical en la empresa exige que el representante del sindicato sea un trabajador de la misma sin que lo anterior requiera una mecánica de elección democrática que tenga que efectuarse formalmente (a diferencia del proceso externo y formal establecido para la elección de la representación unitaria) lo que concuerda con la naturaleza de asunto interno del sindicato que tiene la designación del delegado sindical, que deberá resolverse según sus estatutos y que no permite control distinto al que el sindicato y los trabajadores afiliados ejerzan».

Y, en tercer lugar, en lo que hace a la superación de un determinado volumen de empleo, bien es sabido que la STC 173/1992 confirmó la constitucionalidad de la regulación legal al recordar que esta figura ha de ser calificada como contenido adicional de un derecho fundamental y, por tanto, siendo cierto que, desde la perspectiva del art. 28.1 CE, no sería constitucionalmente admisible una norma que, atribuyendo algunos medios de acción a ciertos sindicatos, privara a otros de ellos siempre que los mismos fueran inexcusablemente necesarios para que la organización sindical pudiera realizar las funciones consideradas como contenido esencial del derecho, pero comoquiera que la designación de es-

tos delegados se enmarca dentro del contenido adicional, su interpretación «no tiene que ser siempre la más favorable», concluyendo entonces que la exigencia legal contenida en el art. 10.1 LOLS en lo que hace al número de trabajadores es plenamente respetuosa con la naturaleza atribuida a este representante legal. Pacífica esta cuestión, la litigiosidad se ha centrado en torno a dos aspectos:

En primer lugar, la ausencia en la LOLS de criterio alguno para proceder al cómputo de trabajadores, de modo que se entendía que en él habría de incluirse a la totalidad de los trabajadores. Esta interpretación planteaba el problema de determinar si esta cifra debía tomarse de forma puramente estática, atendiendo al momento preciso en que se constituyese la sección o si, por el contrario, debía atenderse a un criterio más flexible que tuviese en cuenta la variabilidad del número de trabajadores contratados a lo largo del año. Tuvo que ser la STS 26.4.2010 (R.º 1777/2009) la que sostuviese la necesidad de aplicar analógicamente el criterio contenido en el art. 72 ET, de modo que se incorporarán al cómputo los fijos discontinuos y los temporales, cuyo contrato tenga duración superior al año, y de forma proporcional al número de días trabajados de aquéllos, cuyo contrato tenga una duración inferior, entendiendo que debe contarse a un trabajador más por cada doscientos días de trabajo o fracción. Con esta decisión, se evita además que tanto sindicatos como empresas puedan usar criterios espurios para la designación de estos delegados (momentos de mayor actividad que no reflejen fidedignamente la plantilla real). La presencia en los órganos unitarios se configura entonces como el presupuesto necesario para proceder a la designación toda vez que el art. 10.2 LOLS utiliza los resultados del proceso electoral para establecer, con carácter de mínimo, el número de delegados sindicales si bien el propio legislador establece una cautela en este sentido ya que todas las secciones que no hayan obtenido el 10% de los votos estarán representadas por un único delegado sindical, obviamente uno por cada sindicato que haya concurrido a las elecciones al comité de empresa y no haya alcanzado dicho porcentaje. Conviene recordar que el art. 71.2 b) ET establece que para entrar en el reparto de puestos en el seno del comité se exige el 5% de los votos en cada colegio electoral, habiéndose planteado si los sindicatos que hubieran superado este porcentaje, aun cuando no hubieran conseguido finalmente ningún miembro en el mismo, podían contar con un delegado sindical con las garantías previstas en la LOLS. La STS 23.5.1990 (RJ 1990/4991) zanjó esta cuestión señalando que la exigencia contenida en el art. 10.2 LOLS, tanto desde una interpretación literal como de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, no es la de que cualquier grupo de afiliados a un sindicato pueda elegir delegados que alcancen los derechos, privilegios y garantías que el art. 10.3 LOLS reconoce solo a los que han justificado su implantación en la empresa, es decir, a las secciones que no hayan obtenido el 10% de los votos pero que sí que tengan presencia en el comité.

El coste que genera esta figura al empresario justifica que la facultad de designar delegados sindicales se reserve exclusivamente a los sindicatos implanta-

dos en la empresa sin que sea suficiente, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reconocidos en el art. 8.2 LOLS, la condición de sindicato más representativo, (Luján Alcaraz, 2003: 165; Prados de Reyes, 1991: 188; Sáez Lara, 2005: 115; Sáez Lara, 1992: 175).

Sentado lo anterior, la principal deficiencia que, a nuestro juicio, tiene la regulación legal es la utilización de una dimensión de plantilla tan elevada como la exigida en el art. 10.1 LOLS hasta el punto de que proponemos su minoración mediante una reforma a tal efecto. Las profundas transformaciones en las estructuras productivas han tenido como consecuencia directa una reducción en las plantillas lo que, sin ningún género de dudas, supone una serie limitación al desarrollo de la acción sindical en este ámbito, parcialmente solventado porque la misma se está instrumentalizando mediante la sindicalización de la representación unitaria. De no prosperar la reforma normativa en el sentido propuesto, no queda sino acudir a la negociación colectiva (Rodríguez Sañudo, 2007, 152) para que rebaje los requisitos legales, siendo relativamente frecuentemente que los convenios colectivos minoren el número de trabajadores exigidos para proceder a la designación del delegado sindical o, en su caso, que incrementen el número de delegados objeto de designación, contemplando cláusulas de mejora a este respecto que normalmente se vinculan al cumplimiento de otros requisitos, a saber: una determinada presencia en los órganos de base electiva, la condición de sindicato más representativo o, a nuestro juicio, el criterio más respetuoso, la acreditación de una cierta implantación en la concreta empresa, medida ésta en la audiencia electoral obtenida o en el número de afiliados. Enjuiciando la legalidad de estos criterios, véanse las SSTs 14.6.2004 (R.º 124/2004), 15.7.2005 (R.º 187/2003), 16.1.2006 (R.º 213/2006), 5.3.2007 (R.º 187/2004), 14.3.2007 (R.º 4477/2005) o la STS 24.10.2017 (R.º 100/2016) y así, «si el convenio permite nombrar un delegado, asimilable al delegado LOLS, si la empresa tiene más de 150 trabajadores y siempre que la sección acredite esta representatividad, podrá nombrarse uno por cada sección que cumpla estos requisitos). Sobre el tratamiento convencional, es obligada la consulta de (Luján Alcaraz, 2003: notas 175 a 181; Rodríguez Sañudo, 2007: 152) Véanse también CC Iberia LAE (BOE 7.9.2018) o en el ámbito sectorial el CC Empresas Organizadoras de Juegos de Bingo (BOE 19.6.2015) que contempla, a este respecto, que «los sindicatos podrán constituir Secciones Sindicales, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En las empresas con más de veinte trabajadores que cuenten con un 50% de afiliados, la sección representará los intereses sindicales de sus afiliados ante la dirección de la empresa contando con un Delegado/a Sindical, que gozará de los derechos y garantías fijados para los Delegados/as de Personal y miembros de los Comités de empresa, salvo en lo que se refiere a reservas de horas».

La negociación colectiva deberá, en todo caso, respetar los principios que se prescriben en la propia Ley, a saber:

- a) La utilización de la dimensión de la plantilla para determinar el número de delegados.
- b) Que todas las secciones sindicales que hayan alcanzado el 10% de los votos en la elección al comité de empresa tengan el mismo número de delegados sindicales siempre que en su constitución se haya utilizado la misma unidad de referencia.

Si los criterios convencionales no impiden la acción de los sindicatos que cuenten con presencia o implantación en la empresa, no habrá obstáculo en admitirlos como ajustados a Derecho y respetuosos con el contenido adicional del derecho y sólo, a falta de acuerdos específicos, habrá que observar las reglas previstas en el precepto legal. Respecto a la naturaleza de este delegado sindical, este sujeto tiene legamente atribuida la representación de la sección sindical, pudiendo asumir sin necesidad de apoderamiento expreso las competencias reconocidas en el art. 10.3 LOLS, sin perjuicio de que los Estatutos Sindicales o los reglamentos de la sección en cuestión puedan determinar límites a su actuación (Puebla Pinilla, 2000: 83). Como refirió la STC 292/1993, los delegados sindicales «son representantes o mandatarios de las secciones», de modo que «no precisan apoderamiento notarial para representar a la sección, puesto que ya tiene atribuida legamente esta representación» (STS 10.10.2005 (R.º 28/2004)).

Desde esta perspectiva, la representación asumida por el delegado sindical presenta, al igual que la asumida por las secciones sindicales, una doble faz, habida cuenta que este delegado es, por decisión expresa de la LOLS, el representante de la sección y lo es en sus términos más estrictos, es decir, está obligado a actuar de acuerdo a lo mandatado por la sección que lo designó, quedando vinculado con esta a través de un mandato privado. O, dicho de otro modo, el delegado sindical no tiene razón de ser si se le desconecta de la sección a la que representa, debiendo respetar lo mandatado por esta y, en su caso, por lo preceptuado por el sindicato de pertenencia pero, de otro lado, tiene legalmente atribuida una representación con alcance general, siendo el apartado tercero del art. 10.3 LOLS el que reconoce a este sujeto, siempre que no forme parte del comité de empresa, el derecho a ser oído por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo, alcanzando con esta actuación a una «colectividad indeterminada de trabajadores» (Álvarez de la Rosa, M. 1991: 163), estén afiliados o no.

Esta consulta debiera permitir que el empresario conozca la postura del delegado (y de la sección a la que él representa) y supone una evidente manifestación de una representación de alcance general asumida por este sujeto pues de la dicción legal es obvio que la referida consulta deberá efectuarse tanto si las medidas propuestas por la empresa tienen una proyección general como si se circunscriben a un concreto segmento de trabajadores, afiliados o no (Rodríguez-Piñero y Cruz Villalón, 1987: 96). Estamos, por tanto, ante un derecho autónomo que podrá ser

ejercido en tanto que el ordenamiento prevea la intervención de la representación unitaria en decisiones con una proyección colectiva. En relación a su ejercicio, habrá de garantizarse un tiempo suficiente para que el delegado sindical pueda expresar de manera motivada su parecer, y en lo que hace a su alcance objetivo, la amplitud de la previsión legal se extiende a una multiplicidad de vicisitudes.

El derecho de audiencia podrá ser ejercido tanto si se trata de medidas en las que está prevista la intervención consultiva de la representación unitaria (art. 64.1.5 ET) como en los supuestos en los que se prevé la posibilidad de alcanzar un acuerdo con la representación legal de base estatutaria (entre otras, recibo de salarios —art. 29.4 ET—, distribución irregular de la jornada —art. 34 ET—), aunque las de mayor relevancia serán las vinculadas a modificaciones de carácter colectivo que prevean procesos cualificados de consultas, a saber: traslados, modificaciones sustanciales, reducciones, suspensiones de jornada, transmisiones de empresa, despidos colectivos e inaplicaciones convencionales pero también y de manera convergente a las competencias reconocidas a las representaciones unitarias en los artículos 64.5 y 6 ET, debiendo ser oídos ante aquellas decisiones que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa o sobre la adopción de eventuales medidas preventivas. Una interpretación sistemática del derecho que asiste a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa fuerza a sostener que dichos representantes tienen también derecho de audiencia previa, (Sala Franco, T. 2010, 583). La empresa no está obligada a dar audiencia al delegado sindical de una sección sindical no ajustada a la LOLS, porque no concurren los requisitos del art. 10.3 LOLS (STS 9.5.2018, R.º 3051/2016). Ahora bien, si la interlocución en el período de consultas se asume por las secciones sindicales —sujeto preferente tras la promulgación del RD Ley 7/2011—, habría de entenderse amortizado el derecho que asiste al delegado sindical en la medida en que ya habrá tenido conocimiento de la decisión empresarial. Cuestión distinta es que algún delegado sindical no haya participado en este proceso, en cuyo caso, mantiene incólume su derecho a ser oído con anterioridad a la adopción de la medida.

Finalmente cabe referir que es relativamente frecuente que la negociación colectiva incorpore cláusulas que amplían o mejoran los derechos sindicales de afiliados en la empresa, secciones sindicales y delegados sindicales o, en su caso, que se pacte una financiación específica para la actuación de las representaciones presentes en su ámbito.

Pues bien, para admitir la legalidad de este cláusulas, una pacífica doctrina del TS —véanse, entre otras, las STS 23.4.2013 (R.º 206/2011), 10.6.2003 (R.º 67/2002)—, entiende que su inclusión ha de hacerse de manera que se respete el derecho de libertad sindical de todos y cada uno de los sindicatos presentes en la empresa, es decir, «la distribución de ayudas a la actividad sindical concretada exclusivamente en los sindicatos firmantes del convenio, con exclusión

de otras fuerzas sindicales que ostentaban representatividad suficiente para haber intervenido en la propia negociación del mismo, exige de una justificación objetiva y razonable que elimine cualquier atisbo de ataque a la libertad sindical».

Desde esta perspectiva, la mera circunstancia de la firma del convenio no podría servir de razón para excluir a un sindicato que, *a priori*, ostenta implantación y representatividad, máxime si la exclusión lo es a una ventaja o beneficio que no encuentra razonable conexión con otra circunstancia distinta de la de su postura en la negociación. Esta actuación podría, incluso, constituir una injerencia prohibida, tal y como se define en el párrafo segundo del art. 13 LOLS, en tanto pudiera cercenar la acción sindical del sindicato por el mero hecho de no haber firmado el convenio y, de este modo, estar interfiriendo en la propia postura sindical.

A este respecto, es reiterada la jurisprudencia —entre otras muchas, SSTS 15.7.2013 (R.º 178/2003), 15.11.2004 (R.º 90/2004), 9.12.2005 (R.º 183/2003), 18.9.2007 (R.º 82/2005)— que considera que es «apreciable una injerencia en el sentido contemplado por el art. 13.2 LOLS, en relación con el art. 2 del Convenio 98 de la OIT «porque, aunque no exista de forma explícita una finalidad de control directo, sí que concurren dos elementos de riesgo importantes que no son ajenos a la finalidad de interdicción de los actos de injerencia. Estos riesgos son, por una parte, la creación de incentivos económicos o de otra índole para la aceptación del convenio que operan sobre el interés particular de la organización sindical y al margen del interés general de los trabajadores representados por ésta, que en el convenio estatutario no son únicamente sus afiliados, y, por otra, la imposición de una desventaja para otros sindicatos que no suscriben el convenio».

Sentado lo anterior, el tratamiento jurisprudencial es tan severo que parece que «en algunos momentos prevalece la defensa de la libertad sindical negativa frente a la positiva, lo que repercute en la poca difusión de este tipo de cláusulas convencionales en el modelo español de relaciones laborales. Falta seguridad jurídica en el reconocimiento, a través de cláusulas convencionales, de derechos colectivos incrementados a determinados sindicatos y a sus afiliados, normalmente los más representativos o implantados en la empresa, pues el mismo es aceptado en escasas ocasiones por la jurisprudencia, exigiéndose que, en su caso, las diferenciaciones sean razonables, proporcionadas, sean pactadas y respondan a criterios de diferenciación objetivos» (Ferradans Caramés, 2015: 155).

3. La prioridad de la interlocución sindical: una opción de política legislativa

En una opción de política del Derecho en favor del sindicato, coherente con nuestro modelo constitucional, el RD Ley 7/2011 estableció una preferencia sindical que se refleja normativamente en los distintos supuestos de periodos

de consulta y negociación previstos en el texto estatutario, a saber: artículos 40, 41, 47, 51, 82.3 y 87.1 del ET aunque esta preferencia se condiciona a la concurrencia de determinada implantación en este ámbito, habida cuenta que solo podrán asumir esta negociación las secciones sindicales representativas, es decir, aquellas que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

La reforma efectuada en el año 2011 zanja, al tiempo, el debate de si el sindicato como órgano externo a la empresa podía recabar para sí la condición de parte de un convenio colectivo de ámbito de empresa o inferior al atribuir la legitimación a las secciones. Este reconocimiento es plenamente respetuoso con el propósito legislativo de profundización de la democracia sindical (STC 208/1993), y había sido ya sostenido tras la aprobación de la LOLS por parte de la doctrina (Escudero Rodríguez, R. 1985: 196). Defendiendo la tesis contraria, es decir, que la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus órganos es un problema de régimen interno o de oportunidad, (Álvarez de la Rosa, 1991: 140). La decisión adoptada por el RD Ley 7/2011 se aparta de la tesis defendida por el TS en el sentido de considerar una cuestión interna del sindicato el órgano legitimado para negociar —vid, entre otras, las SSTS 28.2.2000 (R.º 2040/1999) y 16.9.2004 (R.º 129/2003)—.

El hecho de que sean las secciones las legitimadas para negociar en este ámbito supone dotar a estas instancias de una cierta autonomía en su actuación, pues es evidente que las mismas podrán escuchar al sindicato de pertenencia, pero la obtención de la mayoría estatutaria será requisito suficiente para dotar de eficacia personal general al acuerdo adoptado, incluso aunque el sindicato se muestre contrario a esta decisión.

Ahora bien, tanto las secciones sindicales que son, en puridad, instancias descentralizadas del sindicato como los delegados sindicales están sujetos a las instrucciones y dictados establecidos en los Estatutos Sindicales y en las actuaciones aprobadas en los Congresos (especialmente en los criterios de negociación), de forma que la separación de las instrucciones será un problema de legalidad sindical, no siendo infrecuente que existan tensiones, máxime cuando el sindicato local o la confederación impone una estrategia que las secciones sindicales de las concretas empresas rechazan en todo o en parte, (Ojeda Avilés, 2000). Por ejemplo, en la SAN 22.9.2014 (Proc. 76/2014) se dirime la adecuación legal de la destitución de un delegado sindical «en el contexto de la firma por los representantes de USO en la empresa, en contra de la política de su sindicato, de un convenio de empresa que ha de primar sobre el sectorial».

Sentado lo anterior, la preferencia legal no opera «por decisión de una o varias secciones sindicales» (CCOO. 2011: 57) sino que el ET exige un acuerdo previo de las representaciones sindicales, tendente a intervenir en la negociación en representación de la totalidad de trabajadores, sin que necesariamente «se-

mejante decisión se suscriba por unanimidad o por la mayoría de ellas. O, dicho de otro modo, lo requerido es que las secciones sindicales que la respalden cuenten con la mayoría de los representantes unitarios existentes en la unidad de negociación, sin que tales secciones sindicales puedan excluir a aquellas otras que, contando con representación en los órganos unitarios, manifiesten su voluntad de participar en el acuerdo de iniciar la negociación» (García Quiñones, 2013: 42).

El derecho a la negociación colectiva forma parte, de acuerdo con una pacífica jurisprudencia del TC, del contenido esencial de la libertad sindical. Ya la STC 73/1984 señalaba que «la asignación de un menor número de representantes en la comisión negociadora y la reducción consiguiente de su capacidad de acción dentro de la misma, como resultado de una minoración injustificada del índice de representatividad atribuido a un sindicato, podría calificarse también como lesión del derecho reconocido en el art. 28.1 de la Constitución». Sentadas estas premisas, no toda decisión acerca del índice de representatividad de un sindicato afecta a su derecho fundamental de la libertad sindical ni siquiera cuando, como resultado de la misma, se reduzca la participación de dicho sindicato en la comisión negociadora de un convenio colectivo o se recorten sus posibilidades de actuación dentro del sector correspondiente. En muchos casos, «la minoración de la representatividad y de la capacidad de obrar de un sindicato, al igual que su exclusión de la mesa de negociaciones, puede estar justificada, y que, si efectivamente se funda en un motivo jurídicamente aceptable, una actuación de ese tipo no supone lesión alguna de la libertad sindical». Ello pone de manifiesto que la disminución del número de representantes de un sindicato en la comisión negociadora de un convenio colectivo, derivada de un reajuste de la cuota representativa asignada a cada uno de los participantes, sólo podrá calificarse como lesiva de la libertad sindical si tiene su origen en una decisión contraria a la ley o es claramente arbitraria», (Palomeque López, 2009, 29).

La existencia de un número máximo de miembros en la mesa negociadora (trece, conforme a lo dispuesto en el art. 88.4 ET e idéntico número es referido también en el art. 41.4 ET) puede suponer que todas las secciones con legitimación inicial tengan «derecho, cuando menos a participar en la designación de los componentes de dicho banco social, aun cuando pueda ser impracticable por todas las limitaciones numéricas que todas hayan de contar con algún miembro» (STC 137/1991). O, dicho de otro modo, comoquiera que el sistema de reparto de puestos en la mesa negociadora se determina en función de la representatividad, la exclusión de alguna de las legitimadas en la composición final de la comisión no necesariamente ha de ser considerada como una conducta vulneradora de la libertad sindical (Álvarez Cuesta, 2006, 169) sino que esta lesión sólo se producirá cuando la misma tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación como sucede en el supuesto de las minoraciones de presencia sindical en las comisiones creadas con facultades negociadoras.

La STS 18.1.1993 (R.º 1682/1991) recuerda, a este respecto, que «en supuestos en los que las representaciones sindicales que negocian suman el porcentaje representativo que expresa (el necesario para la adopción de acuerdos —el 60% en aquel momento), pueden excluir de la negociación a otras representaciones sindicales, que, como las recurridas, tiene aptitud para intervenir en dicha negociación o legitimación «inicial», en tanto que cumplen las condiciones que dispone el art. 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical» pues dicha exclusión podría suponer un atentado a la libertad sindical de estas otras representaciones sindicales.

Que la legitimación sea legalmente atribuida a las secciones implica plantearnos si la modificación estatutaria impide, de facto, la negociación de otros órganos o estructuras pertenecientes al sindicato. Hasta la reforma operada por el RD Ley 7/2011, la expresa referencia a las «representaciones sindicales», no a las «secciones», era el argumento que permitió sostener que era una opción del sindicato la concreta determinación del sujeto negociador (Baylos Grau, A. 2010: 35) pues «si las secciones sindicales son meros órganos del sindicato (...), en principio, la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones es un problema de régimen interno». Sin embargo, la mención expresa a las secciones sindicales en el texto estatutario nos insta a defender que existe en el RD Ley 7/2011 una clara orientación hacia la empresa lo que hace «cambiar de plano el poder de negociación sindical, de la federación de rama a la sección sindical» (Baylos Grau, A. 2011: 10), siendo uno de los efectos previsibles de este cambio normativo la revalorización de estas instancias descentralizadas del sindicato en las empresas.

Desde círculos sindicales, aun valorando positivamente esta reforma en tanto que la «referencia a las secciones sindicales es un avance respecto a la sindicalización en las empresas» (CCOO, 2013: 43), consideran que la preferencia debería haberse efectuando reconociendo al sindicato y no a las secciones la legitimación. Pero comoquiera que no ha sido así, ante un conflicto entre el sindicato y la sección, habrá que estar a la legislación vigente, esto es, priorizando a la sección o secciones legitimadas. La legitimación plena exigirá obviamente acreditar la presencia mayoritaria de la sección o secciones en los órganos unitarios, conforme a lo dispuesto en el art. 88 ET, es decir, «la mayoría exigida se determina sobre el conjunto de los miembros de comités de empresa y delegados de personal que existan en la unidad de negociación, por lo que no es incompatible con el cumplimiento del requisito el hecho de que las secciones no cuenten con la mayoría de representantes unitarios elegidos en algún centro o que en él no haya representación unitaria» (Garate Castro, 2012: 133). Este cálculo habrá de efectuarse tomando el resultado que en las elecciones a miembros de comités de empresa y delegados de personal haya sido atribuido al sindicato al que pertenezca cada sección, no el número de representantes unitarios con los que el sindicato cuente en el momento de la adopción del acuerdo.

Ahora bien, lo que la Ley no aclara si esta reivindicación puede formularse en cualquier momento o si, por el contrario, la sección o secciones dominantes han de decidir tomar el control desde el principio (Gómez Abelleira, 2011: 135). Parece más compatible con el deber de negociar de buena fe que la decisión se tome al principio del proceso negociador, no durante el desarrollo y, sólo ante la ruptura del proceso negociador en curso, con agotamiento del deber de negociar de buena fe, cabrá la reapertura del proceso con diferentes sujetos intervinientes. Con anterioridad a la reforma, la selección de un interlocutor —unitario o sindical— vinculaba definitivamente al empresario a las reglas de legitimación derivadas de dicha decisión, STS 8.10.2009 (R.º 161/2007). Es más, alguna doctrina judicial —en relación al CC de la empresa Leroy Merlin, véase SAN 25.7.2007 (Proc. 50/2007), sentencia que fue posteriormente confirmada por la STS 4.3.2010 (R.º 134/2007)— ya ha calificado como una conducta contraria a la libertad sindical la irrupción irregular de un órgano unitario «en una negociación propuesta por la empresa a nivel sindical», máxime cuando queda acreditado que dicha decisión no tiene otra finalidad que, bajo la apariencia de un cambio negocial, la de excluir a las secciones legitimadas del proceso.

Ahora bien, no toda negociación con las representaciones de base electiva puede ser considerada una conducta contraria al derecho a la libertad sindical y, en este sentido, la STC 119/2014 ya tuvo que abordar si la preferencia del convenio de empresa en los términos contenidos en el art. 84.2 ET podría ser una conducta contraria al derecho de libertad sindical en relación al derecho que asiste a los sindicatos a ordenar la estructura de negociación colectiva de la forma que estimen más conveniente. La regulación estatutaria no merece, a juicio del máximo intérprete constitucional, reproche alguno «pues resulta obligado recordar que el art. 37.1 CE ordena garantizar el derecho a la negociación colectiva de «los representantes de los trabajadores», sin exigir que esta representación sea necesariamente de naturaleza sindical. No en vano el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del derecho, ha optado desde antiguo por otorgar legitimación en los convenios de empresa tanto a la representación sindical como a la unitaria. A mayor abundamiento, «desde la perspectiva constitucional tampoco es reprochable que un convenio de empresa negociado por la representación unitaria en virtud del art. 37.1 CE entre en concurrencia y goce de preferencia aplicativa sobre un convenio sectorial negociado por los sindicatos, pues del texto constitucional no se deduce que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores».

Otra cuestión de enorme complejidad jurídica (y notable relevancia práctica) que la legislación no ha resuelto es la de determinar si las secciones sindicales podrán asumir la representación de la totalidad de la plantilla en empresas con una pluralidad de centros en los que algunos cuenten con representantes unitarios y otros que carezcan de ellos, existiendo dos interpretaciones al respecto.

La primera de ellas sostiene que, si las secciones sindicales de empresa ostentan la mayoría conforme a la exigencia estatutaria, las mismas estarán legitimadas para negociar por todos los trabajadores de la empresa. Esta tesis, ha sido mantenida por la Audiencia Nacional en las sentencias de 18.6.2012 (Proc. 80/2012), 26.4.2013 (Proc. 76/2013), 11.11.2013 (Proc. 198/2013), 17.6.2014 (Proc. 125/2014) o SAN 17.3.2018 (Proc. 50/2018), entendiendo, a este respecto, que las secciones sindicales mayoritarias «representan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, fuere cual fuere su implantación en cada uno de los centros de esta, lo cual impide, necesariamente, que compartan esa representación general con representatividades particulares de cada centro de trabajo».

Sin embargo, es dable una segunda interpretación, cual es que la legitimación de las secciones se extenderá a la totalidad de la plantilla, siempre y cuando a ello no se opongan los trabajadores que presten servicios en centros que no cuenten con representantes legales de base estatutaria puesto que si estos, legítimamente, deciden designar una comisión *ad hoc*, conforme a las reglas previstas en el art. 41.4 ET, las secciones sindicales no podrán asumir esta representación de carácter global sino sólo la de los centros que no hubiesen designados a los mandatados *ad hoc*, debiendo, en tales casos, conformarse una comisión híbrida compuesta por representantes sindicales y, en su caso, por los trabajadores mandatados por los centros sin representación. Esta solución, aunque pudiera colegirse de la previsión contenida en el art. 41.4 ET, no tiene sentido, máxime si pensamos que la acreditación de la mayoría de los representantes unitarios es título bastante para que las secciones sindicales cuenten con legitimación plena, conforme a lo dispuesto en el art. 88 ET. Es más, si se asumiese esta interpretación, la misma implicaría que las secciones sindicales que cumplieren el requisito de mayor representatividad a nivel de empresa se verían sustituidas por una representación *ad hoc*; efecto este que podría ser calificado como contrario a nuestro modelo constitucional y los tratados internacionales que reconocen el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical.

A nuestro juicio, obtenida la mayoría exigida en el art. 41.4 ET, la legitimación de las secciones alcanza a la totalidad de los trabajadores de la empresa sin necesidad alguna de «aditamento democrático por parte de los trabajadores a través de la designación de las comisiones *ad hoc*», compartiendo que «la designación en tales casos de comisiones *ad hoc* por parte de los centros carentes de representación unitaria con pretensión de constitución de una comisión negociadora híbrida constituiría en puridad un atentado contra la libertad sindical (arts. 28.1 y 37.1 CE) a salvo, claro está, de su libre aceptación por todos y cada uno de los sindicatos legitimados, y con posibilidad, en todo caso y en cualquier momento, de prescindir del consenso de aquellos» (Benavente Torres, 2014: 131). Lo antedicho permite concluir que las secciones que acrediten representación en los centros afectados por las medidas de flexibilidad, interna o externa, tienen derecho a ser convocados a los periodos de consultas, así como a

participar en su negociación en la proporción correspondiente, de modo que la exclusión injustificada de la sección comporta una vulneración de la libertad sindical (STS 6.6.2018, R.º 149/2017).

Este favor por las secciones sindicales no se extiende a las reglas que disciplinan la legitimación para asumir la negociación colectiva estatutaria en los nuevos ámbitos de negociación incorporados por el RD Ley 7/2011, a saber: grupos de empresas o redes empresariales, sino que las reglas de legitimación en estas unidades se remiten a lo dispuesto en el art. 87.2 ET. Será, por tanto, una decisión interna del sindicato la determinación de quienes conformarán el banco social sin que necesariamente tengan que estar presentes las secciones sindicales de las empresas afectadas por la negociación. A nuestro juicio (Nieto Rojas, P. 2011), esta solución legal no sólo supone una limitación competencial directa a las representaciones unitarias de cada una de las empresas pues, como es obvio, no podrán formar parte del banco social sino también para los sindicatos con implantación en la medida que la aplicación de las reglas de legitimación propias de los convenios sectoriales impide, *de facto*, su participación si no acreditan un mínimo del 10 por ciento en el ámbito geográfico y funcional del convenio.

Que la legitimación se haya establecido a través de una regla sindical de aplicación exclusiva y excluyente supone un reforzamiento del papel que han asumido las Federaciones Sindicales en este proceso pero, al tiempo, implica un alejamiento consciente de la doctrina anterior —véase la STS 6.5.2004 (R.º 25/2003)— que, al menos, en el supuesto de «grupos de empresas con estructura organizativa relativamente simple» había admitido la legitimación según las reglas propias de los convenios empresariales; solución, a nuestro juicio, mucho más respetuosa con el modelo legal.

4. La libertad de auto-organización como fundamento de la elección del ámbito de los órganos representativos de base sindical

La decisión del ámbito de configuración de las instancias sindicales es un derecho de los sindicatos, habida cuenta que su constitución no genera deberes prestacionales automáticos al empresario sino simplemente un deber de tolerar o de no interferir en su creación (Cabeza Pereiro, 2004, 530). La aseveración anterior explica una cierta flexibilidad estructural en el modelo organizativo, claramente reforzada con la STS 18.7.2014 (R.º 91/2013) en relación al ámbito en el que cabe la designación de delegados sindicales, frente a la rigidez que define a la representación de base estatutaria, centrada en la noción de centro de trabajo.

Parece lógico que la LOLS no establezca ninguna limitación a la fijación del ámbito de actuación de las secciones pues como ya advirtió la STS 1.6.1992

(R.º 2094/1991 y que ha sido recientemente refrendada en la STS 8.2.2018 (R.º 119/2018), su constitución es una manifestación de la libertad del sindicato «que difícilmente podría cercenarse a nivel de legalidad ordinaria ya que seguramente ese cercenamiento no sería conciliable con la libertad sindical que reconoce el art. 28.1 CE, y consiguientemente una legalidad restrictiva no sería respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental». De ahí que se haya admitido que la sección sindical pueda constituirse agrupando centros de trabajo si esta decisión se cohonesta con la propia organización de la empresa (véanse las SSTs 21.6.2016 (R.º 182/2015) y 7.3.2017 (R.º 101/2016), admitiendo este ámbito superior al centro e inferior a la empresa).

Ahora bien, cabría plantearse cuál es el margen real de autonomía de los afiliados de la sección para determinar su ámbito de actuación, es decir, si el tenor literal del art. 8.1a) LOLS fuerza a una previsión expresa de los estatutos sindicales para que puedan constituir la sección en el ámbito que estimen conveniente o habrán de atender a las instrucciones sindicales, (Agut García, 1997: 197).

Parece que, ante un conflicto de voluntades acerca de la oportunidad de constituir las referidas secciones en la empresa o en el centro, no prevalecerá ninguna de las dos puesto que ninguna es suficiente para proceder a la constitución de la sección mientras que si no hubiese un pronunciamiento en los estatutos del sindicato en cuestión, una interpretación finalista de la norma fuerza a admitir la posibilidad de constitución en el ámbito que los afiliados dispongan, a diferencia de si el sindicato se muestra manifiestamente contrario a su creación, en cuyo caso, se vedaría tal posibilidad (Agut García, 1997, 300) mientras que otros autores admiten su creación ante el silencio estatutario, (Albiol Montesinos, 1990, 171).

En todo caso, este es un problema que se diluye en la práctica, dada la estructura confederal de los sindicatos con mayor implantación pues en todas las regulaciones estatutarias analizadas se contempla el centro de trabajo como ámbito preferente para la constitución de las referidas secciones. —puede consultarse la configuración normativa de las secciones sindicales en diversos estatutos de Confederaciones y Federaciones en (Pérez Anaya, 2011: 93)—, siendo la única limitación en este sentido la dirigida a que no se puede rebasar el ámbito que fija el sindicato en sus estatutos fundacionales. Ahora bien, las secciones sindicales tienden, en la práctica, a conformarse a imagen y semejanza de los órganos unitarios, debiendo justificar el mimetismo, aparte de las habituales inercias y cautelas, en condicionantes legales que, de forma indirecta, influyen en la libertad de elección del ámbito de las instancias sindicales.

En primer lugar, porque siendo cierto que los sindicatos son relativamente libres para decidir el ámbito de las referidas secciones, en la medida que ambos canales representativos discurren en paralelo, siendo el uno deudor del otro, los

ámbitos estatutarios determinan en gran medida los correspondientes a los de la representación sindical (Cruz Villalón, 2007: 98).

En segundo lugar, porque la arquitectura institucional prevista en la LOLS refuerza esta trabazón, dando por supuesta una coincidencia no sólo funcional sino también espacial, pudiendo afirmar que, aunque todo el modelo se concibe para que las instancias sindicales puedan actuar tanto a nivel de centro como de empresa, las mismas tienden a conformarse a nivel de centro. Y esta es la razón por la cual hemos considerado que no tiene visos de prosperar alguna propuesta sindical que insta a reconocer el nivel empresarial como ámbito exclusivo y excluyente de las instancias sindicales con el objetivo último de favorecer «el reforzamiento de la función sindical, reconocida constitucionalmente pero insuficientemente desarrollada en las normas legales específicas» (Fernández Toxo, 2005, 208).

A juicio de dicha corriente, los derechos de información, consulta y negociación debieran ser reconocidos exclusivamente a los sindicatos quienes delegarían, según conveniencia sindical, esta representación en estructuras y personas pertenecientes o no al ámbito de la empresa en cuestión. De aprobarse esta propuesta se limitaría enormemente el papel de las instancias de base electiva de segundo grado para asumir competencias a este nivel y, a día de hoy, el comité intercentros desarrolla una función unitaria dentro de un sistema articulado y complejo de representación de los intereses de los trabajadores que tiene importantes virtualidades participativas hasta el punto que hemos defendido una modificación legal en el sentido justamente opuesto, esto es, que establezca de manera preceptiva la constitución del comité intercentros y no facultativa como hasta ahora. Somos, aun así, conscientes de que existen argumentos muy solventes en contra de nuestra interpretación:

En primer lugar, porque la laxitud con la que el legislador estableció la fijación del ámbito de actuación de las instancias netamente sindicales, a diferencia de la formalización con la que reguló a las representaciones estatutarias, pretendía favorecer que las instancias sindicales asumieran un mayor protagonismo a nivel de empresa, produciéndose un reparto más racional entre ambas representaciones.

En segundo lugar, porque esta libertad trata de posibilitar la presencia sindical directa en empresas con multiplicidad de centros de pequeñas dimensiones en los que legalmente no pueden existir representantes unitarios (Cruz Villalón, 1986, 246).

Y, una tercera razón, quizá la más importante, cual es que esta distribución espacial racionalizaría el modelo legal y así el centro de trabajo sería el ámbito preferente de actuación de las instancias electivas mientras que la empresa sería el espacio natural para la acción sindical (Ojeda Avilés, 2005). Sentado lo anterior, el modelo legal hace presumir un favorecimiento de la coincidencia no solo por el hecho de que algunas de las facultades reconocidas en el art. 8.2 LOLS a

las secciones sindicales, especialmente las vinculadas a la negociación, se condicionen a su presencia en los órganos unitarios lo que, en último término, les fuerza a constituirse con un ámbito coincidente al de los comités (Cruz Villalón, 1992, 61) sino porque la LOLS termina por concebir a la representación sindical como una estructura paralela a la representación unitaria, dotada de parecidos ejes organizativos.

De lo antedicho podemos afirmar que el sindicato también encuentra dificultades a la hora de elaborar una respuesta satisfactoria, especialmente en empresas muy dispersas geográficamente (Baylos Grau y López Bulla, 2003) sin que ello obste para que insistamos en la relevancia que tiene la presencia organizada de trabajadores en este espacio, habida cuenta que el mismo es donde, *de facto*, se toman la mayoría de las decisiones gerenciales y, por tanto, donde más necesaria es esta presencia. Lamentablemente la LOLS también adolece de una notable carencia a este respecto pues aunque la opción de constituir una sección sindical a nivel empresa es siempre posible, la misma se configura, salvo mejora convencional, como una alternativa a la constitución de secciones sindicales en cada centro de trabajo, es decir, si los afiliados a un sindicato en una empresa con varios centros de trabajo optan por una sección sindical de empresa, esta decisión implica que las secciones sindicales en niveles inferiores no se beneficiarán de las facilidades y prerrogativas en dicho ámbito.

Con esta decisión se traza nuevamente una ligazón entre representaciones estatutarias y sindicales pues «si el comité intercentro se compone de miembros de los distintos centros, sin aumentar el número de representantes de la empresa, la solución paralela aquí consiste en impedir, salvo mejora convencional, la existencia de instancias sindicales centrales superpuestas o adicionales» (Roqueta Buj, 2010: 474; Sáez Lara, 1992: 184).

4.1. Las secciones sindicales de afectación a la totalidad de la empresa

La única limitación al principio de libertad que tienen los afiliados para constituir la sección sindical en la totalidad de la empresa vendrá determinada por la regulación que, en su caso, hayan establecido los Estatutos Sindicales en relación al ámbito en el que las precitadas secciones desplegarán su actuación, y ya hemos referido que esta libertad se ha visto claramente reforzada con la STS 18 de julio de 2014 en relación al ámbito en el que cabe la designación de un delegado sindical. El tratamiento de los Estatutos Sindicales (Pérez Anaya, 2011) a este respecto es bastante escaso, salvedad hecha de algún texto paccionado en que expresamente se contempla la empresa como ámbito de constitución (Cruz Villalón, 1992, 60), siendo relativamente habitual que se condicione su constitución al previo acuerdo de la mayoría de las secciones de ámbito inferior (por ejemplo, en el CC Fertilberia (BOE 6.8.2018) se reconoce «la Sección Sindical Intercentros de las secciones sindicales a los Sindicatos más representativos en la Empresa, de conformidad con

lo establecido en la LOLS, con los mismos derechos, garantías y competencias que las secciones sindicales de centro, pero extensivo a nivel de empresa»).

Esta cautela es plenamente coherente con el modelo expuesto, máxime si pensamos que las secciones constituidas a nivel de empresa actúan, en realidad, como una estructura representativa con funciones de coordinación en el tratamiento de las cuestiones de ámbito superior al del centro de trabajo (de forma similar al comité intercentros) pero que, salvo lo que pueda establecer el convenio de aplicación, carecerán de derechos propios sobre la empresa. Es más incluso se ha admitido en base a la libertad de auto-organización del sindicato, que una sección se constituya con un ámbito distinto al de la empresa o el centro, optando por un nivel intermedio —STC 137/1992—. Al ser, por tanto, decisión de la sección la opción por constituirse en el ámbito que estime conveniente, si se cumplen los requisitos para proceder a la designación del delegado sindical en el ámbito empresarial, la sección sindical tendrá derecho al nombramiento de este representante, aunque no tenga representación legal unitaria en todos los centros de la empresa (STS 3.2.2017, R.º 39/2016).

En lo que hace a su dinámica de funcionamiento, es relativamente habitual que los estatutos disciplinen los criterios de coordinación entre esta sección y las existentes en cada centro, tanto desde un punto de vista orgánico como funcional (competencias, facilidades o prerrogativas) al tiempo que suelen establecer que la iniciativa para su constitución sea a instancia de la federación sindical y no de los afiliados, aunque generalmente se exige su conformidad. Con esta decisión, el sindicato trata de asegurar su control mediante la vinculación de esta sección al órgano de dirección de la federación que corresponda según el ámbito geográfico de implantación en la empresa.

4.2. Propuestas de reforma: hacia una mayor sindicalización de la representación unitaria en la empresa

El modelo legal de representación en la empresa se sustenta en la coexistencia, más o menos pacífica, de representantes unitarios y sindicales y aunque ciertamente los primeros son «por tradición, por efectiva operatividad y por privilegio legal» preponderantes (Cuevas López, J. 1982: 81), la eficacia de su actuación se condiciona al apoyo de una estructura sindical externa, en principio, ajena a estos órganos ya que es la participación del sindicato la que da «la savia y el apoyo» a la representación de base unitaria (Sagardoy Bengoechea, 1986: 100). Ahora bien, las disfuncionalidades del actual modelo legal son evidentes, pues de poco sirven los órganos unitarios sin la excitación de los sindicatos (Casas Baamonde y Escudero Rodríguez, 1984: 89), y aunque ya se ha referido que la existencia de un doble canal de representación es un sistema generalmente aceptado e implantado (Biagi, 1985: 97), la particularidad del modelo español es el amplio haz de facultades reconocido a las instancias uni-

tarias; interpretación que se refuerza si lo comparamos con el previsto para articular la actuación de estas instancias en las Administraciones Públicas.

Desde círculos sindicales (Benito Valenciano, 2012: 255; Baylos Grau y López Bulla, 2003: 227-29) se insta a modificar este diseño funcional en base a la necesidad de «reforzar los vínculos entre el sindicato y la empresa» (Merino Segovia, 2012: 257), proponiendo que sean las secciones sindicales las que asuman de forma exclusiva las atribuciones vinculadas a la negociación colectiva y las relativas a las medidas de conflicto mientras que el espacio natural de las representaciones unitarias quedaría circunscrito a las competencias informativo-consultivas y exclusivamente en el centro de trabajo.

La evidente consolidación de los órganos unitarios como cauce natural para la participación del sindicato en la empresa nos hace compartir que su hipotética «decapitación supondría una erosión en la defensa de los trabajadores. La función reivindicativa de los órganos unitarios está tan asumida en nuestra cultura jurídica que un encauzamiento de esta instancia representativa hacia funciones exclusivamente participativas traería un terremoto social» (Lahera Forteza, 2000, 309) aunque ciertamente se observa una cierta matización en esta postura en (Lahera Forteza, 2010, 34).

El sindicato actúa en las empresas a través de la representación unitaria, de forma que cualquier propuesta que se efectúe en relación a la conveniencia o no de la modificación del marco normativo debe hacerse partiendo de que la referida sindicalización no sólo consolida a los propios órganos unitarios sino que les da mayor solidez (Cruz Villalón, 1992: 64; Prados de Reyes, 1991: 190; Matía Prim, 1996: 223; Lahera Forteza, 2000: 299).

Para tratar de mitigar las disfunciones referidas, se ha propuesto la idea de «cruzar el doble canal de la figura del delegado sindical» es decir, manteniendo los dos canales representativos pero vinculando a los mismos a través de uno o varios delegados sindicales, designados por los afiliados al sindicato entre aquellos miembros de la sección sindical previamente elegidos como representantes unitarios, que serían los competentes para evitar duplicidades y disfunciones, (Luján Alcaraz, 2003: 316). Hay, sin embargo, argumentos muy sólidos que podrían argüirse para defender una reforma normativa dirigida a la atribución en exclusiva de legitimación negocial a las secciones:

En primer lugar, porque la normativa internacional enfatiza en la necesidad de «garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes» —art 5 Convenio núm. 135 OIT y 2.4 Recomendación núm. 143—.

En segundo lugar, porque la diferente naturaleza de estas instancias podría justificar la atribución en exclusiva de determinadas funciones a los sindicatos. No está de más recordar que la única conexión constitucional de las representaciones de base electiva se ha vinculado a la genérica previsión contenida en el

art. 129.2 CE sobre las diversas formas de participación en la empresa siendo, por tanto, de estricta configuración legal su alcance funcional. O, dicho de otro modo, la representación reconocida a las instancias unitarias dimana directamente de la Ley, (Monereo Pérez, 1992: 378) (Garrido Pérez, 1995: 72), pudiendo ser objeto de limitación en esta sede.

A este respecto, autorizadas voces de la doctrina laboral española han defendido, con buen criterio, que la atribución en exclusiva a los sindicatos (Cruz Villalón, 2017: 173) de legitimación negocial en el ámbito empresarial no solo «significaría un correcto desarrollo de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución» al tiempo que «lograría un mayor equilibrio de poder con el empresario (Casas Baamonde, 2017: 106)» sino que permitiría solucionar buena parte de los actuales problemas derivados del nuevo modelo de negociación colectiva operados por la Ley 3/2012 (Rodríguez Fernández, 2016: 251). Ahora bien, la práctica negocial en relación a los convenios de empresas es pertinaz, y así tomando como fuente la estadística de convenios que desglosa el sujeto firmante de los convenios de empresa constatamos que la mayor parte de ellos siguen siendo suscritos por representantes de naturaleza electiva, como evidencian los tres cuadros adjuntos, el primero respecto a los convenios firmados en 2012 y los dos últimos respecto a los convenios firmados en 2017 y 2018:

CONVENIOS DE EMPRESA EN FUNCIÓN DEL SUJETO COLECTIVO QUE LO FIRMÓ							
Registrados hasta diciembre de 2012 con inicio de efectos económicos en 2012							
	TOTAL CONVENIOS DE EMPRESA	HAN NEGOCIADO COMITÉ EMPR. O DELEGADOS		HAN NEGOCIADO SECCIONES SINDICALES		HAN NEGOCIADO OTROS	
		SI	NO	SI	NO	SI	NO
Valor absoluto	1979	1864	115	515	1464	279	1700
En porcentaje	100	94,19	5,81	26,02	73,98	14,1	85,9

CONVENIOS DE EMPRESA EN FUNCIÓN DEL SUJETO COLECTIVO QUE LO FIRMÓ							
	TOTAL CONVENIOS DE EMPRESA	HAN NEGOCIADO EMPR. O DELEGADOS		HAN NEGOCIADO SINDICALES		HAN NEGOCIADO OTROS	
		SI	NO	SI	NO	SI	NO
Valor absoluto	1443	1370	73	293	1150	167	1276
En porcentaje	100	94,94	5,06	20,30	79,70	11,57	88,43

CONVENIOS DE EMPRESA EN FUNCIÓN DEL SUJETO COLECTIVO QUE LO FIRMÓ							
	TOTAL CONVENIOS DE EMPRESA	HAN NEGOCIADO EMPR. O DELEGADOS		HAN NEGOCIADO SINDICALES		HAN NEGOCIADO OTROS	
		SI	NO	SI	NO	SI	NO
Valor absoluto	1141	1078	63	219	922	120	1021
En porcentaje	100	94,48	5,52	19,19	80,81	10,52	89,48

Fuente: elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la Subdirección General de Estadísticas y Análisis Sociolaboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

5. Bibliografía citada

- AGUT GARCÍA, Carmen. (1997). *El sindicato en la empresa: (secciones y delegados sindicales)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2004). *La sección sindical*. Albacete: Bomarzo.
- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. (1990). *El sindicato en la empresa*. Madrid: Deusto.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar. (2006). *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*. Granada: Comares.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. (1991). *La organización de los sindicatos en los lugares de trabajo (Empresa y Administración Pública)*. Madrid: Civitas.
- BAYLOS GRAU, Antonio. (2010). «Notas sobre libertad sindical y negociación colectiva». *Revista de Derecho Social* 50: 25-39.
- (2011). *Un debate europeo sobre la negociación colectiva en la empresa*. Madrid: Fundación 1.º de mayo.
- BAYLOS GRAU, Antonio., y LÓPEZ BULLA, José Luis. (2003). «Sobre el actual modelo de representación». *Revista de Derecho Social*,
- BENAVENTE TORRES, Inmaculada (2014). «Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta/negociación». *Temas Laborales*, 124: 121-56.
- BENITO VALENCIANO, Rodolfo., ed. (2012.) *Un nuevo sindicalismo para el futuro. Reflexiones sobre trabajo y cambio social*. Madrid: Fundación 1º de mayo.
- BIAGI, Miagi. (1985). *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- CABEZA PEREIRO, Jaime. (2004). «Los delegados sindicales». En *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, editado por Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J. R. Madrid: La Ley.
- CALVO GALLEGO, Javier. (Et al), ed. (2008). *Employee Representatives in an Enlarged Europe*. Bruselas: Office for Official Publications of the European Communities.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia (1990). «Democracia, representatividad y afiliación sindicales». En *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, editado por Montoya Melgar, A. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- (2017). «La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores». En *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, editado por Cruz VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R., y NOGUEIRA GUASTAVIANO, M. Albacete: Bomarzo; UGT.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia., y ESCUDERO RODRÍGUEZ, Rodríguez. (1984). «Representación unitaria y sindical en el sistema español de relaciones laborales». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1984.
- CCOO (2011). *Reforma legal de la negociación colectiva. Real Decreto-ley 7/2011 de medidas urgentes de negociación colectiva. Guía de acción sindical*. Madrid: CCOO.
- (2013). *Guía sobre la reforma legal de la negociación colectiva*. Madrid: CCOO.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. (1986). «El reconocimiento de la representación y la acción sindicales en la empresa». En *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, editado por RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. Madrid: Tecnos.
- 1992. *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo: un marco legal insuficiente*. Madrid: Trotta; CARL.
- 2007. «La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas». En *Treinta años de libertad sindical*, editado por VALDÉS DAL-RÉ, F. Madrid: Fundación Francisco Largo Caballero.

- 2017. «Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa». En *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, editado por CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R., y NOGUEIRA GUASTAVIANO, M. Albacete: Bomarzo; UGT.
- ELORZA GUERRERO, Fernando. (2011). «La representación sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas». En *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, editado por RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E. Madrid: Tecnos.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. (1985). *Los sujetos de los convenios de empresa: representantes unitarios y representantes sindicales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- FERNÁNDEZ TOXO, Ignacio. (2005). «El ET en la actualidad. Reflexiones para una reforma». En *25 años del Estatuto de los Trabajadores (1980-2005)*, editado por AAVV. Madrid: Fundación Francisco Largo Caballero.
- FERRADANS CARAMÉS, Carmen. (2015). *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*. Madrid: UGT, 2015.
- GARATE CASTRO, Javier. (2012). «La nueva regulación de la legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos». En *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, editado por RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. Madrid: La Ley.
- GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos. (2013). «Cuestiones jurídicas en torno a la nueva redacción del artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores». Madrid: UGT; UCM.
- GARRIDO PÉREZ, Eva. (1995). *La información en la empresa: análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid: CES.
- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. (2011). «La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisiones negociadoras». En *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, editado por GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. Valladolid: Lex Nova.
- LAHERA FORTEZA, Jesús. (2000). *La titularidad de los derechos colectivos de trabajadores y funcionarios*. Madrid: CES.
- .(2010). «El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa: funciones y disfunciones». En *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, editado por VALDÉS DAL-RÉ, F. y MOLERO MARAÑÓN, M. L. Madrid: Fundación Largo Caballero.
- LUJÁN ALCARAZ, José. (2003). *La acción sindical en la empresa: marco legal y desarrollo convencional*. Madrid: CES.
- MATÍA PRIM, Javier. (1996). «Las elecciones en las empresas». En *La reforma del Estatuto de Trabajadores*, editado por AAVV. Madrid: La Ley.
- MERINO SEGOVIA, Amparo. (2012). «La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012». *Revista de Derecho Social* 57: 249-62.
- MONERO PÉREZ, José Luis. (1992). *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid: Civitas; Universidad Granada.
- NAVARRO NIETO, Federico. (1993). *La representatividad sindical*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- NIETO ROJAS, Patricia. (2011). «Estructuras transversales de negociación. Descentralización productiva y nuevos ámbitos negociales». Sevilla: Comunicación al Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

- 2016. *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*. Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. (1979). «La libertad sindical». *Revista Política Social* 121.
- 2000. «Los convenios de franja sectoriales». *Actualidad Laboral* III: 781-91.
- 2005. «La representación unitaria: “el faux ami”». *Revista Ministerio de Trabajo*, 2005.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. (2009). *El sistema de relaciones sindicales en España: un balance general del marco jurídico y del funcionamiento de la práctica sindical en el sistema social*. Madrid: Fundación Alternativas.
- PÉREZ ANAYA, Rosa María (2011). *La coexistencia de los canales de representación de los trabajadores en la empresa*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.
- PRADOS DE REYES, Francisco Javier (1991). «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas». *Relaciones Laborales*, 1991.
- PUEBLA PINILLA, Ana. (2000). *La responsabilidad civil del sindicato: un estudio sobre la responsabilidad derivada de la actividad sindical*. Madrid: La Ley.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. (2016). *Negociación colectiva, igualdad y democracia*. Granada: Comares.
- RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín. (2007). «Negociación colectiva sobre representación y acción sindical en la empresa». *Revista Ministerio de Trabajo* 68: 137-70.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel., y CRUZ VILLALÓN, Jesús. (1987). «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical». *Relaciones Laborales* I.
- ROQUETA BUJ, Remedios. 2010. «Art. 8». En *Ley orgánica de libertad sindical: comentada y con jurisprudencia*, editado por PÉREZ DE LOS COBOS, F. Madrid: La Ley.
- SÁEZ LARA, Carmen. (1992). *Representación y acción sindical en la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- SALA FRANCO, Tomás. (2010). «Art. 10». En *Ley orgánica de libertad sindical: comentada y con jurisprudencia*, editado por PÉREZ DE LOS COBOS, F. Madrid: La Ley.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. (2004). «La eficacia jurídica de los convenios colectivos». *Temas Laborales* 76.
- 2012. *La negociación colectiva entre tradición y renovación*. Granada: Comares.

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO HERRAMIENTA DE REFORZAMIENTO DE LAS REPRESENTACIONES SINDICALES MÁS ALLÁ DE LA EMPRESA¹

The role of collective bargaining as a tool to strengthen union representative bodies beyond the boundaries of the company

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA*

Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

El artículo aborda a través del análisis de algunos Convenios Colectivos de alcance estatal cómo las representaciones sindicales favorecen la representación de los trabajadores más allá de la empresa. Para ello, se describen las características más importantes de la Sección Sindical para explicar a continuación que la Sección de ámbito supraempresarial gozará de prerrogativas en tanto en cuanto, con carácter general, esté pactada en Convenio Colectivo. El texto aborda igualmente la posibilidad de puesta en marcha de Secciones Sindicales de sector. La segunda parte del estudio se dedica a los Delegados de alcance supraempresarial, deteniéndose en primer lugar en los Delegados Sindicales de grupo, regulados detalladamente en algunos Convenios Colectivos de grupo de empresas, convenios que optan claramente por potenciar a las representaciones sindicales. El artículo se detiene en el análisis de otras opciones más clásicas —el Delegado de grupo de empresas regulado en Convenio sectorial— y también de posibilidades más innovadoras y de especial utilidad como los denominados Delegados Sindicales de sector.

Palabras clave: sección sindical, delegado sindical, grupo de empresas, convenio colectivo, representante de los trabajadores

ABSTRACT

This paper deals with an analysis of a sample of Spanish collective bargaining agreements; namely, the article focuses on the role of agreements as tools to strengthen union representation bodies, —the so called Secciones Sindicales— beyond the framework of the enterprise. In particular, the paper takes as example some specific corporate group collective agreements and sectoral agreements. The second part of this article focuses on another close issue: the possibility of setting up union delegates to intervene beyond the reach of the company. First, the paper deals with the possibility to create union delegates in corporate groups, set up and regulated by corporate group collective agreements. Second, the article deals with other possibilities concerning union delegates, such as those related with corporate groups but regulated by sectoral collective agreements, and, finally the possibility of union sectoral delegates —beyond the reach of corporate groups— set up by sectoral collective agreements.

Keywords: union representation bodies, union delegate, corporate group, collective bargaining agreement, worker representation bodies

¹ Ponencia presentada en el IV Encuentro de Profesionales del Asesoramiento Laboral y Social, celebrado en la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (UPV/EHU-Leioa) los días 11 y 12 de abril de 2019. El artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras», DER2017-83189-R, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

* **Correspondencia a:** Ricardo Esteban Legarreta. Facultad de Derecho. C/ de la Vall Moronta s/n, Campus de la Universidad Autónoma de Barcelona, 08193-Belaterra (Cerdanyola del Vallés). Barcelona – ricardo.esteban@uab.cat – <https://orcid.org/0000-0002-1886-9885>

Cómo citar: Esteban Legarreta, Ricardo. (2019). «El papel de la negociación colectiva como herramienta de reforzamiento de las representaciones sindicales más allá de la empresa»; *Lan Harremanak*, 41, 215-230. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20839>).

Recibido: 13 mayo, 2019; aceptado: 24 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

SUMARIO

1. Planteamiento.—2. La Sección Sindical. Una estructura de representación con un punto de partida flexible.—3. La importancia intrínseca de la negociación colectiva en la virtualidad de instancias sindicales supraempresariales.—4. La Sección Sindical Supraempresarial como modelo. 4.1. La Sección Sindical de grupo de empresa. 4.2. La Sección Sindical de sector.—5. El papel de la negociación colectiva en el reforzamiento de los Delegados Sindicales supraempresariales. 5.1. Los Delegados escogidos por Secciones Sindicales de grupo pactadas en Convenio Colectivo. 5.2 La potenciación de los Delegados Sindicales de grupo desvinculados de la Sección Sindical. 5.3. Los Delegados Sectoriales.—6. Conclusiones.—7. Bibliografía.

1. Planteamiento

Como es sabido, nuestro tejido productivo apunta de un modo creciente a la organización de las empresas mediante grupos, y a la dispersión de plantilla y actividad mediante la subcontratación de obras y servicios y otras formas de descentralización productiva, una circunstancia que redundará en un debilitamiento de la actividad representativa de los trabajadores. A lo anterior, se añaden fenómenos de empresas dispersas o de ámbitos productivos en los que razones organizativas dificultan la articulación de la representación mediante comités de empresa o delegados de personal.

A este respecto, este artículo constituye una específica aproximación al papel de la negociación colectiva en la potenciación de las Secciones Sindicales y Delegados Sindicales supraempresariales —en general de grupo de empresas pero también de sector—, como mecanismo mediante el que paliar las carencias regulatorias de las representaciones unitarias (Nieto, 2015: 266), al tiempo que se potencia la presencia sindical en la empresa y en el grupo a través de las Secciones y los Delegados Sindicales, considerando las desventajas que padecen a nivel legal las representaciones sindicales en relación con las representaciones unitarias (Lahera, 2015: 193).

Con carácter preliminar se ha de destacar que una mirada a estudios anteriores (Del Rey *et al.*, 2003: 991 y ss) no permite deducir que la negociación colectiva haya manifestado una contundente expansión en estos contenidos. Antes al contrario, el panorama parece bastante estable, y debe pesar en ello tanto el desinterés del legislador a la hora de potenciar una mayor eficacia de estructuras representativas a través de la negociación colectiva (Lahera, 2015: 196), como

un planteamiento empresarial al parecer más preocupado por minar la implantación de estructuras representativas (Vivero, 2017: 5) que por aprovechar su presencia para lograr una mayor implicación y participación de la plantilla².

El trabajo se centra en el análisis de la regulación convencional de las representaciones sindicales, focalizado sobre algunos Convenios Colectivos que con carácter general muestran la predisposición empresarial a reforzar la representación de los trabajadores mediante —aunque no siempre exclusivamente— las Secciones Sindicales. A este respecto, se han tenido en cuenta Convenios Colectivos de grandes grupos de empresas y algunos Convenios Colectivos sectoriales estatales con un contenido llamativo desde el punto de vista de la acción sindical supraempresarial, lo que se combina con el análisis de Estatutos sindicales y de algunas sentencias —fundamentalmente del Tribunal Supremo— que han abordado algunos debates clave. Todo ello sin olvidar que la negociación colectiva ha representado un cierto papel en el reforzamiento de las representaciones sindicales a nivel de empresa o de centro (Gutiérrez, 2018: 255 y ss), cuestión que no será abordada en este artículo.

2. La Sección Sindical. Una estructura de representación con un punto de partida flexible

Dado su carácter de órgano sindical —más allá de su funcionamiento como estructura de representación de los trabajadores de la plantilla— la Sección Sindical ha disfrutado tradicionalmente de una notable versatilidad teniendo en cuenta que el artículo 8.1 LOLS reconoce el derecho la constitución de secciones tanto a nivel de centro como a nivel de empresa (STC 173/1992, de 29 de octubre)³, una posibilidad que ha sido interpretada de un modo abierto, sin las cortapisas que se han aplicado en el caso de las representaciones unitarias (Ysàs, 2018: 14), vinculadas al centro de trabajo (art. 63.1 TRLET)⁴. Por lo tanto, siempre que los Estatutos del sindicato así lo prevean —como en la práctica su-

² Precisamente, algunos de los Convenios Colectivos objeto de comentario en este artículo (como es el caso del CC del Grupo Iberdrola) manifiestan la inquietud de adaptar las estructuras de representación de los trabajadores a la dispersión de la plantilla en diversos centros de trabajo.

³ En su fundamento jurídico quinto, la STC 173/1992 señala que «(...) el art. 10.1 LOLS, ni por sí mismo ni en conexión con otros artículos como, por ejemplo, el 8.1 a) impide en modo alguno que se constituyan Secciones Sindicales en cualesquiera unidades productivas, con independencia de la forma en que ésta se organice y de las características de su plantilla. De hecho, al no supeditar la constitución de Secciones Sindicales a requisito alguno de representatividad del Sindicato o de tamaño de las empresas o de los centros, se posibilita la presencia de todo Sindicato en cualquier lugar de trabajo».

⁴ *Vid.*, por todas, la interesante aunque restrictiva STS de 31 de enero de 2001 (RJ 2001/2138). Todo ello sin perder de vista que la jurisdicción social se muestra muy restrictiva a la hora de valorar la legalidad de las adaptaciones convencionales del régimen legal de la representación unitaria a realidades específicas. Esta circunstancia limita hasta el extremo las posibilidades de adaptación de las representaciones unitarias al nuevo contexto productivo.

cede de modo general—, los trabajadores afiliados al sindicato pueden optar por uno u otro ámbito de constitución. Es más, tras una regresión y un cierto zig-zagueo jurisprudencial (Mejías, 2015: 285 y ss), la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 91/2013) ha abierto la puerta a la consolidación de una jurisprudencia que con enfoques matizados ha aceptado no solo la constitución de Secciones Sindicales en empresas multicentro, sino también la posibilidad de que estas Secciones puedan designar Delegados Sindicales LOLS. Se trata de una posibilidad que encaja en la literalidad de los artículos 8 y 10 de la LOLS pero que había sido discutida durante años por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo bajo una mirada que censuraba como fraudulento el cómputo de plantilla a nivel de empresa para alcanzar la cifra de 250 trabajadores⁵, lo que abría el derecho a la designación de Delegados Sindicales y a otros derechos reconocidos; significativamente, el derecho a local sindical del artículo 8 LOLS.

Partiendo de ese aura de flexibilidad y de adaptabilidad atribuida a las Secciones Sindicales pasará a continuación a examinar algunos ejemplos en los que la negociación colectiva puede ir más allá de la Ley articulando adecuadamente los intereses de los trabajadores y, por qué no decirlo, de los grupos de empresas, y de las empresas que los emplean.

3. La importancia intrínseca de la negociación colectiva en la virtualidad de instancias sindicales supraempresariales

La negociación colectiva representa un papel clave en el terreno de las representaciones sindicales partiendo de que la jurisprudencia acepta con amplitud la intervención del Convenio Colectivo a fin de regular y potenciar estructuras de representación supraempresariales, lo que constituye una ventaja no menor respecto a los órganos unitarios,

Todo ello sin perjuicio de que los Estatutos de las centrales sindicales, en virtud del artículo 2.2 a) LOLS permitan la puesta en marcha de estructuras intermedias de representación entre la Sección Sindical de centro/empresa y el sindicato de sector o federación⁶. Ahora bien, que estas figuras estén recogidas en la

⁵ Se trataba de un giro en la jurisprudencia inicial, auspiciado por la STS de 5 de septiembre de 2006 (rec 1643/2005). Anteriormente, había habido posiciones más matizadas como la STS de 11 de noviembre de 1998 (rec 2123/1998), que afirmaba la posibilidad de que pudiesen escogerse Delegados Sindicales de empresa o más bien «de centros» en la medida en que se hubiese optado por la constitución de un comité conjunto del artículo 63.2 TRLET. De todos modos, el voto particular de la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 91/2013) mantiene las reticencias a una lectura flexible, sugiriendo que la constitución de Secciones a nivel de empresa constituye una suerte de deriva fraudulenta.

⁶ Los ejemplos más directamente relacionados con el objeto de estas líneas los encontramos en los Estatutos de la *Comissió Obrera Nacional de Catalunya* (CONC) en cuyo artículo 15.2 b) 4 se prevé la figura de la Sección Sindical interempresas para empresas que pertenezcan al mismo grupo y

normativa estatutaria no rebaja un ápice el relevante papel de la negociación colectiva. A este respecto, la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 7 de mayo de 2018 (rec 615/2018) — constituye un excelente recordatorio de las limitaciones de las estructuras sindicales supraempresariales que no cuenten con apoyatura en la negociación colectiva. En el caso concreto, se trata de una Sección Sindical constituida a nivel de grupo mercantil de conformidad con lo previsto en los Estatutos de la central sindical, que reivindica algunos de los derechos del artículo 10 de la LOLS⁷, a lo que la sentencia opone *que* «no cabe, a falta de pacto colectivo que así lo establezca, (es) atribuir a dicha organización sindical dentro del grupo mercantil la consideración y facultades que los artículos 8 y 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical reservan para las secciones sindicales de ámbito de empresa o centro de trabajo».

Por lo tanto, las Secciones Sindicales de grupo o superempresariales constituidas sin el cobijo de un Convenio Colectivo podrán disfrutar de plenitud de derechos como órgano del sindicato, pero no de los derechos que los artículos 8 y 10 reconocen a las Secciones Sindicales: derechos a tablón, local y a la designación de Delegados Sindicales. En lo que concierne al derecho a la negociación colectiva de la Sección de grupo, me remito a reflexiones posteriores.

4. La Sección Sindical Supraempresarial como modelo

4.1. La Sección Sindical de grupo de empresa

Una vía perfectamente previsible de intervención de la negociación colectiva sería la Sección Sindical de grupo de empresas, teniendo en cuenta que el planteamiento del artículo 8.1 LOLS se limita a la opción típica de Sección Sindical de empresa o de centro. A este respecto, algunos Convenios Colectivos han abordado la cuestión de la Sección Sindical de grupo, siguiendo no obstante patrones diferentes ya que mientras los Convenios Colectivos de los Grupos Ge-

a un mismo sector, pero compuesto por empresas jurídicamente diferentes. Algo más abstracta, pero que podría acoger a la Sección Sindical de grupo es la previsión de los Estatutos de CGT Cataluña, en cuyo artículo 14 se prevé que los trabajadores pueden constituir «secciones» dentro de un subsector determinado, incluso cuando no estén organizados a nivel de empresa o centro como Sección. Otros Estatutos optan por denominaciones diferentes a las de Sección como son las de «Redes Sindicales», que es la expresión utilizada por el artículo 8.1.8 de los Estatutos confederales del sindicato LAB para definir la estructura «blanda» que tiene como objetivo poner en contacto a personas afiliadas de un «sector concreto» que trabajan en diversos centros. De todos modos, no parece claro que la figura de las redes sindicales pueda servir para albergar Secciones de grupo, pero sí para articular una suerte de regulación para el caso de estructuras empresariales complejas.

⁷ La sentencia no discute algunos de los derechos del artículo 8 de la LOLS, como son el de reunión, distribución de información sindical o recaudación de cuotas recordando, en todo caso, que nos hallamos ante derechos que la LOLS reconoce a los trabajadores afiliados, no a la Sección Sindical, ya sea de grupo o de empresa.

nerali⁸, Endesa⁹ o Iberdrola¹⁰ parten de un modelo de potenciación de la Sección como estructura representativa básica de grupo, el Convenio Colectivo del grupo Primera Plana¹¹ simultanea la regulación de una Sección de grupo con un Comité de grupo que a todas luces mantiene un mayor protagonismo. En todo caso, la opción regulatoria del Convenio Colectivo es clave dado que sin perjuicio de la libertad de autoorganización de las centrales sindicales (art. 2.2 LOLS), mediante el Convenio la Sección Sindical de grupo adquiere auténtica virtualidad y permite el acceso a prerrogativas. De especial importancia a este respecto es el derecho a la designación de Delegados Sindicales de grupo de empresas, un derecho que hoy por hoy estaría condicionado a la negociación colectiva y al cumplimiento de los requisitos allí previstos.

Entrando en algunos aspectos de interés en lo que concierne a su constitución, los Convenios Colectivos se limitan a recordar que las Secciones Sindicales deberán constituirse conforme a los «criterios, principios y requisitos previstos en la LOLS (CC grupo Generali, art. 45 y tácitamente art. 86.1 CC grupo Endesa, y art. 54 CC de grupo Primera Plana), con la paradoja de que la LOLS no contempla las Secciones de grupo. En todo caso sí sería necesario que los Estatutos de la central prevean la constitución de Secciones supraempresariales y que haya presencia de trabajadores afiliados, al menos en una empresa del grupo, salvo que los Estatutos de las centrales se muestren más exigentes en este punto¹². Especialmente llamativa es la regulación de los CC del grupo Iberdrola y del grupo Endesa en las que exige una clara implantación del sindicato para poder constituir Secciones de grupo¹³, circunstancia que lleva a una dualidad

⁸ Resolución de la Dirección General de Empleo de 4 de julio de 2017, (BOE de 17 de julio), con vigencia hasta diciembre de 2020.

⁹ Resolución de la Dirección General de Empleo de 27 de enero de 2014, (BOE de 13 de febrero), con vigencia hasta diciembre de 2017. Tras un año de prórroga no se ha negociado otro convenio en el grupo.

¹⁰ Resolución de la Dirección General de Empleo de 26 de julio de 2017 (BOE de 9 de agosto), con vigencia hasta diciembre de 2020.

¹¹ Publicado mediante Resolución de la Dirección General de Empleo de 12 de marzo de 2015, (BOE de 26 de marzo), un convenio con vigencia entre 2008 y marzo de 2017.

¹² En realidad, para la Constitución de Secciones Sindicales de grupo solo sería necesaria la presencia de trabajadores afiliados en las empresas del grupo, cuyo número mínimo variará dependiendo de lo que se prevea en los Estatutos del sindicato, en el bien entendido que debemos tomar en consideración las exigencias que los Estatutos prevén para la constitución de Secciones Sindicales de empresa o de centro. A este respecto, una rápida mirada a los Estatutos de las centrales nos indica que mientras los Estatutos de la CNT se contentan con la presencia de una persona afiliada (a nivel de empresa, señala el texto), los de la *Comissió Obrera Nacional de Catalunya* exigen veinte personas afiliadas para la correcta constitución de la Sección de empresa o centro. Ciertamente, dado que los Convenios Colectivos no exigen la presencia de trabajadores afiliados en cada uno de los centros de trabajo ni implantación en cada uno de los órganos unitarios que se hayan podido constituir, se concluye que las Secciones solo deberían de acreditar la presencia de afiliados en alguna de las empresas del grupo.

¹³ El artículo 86 del CC del grupo Iberdrola establece que para disfrutar de las prerrogativas de las Secciones Sindicales de grupo se deberá contar, al menos, con una representación del 8 por

de Secciones: las de las centrales con la implantación requerida y las que no alcanzan dicho nivel, que se regularán mediante lo previsto en el título IV de la LOLS y, por lo tanto, serán secciones de centro o de empresa, sin las prerrogativas previstas en el Convenio Colectivo.

Precisamente, dado que las Secciones Sindicales de grupo generan prerrogativas adicionales, y muy significativamente la posibilidad de computar la plantilla a nivel del grupo, para designar Delegados, algunos Convenios Colectivos de grupo establecen el requisito de no coexistencia de Secciones de grupo con Secciones de ámbito inferior (art. 45 CC de Grupo Generali), lo que no encajaría con la idea de que las Secciones de grupo serían una suerte de sujeto adicional a las Secciones ya existentes (Nieto, 2015: 250). En este sentido, la obligación de renuncia a Secciones de alcance inferior me genera alguna duda ya que se me antoja más matizado y respetuoso con el derecho a la autoorganización sindical el CC del Grupo Primera Plana (art. 54) que no prohíbe la coexistencia de Secciones Sindicales de ámbito inferior, pero descarta la posibilidad de que las Secciones de dicho ámbito inferior puedan escoger Delegados Sindicales LOLS, por lo que las centrales pueden mantener un doble nivel de representación sin que ello genere un derecho a elegir Delegados en ambos ámbitos (Vivero, 2017: 5). Se trata de un planteamiento muy similar al del CC del grupo Endesa que, más allá de la existencia de Secciones de grupo admite también las de empresa, a las que atribuye simplemente las competencias del artículo 8 LOLS, pero no las del artículo 10 del mismo texto, lo que comportaría la elección de Delegados (art. 90.1 CC grupo Endesa)¹⁴.

En todo caso, la prerrogativa de mayor interés en la regulación convencional de las Secciones Sindicales está en la clara atribución de competencias negociadoras a nivel de grupo, un planteamiento que sin duda obedece a la voluntad sindical, defendida por diversos autores (Lahera, 2015: 200) de aumentar la visibilidad de las Secciones en tareas que redunden en la mejora de condiciones de la plantilla o en la protección de sus derechos en situación de crisis de empresa. En otras palabras, el Convenio Colectivo otorga un evidente protagonismo a las

100 de la totalidad de los miembros de los comités y delegados de personal elegidos en las empresas del grupo. Para el caso de las centrales autonómicas la exigencia se rebaja a un 5 por 100 del total de representantes siempre que cuenten al menos con un 15 por 100 de representantes en su ámbito territorial. A todo ello se añade la posibilidad de que centrales sindicales que formen parte de las Comisiones de Gestión y Administración del Convenio delegadas de la Comisión paritaria podrán constituir Secciones de Grupo con las prerrogativas previstas en el Convenio. En el caso del CC del grupo Endesa (arts. 86.4 y 5), para alcanzar ese estatuto especial que permite acceder a derechos a nivel de grupo será necesario acreditar o bien el 10 por 100 de los delegados de personal y miembros de comité de los centros de trabajo del grupo o bien, con mayores prerrogativas todavía, alcanzar el 10 por 100 de los sufragios en los comicios a órganos unitarios.

¹⁴ Además, los sindicatos que no alcancen un volumen elevado de implantación a nivel de grupo, pueden designar Delegados Sindicales de centro en establecimientos a partir de 250 trabajadores (art. 91.1 CC grupo Endesa).

Secciones en detrimento de los comités de empresa. El ejemplo más explícito de este planteamiento lo hallamos en el artículo 86.1 del CC del grupo Endesa en el que se reconoce a las Secciones implantadas en el grupo y en sus empresas como «sujetos especialmente privilegiados» en la participación y representación de los intereses laborales, así como en tareas de interlocución social. A este respecto los CC de los Gupos Generali, Endesa e Iberdrola otorgan competencias negociadoras de carácter general más explicitadas en algunos Convenios que en otros¹⁵. El peso otorgado a las competencias negociadoras tiene una cierta relevancia dado que la reforma laboral de 2012 ha debilitado de algún modo la virtualidad de las Secciones Sindicales de grupo teniendo en cuenta que el artículo 87 TRLET, no menciona ya a las Secciones —del grupo o de las empresas integrantes— como sujetos legitimados a tal fin, sino que la legitimación queda en manos del sindicato. De todos modos, entiendo que tal planteamiento no debería de significar una exclusión automática de las Secciones considerando que, al fin de cuentas las Secciones Sindicales son órganos del sindicato y, por ende, cabría aceptar una interpretación favorable a la actuación de la Sección en la negociación colectiva de grupo, siempre que el sindicato —de rama o de federación—, permita esta intervención a la Sección de grupo ya constituida¹⁶.

¹⁵ Destaca a este respecto el CC del grupo Generali (art. 44) que atribuye a las Secciones «la negociación de las condiciones laborales de los trabajadores pertenecientes a las empresas del grupo; así como la negociación de cualquier instrumento o expediente de carácter colectivo que pudiera afectar al empleo o a las condiciones del mismo dentro del ámbito del grupo».

¹⁶ Por lo tanto, estimo que más que una exclusión se trataría de una preferencia o una designación de carácter flexible. De hecho, así lo ha entendido la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 7 de mayo de 2018 (rec 615/2018) al recordar que «Nada obstaría por ello a que el agente negociador designado por el sindicato legitimado fuese la sección sindical constituida en el grupo de empresas o, más en concreto, los representantes de la misma, puesto que tal materia es propia de la autonomía y autoorganización del sindicato, que siempre debe ser conforme a los estatutos del mismo». Y esta posibilidad, a mi juicio sería aplicable tanto a las Secciones Sindicales de grupo que hayan sido reconocidas por Convenio, que como veremos, serían Secciones Sindicales LOLS, como a aquellas que no tengan reconocimiento previo mediante negociación colectiva y sean una mera manifestación del derecho de autoorganización sindical previsto en el artículo 2.2 a) de la LOLS, según el cual las organizaciones sindicales tienen el derecho a «Redactar sus estatutos y reglamentos, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción». Los Estatutos sindicales parecen vislumbrar este amplio derecho a la negociación colectiva ya que, a título de ejemplo, el artículo 15.2 b) 4 de los Estatutos de *la Comissió Obrera Nacional de Catalunya* (CONC), regulador de la Sección Sindical interempresas, señala que estas Secciones disfrutarán de las atribuciones en el «interno» del sindicato, y de los derechos de la LOLS en «los aspectos de negociación colectiva».

No debe olvidarse, por lo demás, que la jurisprudencia ha aceptado la intervención del sindicato en la negociación de empresa, en tácita substitución de la Sección Sindical, como señala la STS de 27 de septiembre de 2017 (rec 121/2016), en la que se acepta la intervención de centrales sindicales en una negociación colectiva de empresa, siempre y cuando los sindicatos tengan presencia mayoritaria en los órganos de representación unitaria y aunque los intervinientes fuesen miembros de los comités. Tácitamente pues, se acepta la substitución de la Sección por el sindicato, ya que es esta la legitimada para la negociación de empresa, de conformidad con lo previsto en el artículo 87.1 TRLET. En conclusión, la Sección Sindical es intercambiable por el sindicato y viceversa.

4.2. La Sección Sindical de sector

El margen de autoorganización de que disponen las centrales sindicales, ha llevado a algún autor a proponer la organización de Secciones Sindicales de sector, una figura que no encaja en los limitados márgenes de la LOLS. La propuesta iría en la línea de reforzar la representación de los centros de trabajo y empresas de pequeña dimensión a nivel de sector o de subsector (Fernández, 2008: 73). Ahora bien, no parece que las Secciones Sindicales de sector tengan mucha virtualidad en tanto en cuanto se me antojan estructuras redundantes con el sindicato de sector, sin olvidar que la Sección suele vincularse al centro, empresa o grupo, pero no más allá de estos ámbitos (Agut, 2004: 36), y es difícil que puedan ser más eficaces que el sindicato en la tarea de revitalización sindical de los trabajadores en entornos, precisamente, poco propicios¹⁷. Por lo demás, la Sección Sindical de sector no constituye base imprescindible para la posterior elección de Delegados Sindicales sectoriales porque en algunos sectores productivos con difícil articulación sindical se ha pactado la elección de Delegados Sindicales, sin necesidad de crear Secciones de alcance supraempresarial.

5. El papel de la negociación colectiva en el reforzamiento de los Delegados Sindicales supraempresariales

Más allá de la intervención de la negociación colectiva en el terreno de las Secciones Sindicales supraempresariales, cabe señalar el papel de los Convenios Colectivos en la regulación de los Delegados Sindicales en ámbitos superiores a la empresa o al centro. En este sentido, se abordará a continuación el papel de la negociación colectiva a la hora de regular la figura de los Delegados Sindicales, para lo que se ha dividido el análisis en tres apartados que abordan otras tantas tipologías: el Delegado Sindical de grupo con Sección de base; el Delegado de grupo sin exigencia de Sección Sindical y, en fin, el Delegado Sindical de sector de actividad.

5.1 Los Delegados escogidos por Secciones Sindicales de grupo pactadas en Convenio Colectivo

Como se ha señalado en el apartado referido a las Secciones Sindicales de grupo, diversos Convenios Colectivos dan carta de naturaleza a las Secciones de grupo a la vez que reconocen el derecho a la designación de Delegados en este ámbito. En este conjunto, destaca en primer lugar el Convenio Colectivo del Grupo

¹⁷ Lo que no significa que dichas estructuras no se prevean en los Estatutos de algunas centrales sindicales como puede verse en la nota número 6 de este artículo.

Generali (art 45) que prevé el derecho de las Secciones a designar a los Delegados Sindicales que correspondan de conformidad al artículo 10 de la LOLS, añadiendo que, entre ellos, las Secciones designaran a un «representante» —lo que podría equivaler a un «primer Delegado»— que sería el interlocutor de la Sección ante las diversas empresas del grupo. Parecería que de este modo se pretende matizar la aparente igualdad entre los Delegados Sindicales escogidos en una Sección, estableciendo, desde el Convenio, una cierta jerarquía entre Delegados, una matización que a mi juicio deberían establecer los Estatutos del sindicato.

Por otra parte, para la determinación del número de Delegados el cómputo de plantilla deberá realizarse a nivel del conjunto de las empresas del grupo. Si no, no tendría sentido la llamada de atención a propósito de la imposibilidad de coexistencia de Secciones del grupo con Secciones Sindicales de ámbito inferior.

Algo diferente es una suerte de segundo modelo en el que parece potenciarse el nombramiento de un amplio volumen de Delegados Sindicales. Este es el caso del Convenio Colectivo del grupo Iberdrola —y también del grupo Endesa— donde los sindicatos que dispongan de una especial implantación —ya señalada en este artículo— podrán constituirse como Secciones de grupo y designar un Delegado Sindical de grupo que representará a las Secciones a todos los efectos, con prerrogativas específicas, y con un amplísimo listado de competencias. En este sentido, se detecta la insistencia ya observada en el Convenio Colectivo del grupo Generali por remarcar una escala de jerarquía entre Delegados. Ahora bien, más allá del nombramiento del Delegado Sindical del grupo, el Convenio prevé el derecho a designar a otros Delegados Sindicales con «representaciones funcionales o territoriales específicas en un número que a todas luces parecería superar el previsto en la escala del artículo 10 LOLS (art. 90.2 CC Grupo Iberdrola). Bastante similar al CC del grupo Iberdrola es el CC del grupo Endesa en el que las secciones con particular implantación a nivel del grupo disfrutarán de un amplio derecho a la elección de Delegados Sindicales, muy por encima de los topes previstos en el artículo 10 LOLS¹⁸.

Con un planteamiento de no tan largo alcance, ejerciendo el papel de «tercer modelo» cabe señalar el Convenio Colectivo del Grupo Primera Plana en el que cabe aprovechar el ámbito del grupo —y por ello, el cómputo de la plantilla de las empresas del grupo en su conjunto— para que las Secciones así constituidas puedan designar Delegados, siempre que se cumpla con los requisitos de la LOLS. De todos modos, el Convenio Colectivo no realza a los Delegados del

¹⁸ A este respecto, el artículo 88 del CC del grupo Endesa prevé la elección de un total de doce Delegados Sindicales estatales que se deberán repartir proporcionalmente los sindicatos con una mínima implantación en el grupo. Asimismo, las Secciones Sindicales con implantación cuentan con la prerrogativa de nombrar Delegados Sindicales adicionales, de alcance regional o autonómico, en volumen muy superior al previsto en la LOLS.

mismo modo que en otros Convenios ya comentados porque, precisamente, la negociación colectiva crea la figura del Comité de grupo con la vocación de ejercer un papel clave en la representación de los trabajadores del grupo.

Se plantea en estos casos si es posible la renuncia a los Delegados de centro o de empresa a cambio de poder escoger Delegados a nivel del grupo de empresas, teniendo en cuenta que algunas voces han subrayado la irrenunciabilidad a la designación de Delegados a nivel de empresa (Agut, 2004: 37). A mi juicio la posibilidad de renuncia se me antoja aceptable ya que el principio de irrenunciabilidad de derechos parece más planteado en clave de relación individual de trabajo que en clave de relación colectiva (art. 3.5 TRLET), sin perjuicio de que la cuestión pueda admitir otras lecturas.

5.2. La potenciación de los Delegados Sindicales de grupo desvinculados de la Sección Sindical

Como se acaba de exponer, la figura de los Delegados Sindicales de grupo puede vincularse a la Sección Sindical de grupo «legitimada» mediante el Convenio Colectivo. Ahora bien, la negociación colectiva mantiene desde hace años la designación de Delegados Sindicales de grupo sin Sección Sindical. Ese es el caso del denominado Delegado Sindical de grupo —también previsto para empresa de estructura compleja— del artículo 83 del Convenio Colectivo de la Industria Química; un Delegado que podrá designarse en todos los grupos de empresas que acrediten más de 100 trabajadores. La designación la llevará a cabo el sindicato de conformidad con sus propias reglas y el derecho se limita a las centrales signatarias del Convenio, a la sazón CCOO y UGT. Se trata de una figura con atribuciones limitadas a la audiencia «en el tratamiento de cuestiones de ámbito superior al centro de trabajo¹⁹ —o al de la empresa, se sobreentiende—. Asimismo, se reconoce al Delegado el derecho de acceso a los centros de trabajo previa comunicación a la empresa y la posibilidad de utilizar horas sindicales, para lo cual deberá obtener la cesión de los representantes unitarios. Ahora bien, salta a la vista que el Delegado Sindical de grupo del Convenio de la Industria Química carece de las potentes atribuciones negociadoras de otros Delegados apoyados en Secciones Sindicales de grupo, lo que en parte es lógico porque en este caso ya existe un Convenio de previa cobertura sectorial, el de la Industria Química, negociado por los sindicatos del sector.

Desde una perspectiva global, se ha de señalar que la figura representa sin duda un «saldo positivo» en lo que concierne a la mejora de la posición de los

¹⁹ A título de ejemplo, no está claro que el Delegado Sindical de grupo pueda ejercer la función de audiencia previa en caso de sanción a trabajadores afiliados a su sindicato (art. 10.3.3. LOLS), aunque razones de sentido común y de protección de la libertad sindical lo aconsejarían. Ahora bien, las decisiones empresariales de carácter sancionador no son una cuestión grupo, sino que se tratará de decisiones que tomarán, en el caso concreto, las empresas del grupo.

sindicatos en el grupo, al tiempo que puede constituir una herramienta de interés en la coordinación de los intereses de los trabajadores, particularmente en los grupos de empresas de mediana dimensión. Incluso puede representar un muy interesante papel en la estimulación de la actividad sindical en el grupo. De hecho, no ha de perderse de vista que en perspectiva histórica el planteamiento del Convenio de la Industria Química ha mejorado la posición del sindicato ya que, en versiones más antiguas, el Delegado Sindical de Convenio era un simple Delegado intercentros (Del Rey *et al.*, 2003: 1004 y 1007).

Abundando en las ventajas, un análisis del texto permite deducir que cabría la designación del Delegado Sindical incluso cuando no exista representación unitaria en las empresas del grupo. Además, el esquema de la designación por parte del sindicato nos acerca a otros modelos, como el francés, que remarca al Delegado en su condición de «representante del sindicato en la empresa» (Auzero *et al.*, 2019: 1381-1382), al tiempo que el Convenio rompe con una suerte de «principio democrático o participativo» seguido por el artículo 8.1 LOLS basado en un sistema de elección mediante decisión de los trabajadores afiliados al sindicato en el centro de trabajo o en la empresa. De todos modos, las dificultades a la hora de articular la elección por parte de los afiliados presentes en la plantilla del «grupo» justificaría la solución de una designación a cargo del sindicato.

Asimismo, otro elemento a destacar está relacionado con la incompatibilidad del Delegado de grupo —o Delegado interempresas en el lenguaje del Convenio de la Industria Química— con la posibilidad de designar Delegados Sindicales Intercentros o de empresas complejas. Tal solución pone en evidencia que nos hallamos ante una figura de interés en empresas de mediana dimensión ya que, si en el grupo hay más de una empresa que supere los 250 trabajadores, la aplicación directa de la LOLS permitirá a los sindicatos la designación de un mayor volumen de Delegados Sindicales, con el inconveniente de que no se tratará de Delegados de grupo, sino de empresa. En este sentido, lo realmente interesante de la figura sería la aceptación simultánea del Delegado único de grupo junto con los Delegados a designar desde las empresas, cosa que actualmente no sucede.

Por lo demás, la no exigencia de Secciones Sindicales de base para la designación del Delegado merece una lectura ambivalente ya que, por una parte, no existirá un condicionante para el funcionamiento y la designación del Delegado pero a su vez, la falta de Sección Sindical tiene el defecto de no favorecer el desarrollo de actividad y de política sindical en la empresa²⁰.

²⁰ En este sentido, es evidente que la obligación de constituir Secciones Sindicales de grupo contribuiría a estimular la acción sindical en el conjunto de las empresas del grupo y favorecería la afiliación sindical.

En fin, en la misma línea que el Delegado de grupo del Convenio de la Industria Química, el II Convenio Colectivo del sector de *Contact Center* (art. 78)²¹ prevé una figura de recorrido probablemente menor: el Delegado Sindical de las Uniones Temporales de Empresas que puedan constituirse en el sector, siempre que la UTE cuente con más de 100 trabajadores de plantilla, Delegados que podrán ser nombrados por el Sindicato. *Grosso modo*, la figura es muy similar a la prevista en el Convenio de la Industria Química, si bien en este caso se atribuye a los Delegados de la UTE las competencias que el artículo 10 de la LOLS otorga a los Delegados designados conforme a la LOLS, limitándose su crédito a quince horas mensuales.

5.3. Los Delegados Sectoriales

Evidentemente, la LOLS no regula la figura de los Delegados Sindicales de sector pero sí que aborda tímidamente una cierta capacidad de actuación los representantes electivos de los sindicatos más representativos a nivel sectorial o de federación, mediante la regulación de su derecho de acceso a centros de trabajo, recogida en el artículo 9.1 c] LOLS²². Ciertamente, los márgenes del artículo 9.1 c] LOLS van poco más allá del derecho de acceso a los centros de trabajo y la participación en reuniones o asambleas de trabajadores fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad productiva. Ahora bien, algunos autores (Fernández, 2008: 77) ha analizado a fondo las posibilidades del artículo 9.1 c] LOLS para exigir consecuencias de cierto peso como son el derecho del cargo sindical a exigir una mínima interlocución con la empresa en ocasión de las visitas, así como la participación en actividades que no sean de mero proselitismo. La cuestión tiene una notable relevancia, si tenemos en cuenta algunas actitudes empresariales que retuercen al máximo la interpretación de la Ley para limitar la eficacia del derecho de acceso de la LOLS²³. Además, el artículo 9.1 c] LOLS puede inspirar regulaciones de mayor peso por parte de la negociación colectiva, que irían en la línea de articular la acción sindical no solo de la mediana y gran empresa. A este respecto, el artículo 9.1 c] LOLS y la negociación colectiva pueden ser un instrumento encaminado a que el sindicato fomente la cohesión en entornos con dificultad para articular estructuras de representación de los trabajadores (Fernández, 2008: 71).

²¹ Publicado mediante Resolución de la Dirección General de Empleo de 29 de junio de 2017, BOE, del 12 de julio.

²² Téngase en cuenta que este derecho de acceso a los centros se limita a cargos electivos, de alcance provincial y de sindicatos más representativos, de modo que su virtualidad es bastante limitada.

²³ Al respecto, es muy significativa la STSJ de Canarias de 29 de septiembre de 2009 (rec 1707/2008), en la que la empresa pretende impedir el acceso del cargo sindical al comedor para informar colectivamente a los trabajadores durante la hora de la comida porque no es posible, según la empresa, participar en asambleas de trabajadores, de conformidad con el Convenio Colectivo aplicable a la empresa.

Ahora bien, más allá de las posibilidades de intervención sindical derivadas del artículo 9.1 c) LOLS, el III Convenio Colectivo de ámbito estatal regulador de las relaciones entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan servicios en las mismas²⁴, y el Convenio Colectivo del personal al servicio de Salas de Fiestas recogen sendos ejemplos de Delegado Sindical de sector²⁵, —respectivamente, artículos 39.3 y 27—, opción que estaría vinculada al reconocimiento de capacidad de actuación a los sindicatos más representativos del sector, con el impulso en el caso del Convenio de producción audiovisual, de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine²⁶. La figura parte del reconocimiento de la necesidad de «posibilitar la representación sindical a todos/as los trabajadores/as del sector», de manera que ante la frecuente falta de representación legal de los trabajadores en las empresas de los mencionados sectores²⁷, el Convenio otorga a los sindicatos más representativos las funciones de representación sindical, con la posibilidad de designar diversos —nueve en el sector audiovisual y diez en el sector de Salas de Fiesta— Delegados Sindicales sectoriales²⁸ «profesionales»²⁹, a los que el Convenio Colectivo reconoce potestades específicas en materia de información y de audiencia ante decisiones empresariales de carácter colectivo, siempre y cuando en el ámbito productivo no existan representantes legales de los trabajadores. En suma, se reconoce a los Delegados las facultades del artículo 10.3 1.º y 3.º de la LOLS, aunque por otra vía, se les atribuye también el derecho de acceso a los rodajes en la línea del artículo 9.1 c) LOLS o el derecho a acceder a otra documentación de manera indirecta³⁰.

²⁴ Publicado mediante la Resolución de la Dirección General de Empleo de 3 de mayo de 2016, BOE de 16 de mayo.

²⁵ Con vigencia prevista hasta diciembre de 2014, no parece haber sido denunciado porque sigue negociándose la actualización de tablas salariales. Se trata de un Convenio publicado por la Resolución de la Dirección General de Empleo de 26 de abril de 2012 (BOE de 18 de mayo de 2012).

²⁶ La disposición adicional octava de dicha Ley establece la posibilidad de que se establezcan sistemas o procedimientos de representación a través de representantes sindicales o de carácter bipartito, dirigidas a promover el cumplimiento de la normativa laboral y social en el sector del cine. De todos modos, no parece que el apoyo legal sea imprescindible porque otros sectores han impulsado el nombramiento de Delegados supraempresariales.

²⁷ Una de las circunstancias aducidas para impulsar el nombramiento de estos Delegados está en la corta duración de los proyectos audiovisuales y espectáculos públicos, a menudo inferior a seis meses, lo que dificulta la realización de procesos de elección de representantes de trabajadores.

²⁸ De todos modos, el Convenio del sector de producción audiovisual a través de una regulación un tanto ambigua prevé que los sindicatos más representativos a nivel estatal puedan ceder parte de su representación —un total de tres puestos— a sindicatos profesionales a nivel de sector.

²⁹ El CC de producción audiovisual señala que los Delegados deberán ser personal ajeno a la producción de que se trate. Algo parecido se apunta en el caso del CC de personal de Salas de Fiestas donde se señala que serán personal ajeno a la empresa de que se trate, de lo que cabría deducir que se trata de personal de plantilla de las centrales sindicales.

³⁰ El artículo 39 del Convenio Colectivo adolece de una sistemática bastante deficiente ya que reconoce expresamente algunos derechos a los Delegados de Sector, a la vez que otros derechos son reconocidos a los Sindicatos más representativos (art. 39.1 CC), que hacen las veces de «Sección Sin-

Con mayor ambigüedad y escasa regulación³¹ el Convenio Colectivo del sector de Pastas Alimenticias³² sigue contemplando la figura del Delegado Sindical de sector, que tendrá derecho a nombrar cada una de las centrales sindicales más representativas entre el personal del sector, y que tendrá derecho a acumular horas sindicales no utilizadas por representantes a nivel de centro.

6. Conclusiones

Tras el análisis contrastado de la LOLS con los Convenios Colectivos objeto de análisis se concluye que la Sección Sindical por su versatilidad es una estructura de notable interés de cara a la mejora de la representación de los trabajadores en ámbitos productivos singulares —especialmente en los grupos de empresas—, sin perjuicio de que la posibilidad de constituir Secciones de grupo debe preverse en los Estatutos del sindicato.

En este sentido, el Convenio Colectivo es clave a la hora de garantizar la virtualidad de las Secciones Sindicales de grupo y del acceso a las prerrogativas previstas en la Ley para las Secciones Sindicales de empresa o de centro de trabajo. En este punto cabría excepcionar las competencias en materia de negociación colectiva, un ámbito en el que la Sección puede actuar en tanto que sujeto integrado en una organización sindical de alcance superior.

En lo que concierne a la posibilidad de constituir Secciones Sindicales sectoriales —más allá de grupo de empresas— y a su utilidad como espacio de representación de los trabajadores, se trata de una figura redundante, que a mi juicio se solapa con el sindicato y de la que no se deduce la misma utilidad que las Secciones de grupo de empresa.

Respecto a los Delegados Sindicales supraempresariales, el análisis de la negociación colectiva permite detectar al menos una triple tipología: los Delegados Sindicales de grupo escogidos en el marco de Secciones Sindicales del mismo alcance; los Delegados Sindicales de grupo sin previa constitución de Sección de grupo y, en fin, la figura del Delegado Sindical de Sector. Los tres modelos tienen un notable interés porque van en la línea de reforzar la representación de los trabajadores en entornos productivos más allá de la empresa, al tiempo que visibilizan la presencia del sindicato. Ahora bien, llaman la atención las notables diferencias entre los mismos.

dical de sector», si bien todo hace pensar que el ejercicio de esos derechos va a quedar en manos de los Delegados de Sector.

³¹ El Convenio Colectivo no introduce clarificación alguna sobre el ámbito competencial del Delegado Sindical de sector, más allá de regular la compensación entre empresas por el uso de crédito sindical correspondiente a las empresas del sector.

³² Resolución de la Dirección General de Empleo de 1 de febrero de 2012, BOE de 12 de febrero.

Destacan por su interés el planteamiento de algunos Convenios de grupo en los que se potencia la visibilidad del sindicato mediante la elección de un número elevado de Delegados, en volumen claramente superior a la escala máxima del artículo 10 LOLS. Asimismo, por su carácter singularmente innovador cabe subrayar la figura del Delegado Sindical sectorial, una excelente herramienta para resolver graves carencias representativas en sectores cuyas circunstancias productivas, imposibilitan la constitución de órganos unitarios.

7. Bibliografía

- AGUT GARCIA, Carmen (2004): *La sección sindical*. Albacete: Bomarzo.
- AUZERO, Gilles.; Baugard, Dirk. Y Dockès, Emmanuel (2019): *Droit du travail*, Paris: Dalloz.
- DEL REY GUANTER, S. (dir.) y GALA DURÁN, Carolina y LUQUE PARRA, Manuel, (coords.) (2003): *El estado actual de la negociación colectiva en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda (2008): «Sobre la representación en las pequeñas y microempresas en el marco de la legislación española», en AA.VV.: *Representación y libertad sindical. Presente y futuro*. Madrid: Comisión Ejecutiva Confederal UGT, 57-84.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, David (2018): «La representación sindical de los trabajadores en las empresas dispersas: una visión a propósito de su constitución y su composición, y la instrumentalización de sus derechos desde la negociación colectiva (2017-2018)», *Información Laboral*, 12, 245-265.
- LAHERA FORTEZA, Jesús (2015): «Reformas y alternativas a la representatividad sindical en España», en AA.VV.: *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*. Madrid, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 191-207.
- MEJÍAS GARCÍA, Ana María (2015): «La Libertad de auto-organización sindical y la designación de Delegados Sindicales/LOLS tras las sentencias del Tribunal Supremo», en AA.VV.: *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*. Madrid: Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 285-295.
- MERINO SEGOVIA, Amparo (2005): *La legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general*. Albacete: Bomarzo.
- NIETO ROJAS, Patricia (2015): *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- VIVERO SERRANO, Juan Bautista (2017): «La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 194, 1-30, versión electrónica consultada a través de Aranzadi Instituciones, referencia BIB 2017/10812.
- YSÁS MOLINERO, Helena (2018): «Reflexiones sobre el comité conjunto o cómo reestructurar los órganos unitarios para mejorar la cobertura representativa en las empresas», comunicación presentada al XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Publicada en AA.VV.: *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*. Madrid: Editorial Cinca (CD adjunto al libro), 1-22.

GERENCIALISMO A LA VASCA: UN ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LA «NUEVA CULTURA DE EMPRESA»

*Basque Style Managerialism: A Discourse Analysis of the
«New Enterprise Culture»*

CARLOS J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Las ideologías gerenciales son una de las manifestaciones más características de nuestra época. En un contexto neoliberal donde la globalización de los mercados, las nuevas tecnologías y la creciente intensificación de la competencia son vistos como importantes desafíos empresariales, la necesidad de mejorar los procesos de gestión e implicar cada vez más tanto a directivos como a empleados en la buena marcha de las empresas se ha convertido en la piedra angular del discurso empresarial contemporáneo. Esto exige nuevas políticas empresariales que se están difundiendo por todas partes, incluyendo por supuesto a Euskadi. En este territorio, la «Nueva Cultura de Empresa» impulsada por la patronal guipuzcoana ADEGI se está instalando en muchas empresas. En este artículo, el objetivo será el de analizar el discurso asociado a esta nueva cultura gerencial y sus implicaciones en el terreno de la representación de los trabajadores y la configuración del sistema de relaciones laborales.

Palabras clave: gerencialismo, management, Euskadi, relaciones laborales, sindicatos

ABSTRACT

Management ideologies are one of the most remarkable features of our age. In a neoliberal context where globalization of markets, new technologies and the intensification of competition are perceived as important challenges for business, the need to improve management processes as well as involve both managers and employees in the performance of corporations has become the cornerstone of contemporary business discourse. This requires new business policies that are spreading everywhere, including the Basque Country. In this territory, the «New Enterprise Culture» promoted by the Guipuzcoan employers' association ADEGI has been adopted by many firms. In this article, the goal will be to analyse the discourse associated with this new managerial culture, as well as its implications in terms of worker representation and the configuration of the employment relations system.

Keywords: managerialism, management, Basque Country, industrial relations, trade unions

* **Correspondencia a:** Carlos J. Fernández Rodríguez. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Autónoma de Madrid, c/Francisco Tomás y valiente, 5, 28049-Madrid. – carlos.fernandez@uam.es – <https://orcid.org/0000-0002-2959-8195>

Cómo citar: Fernández Rodríguez, Carlos J. (2019). «Gerencialismo a la vasca: un análisis del discurso de la “nueva cultura de empresa”»; *Lan Harremanak*, 41, 231-259. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20788>).

Recibido: 25 abril, 2019; aceptado: 20 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

SUMARIO

1. Introducción.—2. El discurso del management contemporáneo: ideas principales.—3. La «nueva cultura de empresa» de ADEGI y su modelo de relaciones laborales. 3.1. Un contexto muy concreto: crisis económica y soluciones neoliberales. 3.2. La «Nueva Cultura de Empresa»: de PwC a las propuestas de ADEGI. 3.3. La «Nueva Cultura de Empresa», ADEGI y el Gobierno Vasco.—4. Conclusiones.—5. Bibliografía

1. Introducción¹

Las ideologías gerenciales son una de las manifestaciones más características de nuestra época. En un contexto histórico caracterizado por la globalización de los mercados, el desarrollo de las nuevas tecnologías y la creciente intensificación de la competencia empresarial, y en el que la hegemonía ideológica se encuentra claramente anclada en los valores del neoliberalismo, la necesidad de mejorar los procesos de gestión e implicar cada vez más tanto a directivos como a empleados en la buena marcha de las empresas se ha convertido en la piedra angular del discurso empresarial contemporáneo. Este discurso, también conocido como discurso gerencial o discurso del *management* (y al que se han dedicado numerosas investigaciones académicas: ver por ejemplo Enteman, 1993; Collins, 2000; Parker, 2002; Gantman, 2005; Fernández Rodríguez, 2007; du Gay, 2012; Alonso y Fernández Rodríguez, 2013a, 2013b y 2018; Klikauer, 2015; Fernández Rodríguez y Medina-Vicent, 2017), aunque desarrollado en su configuración primordial en el mundo de los negocios anglosajón, se ha difundido y extendido a lo largo y ancho del globo, influyendo de forma creciente no solamente en la forma en que las corporaciones definen su actividad en los mercados y configuran la organización del trabajo, sino incluso en la manera en que se reforman los servicios públicos, el mercado de trabajo o las políticas sociales.

¹ Este artículo se basa en una investigación, encargada y financiada por el sindicato ELA, para explorar las características y contenidos de la denominada «Nueva Cultura de Empresa». Dicha investigación dio lugar a un informe, entregado en abril de 2019, y publicado por la Fundación Manu Robles-Arangiz. Para el desarrollo de la versión final del texto también se ha contado con el apoyo del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades con referencia PGC2018-097200-B-I00. Quiero agradecer a Unai Oñederra y Jon Las Heras sus comentarios en fases anteriores de la investigación.

Las ideologías gerenciales no son únicamente descripciones de cómo los empresarios ven el mundo, sino auténticas *políticas* que, una vez implantadas, modifican de forma profunda el funcionamiento de las organizaciones, instituciones y mercados, por supuesto en favor de los intereses empresariales. Impulsan, así, una mercantilización creciente en todos los aspectos de la vida social, contribuyendo a reforzar el paradigma neoliberal en el que estamos instalados, y justificando las nuevas relaciones de poder existentes. Por su extraordinaria influencia en los avatares políticos y socioeconómicos de nuestro tiempo, y por representar una de las manifestaciones más prototípicas de lo que serían los «discursos del presente» (Alonso y Fernández Rodríguez, 2013a), desde luego merece la pena que la investigación en ciencias sociales siga prestando atención a estas ideas en sus diversas manifestaciones.

En el caso que nos ocupa aquí, el objetivo de este artículo es el de dar cuenta de una de dichas manifestaciones del discurso del *management* o «discurso de la empresa» que está teniendo lugar en un espacio muy concreto: Euskadi. En la última década, se ha desarrollado de forma progresiva por parte de las patronales vascas un nuevo instrumento estrechamente vinculado con las ideologías gerenciales: la llamada «Nueva Cultura de Empresa», impulsada por la patronal guipuzcoana ADEGI (Asociación de empresas de Gipuzkoa), y que supone una forma novedosa de adaptación de los principios básicos del gerencialismo a un contexto muy concreto, como es el de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), marcada por un sistema de relaciones laborales diferenciado del marco español. Para ello, este trabajo se va a dividir en tres secciones. En la primera, lo que se va a presentar es un análisis somero de las principales ideas de este discurso de la empresa en su versión más contemporánea, describiendo los principales conceptos que maneja y sus prescripciones para el mundo de las organizaciones (y por supuesto para aquellos que trabajan en las mismas). En segundo lugar, haremos un análisis de la ya señalada «Nueva Cultura de Empresa», como ejemplo representativo de este tipo de nuevas políticas empresariales inspiradas en el discurso del *management* más reciente. Finalmente, en una sección de discusión se reflexionará sobre el impacto de dichas políticas en las relaciones laborales de la CAPV y las implicaciones que estas nuevas ideologías gerenciales pueden tener en la configuración de los sistemas de relaciones industriales contemporáneos.

2. El discurso del *management* contemporáneo: ideas principales

¿Qué es el discurso del *management* o discurso gerencial? Para aproximarnos a esta cuestión, es imprescindible que tengamos presente un elemento que, de manera sutil pero intensa, ha contribuido a su consolidación: el uso de ciertas palabras, de términos concretos, de un nuevo lenguaje, casi una «neolengua» (Willmott, 2007). Los trabajadores en las organizaciones contemporáneas, especialmente aquellos con cierta cualificación, se ven expuestos en su centro de tra-

bajo, de forma ocasional o recurrente, a ser interpelados por un discurso muy peculiar, que emana de la dirección de la empresa y que está plagado de conceptos que han hecho fortuna: términos como emprendedor, iniciativa, empatía o liderazgo han pasado a formar parte del imaginario del trabajo contemporáneo, y la referencia a que «tenemos que gestionar mejor» como único horizonte futuro se ha convertido en un auténtico mantra repetido hasta la extenuación por corporaciones, expertos, políticos y representantes institucionales de la gobernanza económica y financiera (Micklethwait y Wooldridge, 1998; Collins, 2000; Fernández Rodríguez, 2007; Alonso y Fernández Rodríguez, 2013a, 2013b y 2018). Es imprescindible, de acuerdo con este discurso, facilitar que las empresas sean competitivas en un mercado cada vez más globalizado e inestable, lo que significa que tanto los individuos como la sociedad deben asumir la necesidad de afrontar cambios profundos que permitan la supervivencia de sus negocios y mercados. Y ello evidentemente va a suponer, por ejemplo, que se promuevan nuevas formas de gestión tanto de lo público como de lo privado (du Gay, 2012) y, sobre todo, prácticas más intensas y comprometidas. Si bien estas últimas han formado siempre una parte del corpus central de las ideologías empresariales, recientemente han adquirido incluso más visibilidad, gracias a la incorporación de nuevos dispositivos tecnológicos que permiten medir, de forma más sofisticada, el rendimiento en el trabajo.

El gerencialismo representaría lo que algunos autores como Luc Boltanski y Ève Chiapello (2002) han denominado el *nuevo espíritu del capitalismo*, u otros como Laval y Dardot (2013), una de las manifestaciones de la *nueva razón del mundo* neoliberal. Ese nuevo espíritu del capitalismo sería la ideología que justifica y hace atractivo el compromiso de las personas con el sistema capitalista y el trabajo en la empresa en el contexto contemporáneo, el cual difiere significativamente de la organización burocrática weberiana que impulsó el capitalismo industrial de la postguerra y los «treinta años gloriosos» (Alonso y Fernández Rodríguez, 2013a). El capitalismo neoliberal descansa sobre otros valores, pues en el escenario de la globalización ya no se necesita una planificación racional y a largo plazo de la producción, que exigía una enorme estabilidad en los factores productivos (controlada mediante una regulación extensa de la economía y una paz social relativa ganada a partir del diálogo social); para ser exitoso en los mercados de la globalización, turbulentos no solamente por la rápida circulación de los capitales y la financiarización de la economía, sino por los gustos cambiantes de unos consumidores cada vez más segmentados en preferencias y rentas, se necesita de forma insoslayable una gestión flexible, que descansa sobre la reorganización veloz de los procesos de trabajo, la adaptación veloz a nuevos canales y tecnologías, el uso intensivo del marketing y la comunicación y la capacidad de responder con celeridad a cambios en los gustos de los consumidores (Lash y Urry, 1987; Harvey, 2007; Alonso y Martínez Lucio, 2006; Alonso y Fernández Rodríguez, 2013a). Así, el compromiso tanto de gestores como de empleados es

imprescindible, ya que deben ser receptivos a cambiar de un día para otro sus condiciones de trabajo (lo que hacen, cómo lo hacen, dónde lo hacen), a aportar ideas e información, a formarse y actualizar sus conocimientos, a asumir cargas de trabajo inesperadas, y todo ello sin garantías de éxito y con una enorme incertidumbre de fondo. Esto requiere, evidentemente, una enorme motivación y entusiasmo por parte de la plantilla, un verdadero autodisciplinamiento (Revilla y Tovar Martínez, 2011) que evite el conflicto en el espacio de trabajo y acreciente la productividad y capacidad de adaptación de la plantilla. ¿Cómo persuadir a los empleados de las corporaciones de que es necesario implicarse más, asumir riesgos de los que antes, por el marco laboral y la cultura empresarial existente durante el fordismo, habían estado más o menos protegidos? Pues se hace desarrollando un nuevo diagnóstico de la situación existente, en el que se reconstruye la narrativa en torno a cómo funciona el mundo y que permita transformar la angustia asociada a la incertidumbre y el riesgo en una posibilidad de éxito profesional y personal (Boltanski y Chiapello, 2002). Este discurso gerencial se construirá a partir de las ideas de diferentes expertos presentes en algunas instituciones centrales en la generación de conocimiento sobre la empresa, y a las que se aludirá posteriormente.

¿Cuáles son las claves de esta narrativa o discurso que asociaríamos al gerencialismo contemporáneo? Consiste en describir una realidad que, aunque relativamente reciente, ya está plenamente instalada entre nosotros, y en la que están presentes una serie de tendencias que es más que probable que sigan intensificándose en el futuro. En lugar de hacer énfasis en los riesgos de este nuevo escenario, lo que se trata es de desarrollar un *storytelling* que enfatice los elementos positivos de la nueva situación. De este modo, y tal como se ha señalado en algunos trabajos anteriores (ver Fernández Rodríguez, 2007; Alonso y Fernández Rodríguez, 2013a y 2018), aunque el pasado fuese plácido y seguro, y el presente sea inseguro y desafiante, podemos afrontar un futuro con garantías si somos capaces de asumir la necesidad del cambio organizacional y personal y aceptamos que la fluidez es el nuevo estado de las cosas. Directivos y trabajadores deben asumir así el cambio, y no echar de menos la seguridad de tiempos pretéritos; la actitud correcta es la de rechazar ese pasado de seguridad por plúmbeo y falto de dinamismo, y apostar por nuevos retos que exigen, evidentemente, mayor compromiso y flexibilidad. Adiós a los horarios, las rutinas y la estabilidad: es imprescindible acometer nuevas tareas, reciclarse, ser móvil y dinámico, y tener la capacidad de, en todo momento, satisfacer las necesidades de un cliente cada vez más caprichoso y exigente (Fernández Rodríguez, 2007).

Trastocar y reorganizar la empresa para adaptarse a ese cliente-rey que quiere productos cada vez más sofisticados y a mejor precio, y que además desea y quiere satisfacer dicho deseo de forma inmediata, es el reto central al que se enfrentan los gestores hoy en día. ¿Cómo hacerlo? Flexibilizando la organización al máximo, convirtiéndola en poco más que flujos de trabajo interconectados en continua re-

visión e interconexión (Boltanski y Chiapello, 2002). La empresa en red, paradigma organizacional contemporáneo, es una organización fundamentalmente antiburocrática, despojada de límites y regulaciones, que *empodera* a los trabajadores con el objetivo de convertirlos en *intraemprendedores* (empleados que actúan como auténticos empresarios de sí mismos: ver Santos Ortega y Muñoz-Rodríguez, 2018), delegando responsabilidades en ellos con el fin de que estos asuman parte de los riesgos inherentes a la actividad empresarial. Así, por una parte, deberíamos comportarnos como emprendedores, que son de alguna manera los «héroes» de nuestro tiempo, el modelo social a seguir: deberíamos de hecho poner en marcha una empresa y, así, generar riqueza y trabajo. De hecho, las políticas de empleo se están orientando a combatir el desempleo fomentando la creación de *start-ups*, siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea cuyo modelo social europeo descansa, en la actualidad, en estrategias basadas en la activación personal, el emprendimiento y la flexiguridad (ver Keune y Serrano Pascual, 2014). No obstante, y si pese a ello no lo hacemos, al menos nuestro comportamiento como empleados debería seguir unas pautas de dedicación, esfuerzo y compromiso similares a las que tendríamos si el negocio fuese nuestro, adquiriendo nuevas competencias y siendo creativo e innovador para ayudar a que la empresa encuentre nuevos nichos de negocio y formas novedosas de incrementar la tasa de beneficio en diferentes ámbitos del proceso productivo.

Ello tiene importantes implicaciones en el clima laboral: lo positivo sería asumir ese rol del emprendedor, mostrando entusiasmo por el trabajo que realizamos y convirtiéndonos, en nuestro comportamiento cotidiano y en todas las facetas de la vida, en auténticos empresarios de nosotros mismos; lo negativo sería actuar contra ese entusiasmo, contra la flexibilidad, contra el compromiso. Lo negativo para la empresa serían así los burócratas, los acomodados y, particularmente, los sindicalistas, que con sus continuas reivindicaciones y amor por la regulación, entorpecen el funcionamiento adecuado de los negocios. Por tanto, un objetivo clave de los gerentes deberá ser el de generar las condiciones para que esos trabajadores motivados se conviertan en el centro de la organización, marginando o deshaciéndose de elementos molestos. Y al mismo tiempo, desde las patronales se tratará de influir en los gobiernos para reformar, en profundidad, la legislación laboral y la negociación colectiva, con el fin de dar más fuerza al empresario a la hora de decidir, de forma unilateral, cuáles van a ser las condiciones laborales (apostando además por una fragmentación de las relaciones de empleo al perseguir contratos lo más individualizados posible). Para ello, se va a demonizar a los sindicatos con diversas estrategias, presentando a estas instituciones representativas de los intereses de los trabajadores como anacrónicas, anticuadas, pertenecientes a otros tiempos, una auténtica reliquia del pasado sin apoyos reales, a las que han abandonado los jóvenes y que deben excluirse del mundo laboral por su freno a la flexibilidad que exige el trabajo contemporáneo (sobre todas estas cuestiones, ver Fernández Rodríguez, 2007).

Y es que la empresa debe estar formada por personal extremadamente motivado, preocupado exclusivamente por su desempeño individual, y cuyos vínculos con la organización trasciendan el marco formal de la relación laboral: existirá así, o al menos este debería ser el objetivo, una adscripción emocional, en el que la identificación con la firma por parte del empleado debería ser total, hasta el punto en que se convierte casi en nuestra familia: se trata de la denominada «cultura de empresa», fomentada en las grandes empresas japonesas pero acogida con entusiasmo también en otros contextos, y en la que la empresa pasa a «tratarnos bien», pues felicita el cumpleaños a los empleados, invita a una cena de empresa por Navidad, organiza actividades lúdicas con jefes y compañeros, cuenta con un *coach* que nos asesora y diseña actividades para afrontar el estrés, etc. Toda esta labor de «hacer feliz al empleado» se desarrolla en el marco de esta nueva cultura empresarial que va a demandar a cambio máximo compromiso por parte de los empleados de la organización. Esta «cultura de empresa» requerirá, para su consolidación, contar con un nuevo tipo de *manager*, un «líder carismático», que busca convencer más que ordenar, siendo exigente, pero también tolerante, y cuya ambigua gestión «postmoderna» descansará en «valores» (*ibid.*, 2007).

¿Cómo se difunden estas ideas y visiones? Como se ha señalado en diversos trabajos, hay una red de instituciones y actores que colaboran en la construcción y difusión de esta mirada al mundo empresarial y los valores asociados a la misma (Mazza y Álvarez, 2000; Fernández Rodríguez, 2013; Dundon y Rafferty, 2018). Por ejemplo, las escuelas de negocios o *business schools*, un espacio en el que se forman la mayoría de las élites directivas internacionales: son centros muy importantes en términos de educación superior especializada para directivos, porque no solo proporcionan un conocimiento técnico para los ejecutivos, necesario para el desempeño de sus tareas cotidianas, sino sobre todo transmiten de forma implícita o explícita unos valores morales en relación al trabajo y al comportamiento deseado y esperado de las personas (Wedlin, 2006). Estas escuelas han proliferado a lo largo de las últimas décadas, y el territorio español no es una excepción, con ejemplos bien conocidos como ESADE, IESE, ESIC, Deusto o el Instituto de Empresa (hoy conocido como IE Business School) (Fernández Rodríguez y Gantman, 2011). Las más conocidas de estas escuelas, en su mayoría instituciones norteamericanas de élite (Harvard, Columbia, Chicago, Wharton) tienen un papel clave al contribuir al desarrollo de teorías gerenciales que —de forma progresiva y siguiendo una dinámica de lo que DiMaggio y Powell (1983) definen como *isomorfismo institucional*— se propagan y terminan incorporadas a los programas académicos del resto de las escuelas de negocios, contribuyendo a que directivos de distintos espacios geográficos y orígenes culturales se familiaricen y hagan suya una mirada muy particular (e influida por una perspectiva muy anglosajona) del funcionamiento de las empresas. Otra institución muy relevante en la cristalización del discurso empresarial son las grandes empresas de consultoría, como las muy conocidas KPMG,

Deloitte, Ernst & Young, McKinsey o PriceWaterhouseCoopers (PwC). Todas estas firmas, centradas en un modelo de negocio basado en el asesoramiento a empresas, son enormemente influyentes: sus demandados informes, sean para empresas o para gobiernos, marcan una línea de actuación siempre orientada a proteger los intereses empresariales, y que se inspira en las principales ideas del discurso del *management* (Kipping y Engwall, 2002).

Otro actor muy importante en la difusión del discurso gerencial va a ser el representado por los denominados expertos en gestión o gurús del *management*, en cuyos libros exhortan a directivos y empleados a la aceptación y adopción de las nuevas lógicas de gestión. Lo que los gurús proponen es poner en práctica nuevas medidas en las empresas que las llevarán al éxito y, en algunos casos, proporcionarán además recetas para el éxito personal en el mundo de los negocios (Huczinsky, 1993; Collins, 2000; Fernández Rodríguez, 2007). Son muchas las teorías gerenciales que han alcanzado popularidad a lo largo de los años (inteligencia emocional, reingeniería de procesos, creación de valor para el accionista, etc.) y, además de eminentes figuras internacionales de gran influencia (Tom Peters, Peter Drucker, Michael Porter, Rosabeth Moss Kanter, C.K. Prahalad), también han tenido un papel importante otras a un nivel más local. Por ejemplo, en el caso de Euskadi, cuenta de hecho con algunos gurús autóctonos, como José Ignacio López de Arriortúa, conocido en su época de gloria en la industria del automóvil como *Superlópez*, hoy consultor empresarial; o Koldo Saratxaga, de la empresa vasca *K2K emocionando*, cuyos textos relatan, siempre con gran emoción y pasión, transformaciones empresariales que tienen como objetivo poner en el centro «a las personas» (ver Saratxaga, 2007). Así, el esfuerzo combinado de todos estos canales, a los que podemos sumar otros (*think tanks*, prensa económica) contribuye a la popularización de las ideas gerenciales entre los cuadros directivos de las empresas, y a la aparición de nuevas prácticas de gestión distintas. En este nuevo estilo de gestión, el poder se va a ejercer de forma distinta: el mando se va a ejercer de forma más sutil, con apelaciones continuas a los intereses compartidos, con muchas referencias a lo emocional como pegamento de la organización, y a priori con formas suaves —el *soft management*, al que han aludido grandes figuras del pensamiento como Bourdieu (1998) o Deleuze (1999)—, que contrastan con el estilo autoritario de los *managers* de época pretéritas. Los centros de trabajo acogerán nuevas figuras como la del *coach*, una especie de «entrenador» que asesora de forma individualizada a los directivos sobre su «gestión de las emociones», y nuevas prácticas (*mindfulness* etc.) tanto para relajarse como para fortalecer los equipos de trabajo. Estas prácticas se convertirán en habituales en las organizaciones con el objetivo de favorecer un cambio cultural en la organización: esto es, que por fin se instale en la empresa una nueva cultura organizativa, seductora, basada en el compromiso y la confianza, y en la que los intermediarios entre capital y trabajo no tengan razón de existir, lo que supone evidentemente una amenaza muy importante para los sindicatos.

Un ejemplo casi paradigmático de estas nuevas prácticas empresariales que tratan de perseguir un cambio cultural radical es la ya citada «Nueva Cultura de Empresa» que se está implantando en el ámbito de la CAPV. Promovida por la patronal guipuzcoana ADEGI, se ha convertido en el santo y seña de un nuevo enfoque de las relaciones laborales en el País Vasco, asumido tanto por Confebask como por el Gobierno Vasco del PNV liderado por el lehendakari Urkullu. Esta nueva filosofía gerencial no solamente recoge el nuevo espíritu del gerencialismo contemporáneo, sino que además representa una ruptura considerable respecto al modelo tradicional de relaciones laborales vascas. Por ello, es importante comprender qué valores están detrás de dicha filosofía de gestión, y qué implicaría para el conjunto de los trabajadores vascos —y para el modelo sindical en Euskadi— que dicha cultura de empresa se implantase. A ello dedicaremos el análisis pormenorizado que se presenta en la siguiente sección.

3. La «nueva cultura de empresa» de ADEGI y su modelo de relaciones laborales

3.1. Un contexto muy concreto: crisis económica y soluciones neoliberales

Para comprender la génesis de esta «Nueva Cultura de Empresa», es preciso retroceder unos años para entender el contexto en el que aflora. Y que no es otro que el de una crisis económica galopante en el conjunto de España, resultado de un tsunami alimentado por la coincidencia del fin de una burbuja inmobiliaria que había generado un modelo productivo muy específico y dependiente del endeudamiento, y una crisis financiera de carácter internacional que generó restricciones al crédito y graves turbulencias en los mercados, cuyas consecuencias fueron el cierre, rescate o absorción de importantes entidades bancarias (García y Ruesga, 2014). Tras el crac de 2008, rápidamente se generó una contracción inaudita de la actividad económica, que tuvo como resultado las mayores tasas de desempleo desde que existe la Encuesta de Población Activa (hasta un 27% en 2013), con más de la mitad de la población juvenil desempleada y una situación social dramática con miles de desahucios, quiebras familiares y un déficit público en aumento ante los crecientes gastos de los seguros de desempleo (Laparra y Pérez Eransus, 2013; Fundación FOESSA, 2014; Rocha, 2014). Desde la UE, particularmente la Comisión Europea, se planteó la necesidad de afrontar la grave crisis de la economía española mediante el recurso de las llamadas «políticas de austeridad», también aplicadas en otros países del entorno: tanto el PSOE de Rodríguez Zapatero como, con más ahínco y determinación, el Gobierno del Partido Popular de Rajoy pusieron en marcha una serie de medidas, basadas en duros recortes sociales y diversas reformas orientadas a contentar a los mercados internacionales (con el fin de rescatar a la banca y mantener bajo control la prima de riesgo de la deuda pública española), pese al negativo im-

pacto social de estas intervenciones (Alonso, 2014). Y junto a lo anterior, a lo largo de todo este período se desplegarán, además, medidas adicionales en el terreno de las políticas públicas de empleo que estarán vinculadas a los paradigmas de la activación y la flexiguridad que dominan la política de la Unión Europea (sobre esto, ver Fernández Rodríguez y Serrano Pascual, 2014; Keune y Serrano Pascual, 2014).

Uno de los símbolos de estas políticas de ajuste neoliberal fueron las diferentes reformas laborales aprobadas a lo largo del período 2010-2012. La más profunda, ya con el gabinete de Rajoy en el poder, fue la de 2012, recogida en el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Esta reforma tuvo un impacto inmediato en las condiciones laborales en el conjunto de España, al cambiar por completo la correlación de fuerzas existente entre capital y trabajo, debilitando de forma significativa el poder sindical y facilitando, consecuentemente, una mayor atomización de las condiciones de trabajo en las empresas, en un sistema productivo post-industrial marcado por importantes desigualdades entre regiones (Rocha, 2014; Meardi, 2014). Este cambio en la correlación de fuerzas o, mejor dicho, esa consolidación de la desigualdad entre las partes, objetivo histórico de la patronal española desde hace décadas (ver Fernández Rodríguez y Martínez Lucio, 2014), se consiguió en parte con la aprobación de esta legislación. La magnitud e importancia de las medidas aprobadas es evidente: posibilidad de las empresas de «descolgarse» de los convenios; prioridad del convenio a nivel empresa sobre los convenios de carácter sectorial o estatal; o el fin de la denominada ultra-actividad, recurso que tradicionalmente permitía resguardar algunas de las conquistas del comité de empresa en situaciones de dificultad en las negociaciones y decaimiento del convenio colectivo. Todo esto sirve para reforzar la flexibilidad en el sistema productivo español, permitiendo un fuerte ajuste salarial que permitía a las empresas ganar competitividad en un contexto económico marcado por una enorme incertidumbre. Pese a una oposición sindical que incluyó dos huelgas generales en todo el Estado y numerosos paros sectoriales, la reforma se acabó aprobando en el Parlamento. Las medidas comenzaron a tener efecto casi de inmediato, con diversos descuelgues de empresas, políticas de reducción salarial nunca vistas, y decaimiento y no renovación de numerosos convenios colectivos (Fernández Rodríguez, Ibáñez Rojo y Martínez Lucio, 2016). En poco tiempo, tuvo importantes efectos sobre las condiciones laborales de los trabajadores, contribuyendo a recortes de derechos y condiciones laborales, incluyendo salarios. Ello ha generado una fragmentación de las relaciones laborales sin precedentes en la historia reciente, y una situación excepcional que merece la pena comentarse.

Y es que esta última reforma laboral, que ha continuado una larga trayectoria de reformas inspiradas en una perspectiva neoliberal puestas en marcha tanto por los gobiernos del PP como los del PSOE desde hace décadas, ha ser-

vido, fundamentalmente, para desequilibrar las relaciones laborales en favor de los intereses de las patronales y los empresarios, relaciones que en el caso español siempre habían sido, en todo caso, muy desiguales debido a la situación de subordinación sindical desde los inicios del período democrático y a la óptica neoliberal que ha dominado las políticas españolas (Fernández Rodríguez y Martínez Lucio, 2014). El poder de las patronales a la hora de negociar es mucho mayor ahora, ya que tienen la capacidad de desengancharse de los convenios, desentenderse de las condiciones anteriores, fragmentar el ámbito de negociación. Esto desvirtuaría la idea de diálogo social que ha fundamentado las relaciones industriales en las sociedades democráticas, pues dialogar implica contar con dos interlocutores válidos, legitimados y con unas fuerzas similares que permitan una negociación equilibrada. De la negociación, se ha pasado a una situación de imposición, sea esta explícita o tácita. En el escenario actual, algunos representantes de las patronales son conscientes de que el hecho de maltratar a los sindicatos puede tener consecuencias futuras negativas para ellos, como por ejemplo la radicalización de los representantes de los trabajadores: ello genera más conflictos laborales, un abandono de los sindicatos mayoritarios en favor de sindicatos más combativos, y una mayor judicialización de las relaciones laborales (Fernández Rodríguez, Ibáñez Rojo y Martínez Lucio, 2016). Sin embargo, y pese a estas advertencias, la reforma se ha implantado y ha permitido no solamente una notable precarización de las condiciones laborales, sino construir las bases para la adopción de un modelo de nueva economía de plataformas que está empezando a arraigar en España con consecuencias muy negativas sobre la calidad del empleo creado.

El caso del País Vasco en este contexto es peculiar. En la primera fase de la crisis, hasta 2012, su comportamiento económico es un poco mejor que el del resto del Estado: es una zona todavía relativamente industrializada, con menores niveles de desempleo, una protección social más elevada y un nivel de bienestar relativamente alto. Está caracterizada además por un sistema de relaciones industriales diferenciado al del resto del Estado, donde los sindicatos ELA (Eusko Langileen Alkartasuna) y LAB (Langile Abertzaleen Batzordeak) acumulan la mayoría de los delegados sindicales desde hace mucho tiempo (más o menos un 60% del total, siendo ELA el sindicato mayoritario con diferencia, con más del 40% de la representación), y donde la combatividad sindical, particularmente de ELA, había contribuido a frenar relativamente las iniciativas de desregulación procedentes tanto del gobierno central como de la propia CAPV. Ya desde principios de la década de los 2000, ELA había asumido un giro estratégico en su actividad sindical (Elorrieta, 2016; Kortabarría, 2016), lo que le había llevado a crecientes encontronazos con la patronal vasca que se recrudecerían con la crisis. Tras la aprobación de la reforma laboral, lo que veremos es un conflicto creciente ante el cambio de óptica de Confebask (Confederación Empresarial Vasca) respecto a cómo reorientar las relaciones laborales en Euskadi (en buena

medida influida por los planteamientos de ADEGI, la patronal guipuzcoana), y que va a encontrar una gran receptividad en el Gobierno del PNV. Pese a que el PNV votó en el Parlamento español contra la reforma de 2012, desde la patronal vasca y posteriormente desde el Gobierno de Vitoria se va a vislumbrar una ventana de oportunidad para provocar un cambio en la situación de las relaciones laborales vascas, que, desde el punto de vista de ambos actores (empresarial y gubernamental), se habían «estancado», achacando la responsabilidad del bloqueo en particular al sindicato ELA (al cual en muchas ocasiones no se le menciona directamente, dando rodeos como «la primera fuerza sindical», pero claro, no es difícil saber cuál es la primera fuerza sindical en Euskadi). ¿Cómo se manifestaba esta visión? No solamente en las declaraciones públicas de distintos actores institucionales, sino también en la documentación que manejaban y en el asesoramiento recibido por parte de empresas de consultoría bien conocidas como PriceWaterhouseCoopers (PwC) o K2K Emocionando, la consultora de Koldo Saratxaga. Frente a la resistencia de ELA a la forma en que se estaba planteando el diálogo social desde hacía ya muchos años, y que llevó a una negativa a participar en las mesas de diálogo, el Gobierno Vasco afrontó una estrategia distinta, que ha sido vista por el sindicato como un intento antidemocrático de marginarlo (ver ELA, 2018). Dicha estrategia tendría un doble objetivo. Por una parte, se trataría de facilitar acuerdos en minoría que superasen los posibles bloqueos que pudiese hacer ELA (seguida generalmente por LAB) a la negociación colectiva, para lo que se trataría de impulsar un nuevo modelo de diálogo social, ya en funcionamiento tras la aprobación del Decreto de creación de la Mesa de Diálogo Social el pasado mes de enero, y que permite la firma de acuerdos sin necesidad de contar con el sindicato mayoritario. Y, por otra parte, se trataría de influir, de alguna forma, en las negociaciones a nivel de empresa, espacio en el que ELA ha contado históricamente con una enorme fortaleza gracias a su lucha, basada en largas huelgas financiadas con una caja de resistencia. Para poder actuar en ese ámbito, la estrategia utilizada por la patronal vasca con el apoyo evidente del Gobierno Vasco ha sido la llamada «Nueva Cultura de Empresa», una nueva filosofía gerencial que trata de construir un marco distinto de relación entre dirección y trabajadores que superaría el marco institucional de la negociación colectiva (sería, según la patronal guipuzcoana ADEGI, impulsores de este proyecto, una «nueva vía de «interlocución directa» con los empleados», con la que no se pretendería «obviar» la negociación colectiva sectorial), y que merece la pena explorarse.

3.2. La «Nueva Cultura de Empresa»: de PwC a las propuestas de ADEGI

Para comprender mejor en qué consiste «Nueva Cultura de Empresa», lo lógico es acudir, en primer lugar, a los discursos que los propios impulsores presentan al público, y que se tratarán de descifrar aquí siguiendo la metodología del análisis del discurso ya puesta en práctica en trabajos anteriores a la hora de

analizar algunos de los discursos empresariales más relevantes (ver Fernández Rodríguez, 2007 y 2011). El análisis del discurso tiene como objetivo interpretar los discursos poniéndolos en relación con un contexto social concreto, tratando de descifrar los significados ocultos o latentes presentes en las palabras que alguien ha enunciado, pues un discurso no son solamente palabras, sino la construcción y la prescripción de una realidad determinada, de unas prácticas y acciones concretas. Ello exige evidentemente un análisis que, en el plano de la sociología, se ha enunciado como socio-semiológico o socio-hermenéutico, cuyos fundamentos están descritos en algunos de los principales textos de metodología cualitativa de España (ver así Alonso, 1998; Conde, 2009), y que es el que se tratará de poner en práctica en esta sección del artículo.

En primer lugar, debemos tener presente por qué se pone en marcha la «Nueva Cultura de Empresa». Como se había comentado anteriormente, la reforma laboral de 2012 había supuesto, de alguna manera, abrir una ventana de oportunidad para la patronal en el conjunto del Estado en términos de desequilibrar la balanza a su favor, como ya se ha indicado antes. Esto, de hecho, tiene mucho que ver, en el caso vasco, con una imagen, un discurso, extendido entre el empresariado y el Gobierno Vasco, de que las relaciones laborales vascas son, en cierto sentido, «demasiado conflictivas», y es por ello difícil llegar a acuerdos. De hecho, en un informe de la consultora PriceWaterhouseCoopers de 2018 titulado *Temas candentes de la economía vasca. La visión de los empresarios* todavía se hace referencia a la necesidad de construir un escenario diferente que supere la situación actual, en la que, de acuerdo a los empresarios vascos, «se ha instalado una cultura de confrontación en la empresa» (PriceWaterhouseCoopers, 2018: 22). La idea central que expresa de forma velada este informe, radiografía de la mirada del empresariado vasco hacia lo que sucede en Euskadi en muchos ámbitos, es que dicha situación de confrontación habría impedido la aplicación real de la reforma laboral, que a su juicio hubiera sido muy positiva. Curiosamente, en el informe se hace referencia a que dicha posición sindical impide la firma de convenios colectivos, por exigir condiciones demasiado ambiciosas que ponen en riesgo la viabilidad de las empresas. En el informe se señala lo siguiente:

La fuerte presión sindical hace que los convenios, al agotar su periodo de vigencia sin renovarse, decaigan. A pesar de ello, las empresas, que podían aprovechar la coyuntura para cambiar el modelo de retribución y recortar las condiciones laborales de sus trabajadores, no lo han hecho porque una decisión así sería incompatible con el mantenimiento de la paz social necesaria para funcionar (*ibid.*, 22).

Estos comentarios son de máximo interés. El empresariado vasco considera que los convenios decaen porque los sindicatos exigen demasiado y, por tanto, no se firman. Sin embargo, la realidad de la reforma laboral es que, en el resto del Estado, su aplicación supuso, sobre todo en los primeros años, un bloqueo sin precedentes de la negociación colectiva a nivel estatal por parte de las patronales, con una caída signifi-

cativa del número de convenios firmados que, tras largas negociaciones, se firmaron con una cesión, por lo general, importante, por parte de la parte sindical. Que en el País Vasco se mantuviesen unas condiciones laborales algo mejores es probable que fuese fruto precisamente de esa estrategia de fuerte presión sindical, que ha hecho que, durante algún tiempo, el impacto de los recortes en las condiciones laborales de los trabajadores vascos no alcanzase las dramáticas condiciones de otros lugares. Sin embargo, desde el lado de los empresarios, esta presión se considera una estrategia dañina y reprochable, y se ponen nombre y apellidos a los culpables:

«La estrategia de confrontación laboral va contra las personas que trabajan en Euskadi porque les impide tener convenios colectivos. Es una paradoja, porque en teoría tendría que ser mucho más fácil negociar en Euskadi con un sindicato nacionalista que lo contrario. En opinión de las empresas consultadas, el sindicalismo trabaja por su supervivencia con una mirada de las cosas que remite al pasado, agudizando los conflictos y el enfrentamiento nosotros-ellos. Inevitablemente el punto final de esa postura es que la gente vaya evolucionando a prescindir del sindicato» (PriceWaterhouseCoopers, 2018: 23).

De estos comentarios se desprenden dos importantes datos. El primero procede del texto entrecomillado, probablemente una cita literal de un empresario vasco, del que se infiere que el que está favoreciendo el bloqueo es un sindicato nacionalista, y no sería aventurado inferir que puede tratarse, en concreto, de ELA (por su mayor representatividad). Esto se entendería, por parte de PwC, como una anomalía. Por otra parte, en la segunda parte del párrafo, aparece uno de los argumentos clásicos del discurso gerencial: la irrelevancia sindical en el mundo contemporáneo. El sindicato entiende que en el mundo de la empresa hay un conflicto explícito, algo que niegan los empresarios. Esta contraposición entre conflicto y armonía reproduce la clásica oposición entre una mirada a la sociedad bien marxista (conflictiva) o bien funcionalista (armónica), aunque lo interesante es que el empresariado vasco, en línea con los argumentos más típicos del nuevo *management*, se situaría a sí mismo como el futuro, en contraposición con los sindicatos que serían el pasado. Es como si los conflictos entre el capital y el trabajo ya estuvieran superados. El catalogar al sindicalismo como algo obsoleto, que solamente «mira al pasado» de forma casi nostálgica mientras el mundo ha cambiado de forma total, es una estrategia de descalificación de su rol y de su labor histórica. Esto sirve para pedir que el sindicalismo militante y exigente deje paso a otra cosa distinta, a un sindicalismo «responsable». Y de hecho, en el informe aprovechan para apuntar que esa insistencia en el conflicto les ha separado de los jóvenes, y ha llevado a que la gente se desencante de su labor (cuando por otra parte, en otros foros de la derecha mediática se ha acusado al sindicalismo, en general, justo de lo contrario: de haberse acomodado, aburguesado, apoltronado, y es que la cuestión es dañar su imagen pública, hagan lo que hagan). Lo que la gente querría, y que coincidiría con el planteamiento de los empresarios, es que se llegase a acuerdos:

No se pueden hacer proyectos de futuro si no hay un compromiso entre los empresarios y los trabajadores de la empresa. La falta de objetivos compartidos es un problema del conjunto de las empresas vascas, según los participantes en este informe. Los empresarios más activos en buscar fórmulas de acuerdo se enfrentan con sindicatos que no les permiten avanzar (*ibid.*, 23).

Los que intentarían llegar a acuerdos, en todo caso, parecería que son los empresarios, frente a la cerrazón y cabezonería de los sindicatos, que son un freno, que no permiten avanzar. Como se puede leer, se presenta a los actores sindicales como una rémora del pasado, un freno a las aspiraciones empresariales. Y claro, en este contexto, llega una propuesta ciertamente radical:

En este escenario, el empresariado vasco cree que existen mecanismos de gestión de las personas que no pasan por la negociación con los sindicatos. A su juicio, no es difícil imaginar un modelo de empresa transparente en el que trabajadores y empresarios tengan una interlocución permanente y directa. De esta manera, los sindicatos seguirían formalmente en la empresa pero perderían su capacidad negociadora (*ibid.*, 23).

Este planteamiento supone en cierto modo un auténtico jaque a las relaciones industriales tal y como se han entendido en el reciente período democrático. Parece claro que hay una idea de construir un nuevo marco de negociación de condiciones laborales ajeno a los canales de interlocución recogidos en el Estatuto de los Trabajadores. Se presenta una alternativa al bloqueo del diálogo social... mediante la eliminación de este. Si el empresariado vasco se ha situado en esta perspectiva, de acuerdo al informe de PwC, ha sido probablemente por la aparición de nuevas propuestas procedentes de las patronales vascas. Y de ellas, la más destacada sin duda es la mencionada «Nueva Cultura de Empresa», impulsada por ADEGI. ¿Qué objetivos persigue dicha cultura de empresa? Fundamentalmente, plantear la necesidad de superar el marco vigente de relaciones laborales, que deberá ser sustituido por una nueva cultura organizacional:

Tras la reflexión estratégica 2012-2015 de ADEGI, lo que pretendía ser una transición ordenada y progresiva en el tiempo hacia una nueva cultura de empresa basada en la confianza entre las partes, se ha convertido en una necesidad imperiosa como consecuencia fundamentalmente del nuevo escenario resultante tras el 7 de julio de 2013 (ADEGI, 2014: 3).

Cuando se habla de nuevo escenario es preciso aclarar que en esa fecha decayó finalmente el convenio del metal gracias a que se hace efectiva la reforma laboral y, debido a que la reforma laboral no permitía una situación de ultra-actividad, se tiene la oportunidad por parte de la patronal de presionar para cambiar las condiciones de la negociación colectiva. De hecho, ante esta situación los sindicatos, ELA entre ellos, incluso presentaron una demanda (desestimada finalmente por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco) contra ADEGI y

la Federación de Empresarios del Metal de Gipuzkoa para que se reconociera la vigencia del convenio del metal en dicha provincia y, también, por las recomendaciones que desde ADEGI se empezaron a hacer a sus socios, a los que se incitaba a utilizar la oportunidad para plantear un cambio radical de su modelo de relaciones laborales. Esto se afirma de forma explícita en el mismo informe:

Estamos ante un cambio de época que requiere una transformación de la cultura de empresa, impulsando una interlocución directa con las personas de nuestras empresas sin olvidar el cumplimiento de las obligaciones para con los representantes legales de los trabajadores. Ello implica un cambio cultural en el seno de cada empresa, tanto por parte de la propiedad/dirección como de los trabajadores. Pero el cambio lo debemos liderar nosotros, todas las empresas de forma colectiva. Nada cambiará si nosotros no cambiamos, aunque ello conlleve salir de nuestra zona de confort (*ibid.*, p. 3).

En este párrafo, se condensan los elementos centrales de la filosofía de la nueva cultura de empresa. La idea es que «debemos salir de nuestra zona de confort» (frase repetida hasta la saciedad en miles de libros de empresa y autoayuda) y asumir la incertidumbre actual es uno de los argumentos más habituales de los gurús de la gestión para que la gente esté dispuesta a renunciar a derechos conquistados como es el de la estabilidad y la posibilidad de un proyecto de vida. La forma de conseguir que la gente acepte esto es, como es evidente, tratando de convencerles (paso previo a forzarles), a través de un esfuerzo cultural importante: cambiar la cultura significa, fundamentalmente, que la gente valore de forma distinta cosas que solía apreciar y desear (seguridad, tranquilidad) y apueste por otras cosas (riesgo, cambio). La «Nueva cultura de empresa» tiene el objetivo de cambiar la forma de pensar de los trabajadores, en un contexto histórico como el actual marcado por las denominadas «guerras culturales».

Eso sí, no todo se expresa de forma rotunda. Aunque el objetivo de ADEGI es superar el marco de relaciones laborales actual, se cuidan muy mucho de decir que van a vulnerarlo de forma dramática: así, se reconoce que se respetarán las obligaciones con los sindicatos, aunque lo cierto es que el impulso de estas prácticas van vinculadas a que los trabajadores de las empresas acepten un nuevo conjunto de medidas que afectan a cuestiones clave como los salarios, sin pasar por los sindicatos:

Por ello, el objetivo deseable es aumentar la productividad y contener o variabilizar los costes salariales. Es decir, es necesaria una revisión anual de los salarios que contemple la evolución de la productividad de la empresa, estableciendo sistemas de retribución variable que incluyan incentivos orientados hacia la mejora de la competitividad. Ligar salario y productividad no supone ni rebajar salarios ni menor coste laboral para las empresas: el aumento de la productividad beneficia a todos (*ibid.*, p. 4).

Así, la idea es fundamentalmente la de introducir flexibilidad en las organizaciones, empezando por los salarios (que se vinculan por esquemas de parte va-

riable a los resultados de las empresas), y hacer ver a los trabajadores que con el nuevo marco que ha permitido la reforma laboral, las condiciones históricas de un convenio no van a ser ya más derechos adquiridos, sino algo que puede perfectamente eliminarse si fuera el caso, empeorando de forma unilateral las condiciones de trabajo. Hay que aprovechar la oportunidad de imponer condiciones más ventajosas para los empresarios, lo que implica revisar *todo*:

En esta situación de cambio en el ámbito de las relaciones laborales derivado del decaimiento de una parte significativa de los convenios colectivos sectoriales provinciales debes comenzar identificando el origen de las condiciones laborales de los/as trabajadores/as de tu empresa. Debes respetar los derechos adquiridos por los/as trabajadores/as y conocer que las condiciones laborales recogidas en un convenio colectivo no constituyen derechos adquiridos. Revisa el histórico de los pactos de tu empresa, los contratos de trabajo y la estructura salarial de las nóminas. Con todo ello junto con un diagnóstico económico y organizativo de tu empresa, toma una decisión coherente y razonada que garantice la competitividad de tu empresa; objetiviza tu decisión (*ibid.*, p. 4).

Obsérvese la argumentación: respeta los derechos pero cuidado... que lo negociado no es un derecho adquirido. Todo es revisable, modificable, desde cero: la recomendación (pues no olvidemos que se trata de un consejo, una sugerencia de ADEGI) es la de diagnosticar cómo están las cosas en la empresa y, desde ahí, proceder al ajuste que corresponda. Esto está en línea con la derogación del mecanismo de ultra-actividad del Estatuto de los Trabajadores, y que no tiene otro objetivo que poder revertir lo conseguido, incluyendo por supuesto los salarios:

Históricamente, la jornada anual de los diversos sectores de Gipuzkoa ha sido la menor de España y significativamente inferior a la media. En cuanto a los salarios, Gipuzkoa presenta salarios superiores a los del resto de provincias de España (*ibid.*, p. 4).

Como se puede leer, los salarios son demasiado altos (de hecho se estimaba que en 2011 superaban en un 20% a los de la media del Estado), y las horas trabajadas, demasiado pocas. Se infiere del texto que esto no sería bueno, y que se está buscando un cambio de modelo porque, bajo estos parámetros, las empresas guipuzcoanas estarían perdiendo competitividad. Se hace una comparación con el resto del Estado que, por supuesto, no tiene en consideración factores como la productividad real, la organización del trabajo, la cualificación, etc. o el hecho de que países enormemente competitivos como los nórdicos cuenten con salarios todavía más elevados que los vascos.

Además, para garantizar el control de este proceso de cambio cultural (que enmascara un cambio material en las condiciones de trabajo), se va a perseguir el control total de la información dentro de la empresa, adecuándola a un escenario en el que el *storytelling* (la historia que se va a contar desde la empresa) cuente con la capacidad propagandística y de seducción suficiente para audien-

cias tanto externas (la opinión pública, la administración) como internas (los trabajadores), imponiéndose al relato del resto de los actores (que son, evidentemente, los sindicatos):

Aquello que ocurre dentro de la empresa trasciende a la misma y sale al exterior de múltiples maneras, creando una corriente de opinión que se puede imponer como verdad absoluta. Si no lo hace la propia empresa nadie va a contar cuál es su punto de vista y las razones que le han llevado a tomar las decisiones. En consecuencia, si no queremos estar al albur de estos acontecimientos de forma pasiva, debemos de ser protagonistas de nuestra comunicación hacia el exterior (*ibid.*, p. 5).

Comunicar: al final la clave es esta, el relato, la propaganda, la intención de parecer razonables, flexibles, moderados ante la opinión pública; se trata de decir que en la empresa somos buenos, que os queremos, que estamos todos en el mismo barco, que somos modernos y flexibles, aunque luego la intención parece que sea la de recortar salarios y derechos, introducir flexibilidad o incluso reprimir la acción sindical. La idea latente es que hay que cuidar la imagen con buenas palabras (confianza, responsabilidad compartida, talento) aunque luego lo que suceda sea, en realidad, otra historia, no siempre tan hermosa. Buscar canales de comunicación con el trabajador con el objetivo de dinamitar el comité de empresa y sus atribuciones legales.

Una vez presentada en sociedad en 2014, la guía de la «Nueva Cultura de Empresa» pasó a difundirse entre los socios de ADEGI y posteriormente a ser asumida, en los siguientes años, por Confebask, que la ha considerado un instrumento esencial para esa transformación de las relaciones laborales en Euskadi. Progresivamente, numerosas empresas se han ido sumando a este modelo. La guía, mientras tanto, se ha actualizado a lo largo de estos años, y la tercera y, hasta el momento última versión, es de 2017. Si uno lee sus recomendaciones, es evidente que el objetivo de esta estrategia es el de implantar la ideología del *management* como herramienta de gobierno dentro de las empresas, por encima del marco institucional o del diálogo social:

...estamos ante un cambio de época que requiere sin duda una transformación de la cultura de las empresas hacia un proyecto compartido sobre la base de la confianza (ADEGI, 2017: p. 7).

La forma en la que se presenta la situación es prototípica del gerencialismo: en primer lugar, las alusiones al cambio de época, al fin de una forma de organizar las cosas, a la llegada de un escenario nuevo al que debemos adaptarnos porque no tenemos ningún control sobre los acontecimientos; en segundo lugar, las referencias a lo cultural, y no a lo material, como eje del cambio; y finalmente, las palabras mágicas, la «confianza», el «proyecto compartido», esto es, palabras inclusivas y retórica seductora para negar la existencia del conflicto en el espacio de trabajo. Además, a esto se añade la referencia a lo nuevo, a lo exitoso, lo internacional:

Nos hemos inspirado fundamentalmente en las empresas de Gipuzkoa y asimismo hemos tomado como ejemplo países como Dinamarca, Suiza, Alemania o el ecosistema emprendedor de Boston, constatando que el cambio lo tenemos que liderar nosotros, todas las empresas de manera colectiva, ya que nada va a cambiar si no cambiamos nosotros, aunque ello conlleve salir de nuestra zona cómoda (*ibid.*, 7).

La idea es que las empresas vascas se inspiren en lo moderno, y se citan para ello ejemplos seductores (lo que se hace en algunos de los países con renta per cápita más elevada del mundo), a la vez que se apremia a los gerentes a liderar el cambio. La prescripción del comportamiento, eje central de las ideologías del *management*, se expresa aquí de forma muy explícita: o te mueves o te mueven, y ello implica «salir de nuestra zona de confort». Ese cambio lo que implicaría es dejar atrás la confrontación, para dar paso a un nuevo sistema más inclusivo, *cuasi* corporativo, basado en compartir, en asumir juntos un proyecto. La metáfora de la *sokatira* a la trainera es, en este sentido, de gran interés: la alusión al mundo del deporte, siempre presente (a los gurús de los Estados Unidos les encanta poner ejemplos de equipos de béisbol o de fútbol americano; hace unos años, el método Guardiola era un ejemplo para las escuelas de negocios de toda España) y que sirve para remarcar la importancia del liderazgo y el trabajo en equipo:

...pasar de la *sokatira* a la trainera, generando relaciones de confianza para transitar de la confrontación a la colaboración entre sus personas, para entender la empresa como un proyecto compartido (*ibid.*, p. 7).

En la trainera las barcas compiten entre sí, como en el mercado lo hacen las empresas, así que cada empresa-barco debe estar bien cohesionada para llegar a buen puerto:

Para que todas las personas de la empresa remen en la misma dirección y conseguir así que la empresa crezca. Para transitar de un modelo de confrontación a otro de colaboración sobre la base de la confianza entre todas las personas de la empresa (*ibid.*, p. 11).

Remar en la misma dirección, sí, con el fin de colaborar sobre la base de la confianza, pero claro, ¿de qué confianza estamos hablando? Como el lector comprobará, en un contexto en el que se trata de implementar una reforma muy lesiva para los derechos y condiciones de los trabajadores vascos, hablar de confianza es, como mínimo, un brindis al sol. Lo que se ofrecen son palabras que suenan bien (acercarnos, escuchar, comunicar: todo muy cercano, muy emocional) pero que al final no dejan de ser ambiguas y con poca referencia a lo material que es lo que uno se está jugando en las negociaciones en los centros de trabajo. De alguna manera, la manera de integrar al trabajador es, como se ha

señalado, cultural, con muchas referencias a la psicología positiva, vagamente espiritual y con la idea de construir algo en común, como una suerte de comunidad de feligreses. Obsérvese cómo se expresan estas ideas:

Para acercarnos y escuchar, comunicar, hacer partícipes a las personas y así conseguir su compromiso en la marcha y futuro de la empresa (*ibid.*, p. 11).

Para situar a las personas en el eje, en el corazón de las empresas (*ibid.*, p. 11).

Para que la forma de relacionarnos en la empresa no sea ajena a los valores individuales de las personas, haciendo coincidir en este ámbito lo que hago con lo que soy (*ibid.*, p. 11).

También se hace referencia a los valores y las personas, dos palabras que en el vocabulario gerencial son centrales y profundamente ambiguas. ¿Qué significa que las personas son importantes? ¿Significa que vamos a respetar sus derechos? ¿Vamos a mejorar sus condiciones de trabajo? ¿A respetar sus órganos de representación? Y respecto a los valores, ¿a qué nos estamos refiriendo exactamente? ¿A los valores democráticos? Parece que los únicos valores que se dan por supuestos a los trabajadores son aquellos que tienen que ver con la dedicación total a la empresa, y que sus únicos proyectos vitales son los de servirla, sin entender que el trabajo asalariado suele ir acompañado de la disciplina. Generalmente, no es fácil alinear los proyectos individuales con los empresariales, pues uno en la empresa está más «a la orden» que a otra cosa (la democracia termina en la puerta de la empresa, que es un espacio muy jerárquico y desigual), y lo que se comparte es, por lo general, muy poco. Y, sin embargo, el mantra siempre es el mismo, el del proyecto compartido:

Las personas hacen la empresa, de ahí que ésta se ha de constituir en el entorno adecuado para que las personas puedan alinear sus proyectos personales con el proyecto compartido de empresa (*ibid.*, p. 12).

Para ser capaces de construir este proyecto compartido es imprescindible que esta nueva cultura de empresa sea liderada por la dirección de la misma, que es interpelada para ello:

...¿estás preparado para liderar la transformación cultural de tu empresa? (*ibid.*, p. 13).

En resumen, lo que tenemos es un proyecto con unos objetivos muy concretos: generar un cambio cultural con el fin de que, en la empresa, todos sus miembros asuman un proyecto compartido. Sin embargo, hay una serie de elementos que debemos tener en cuenta en este proceso: en primer lugar, que se busca un proyecto compartido, pero en ningún momento parece entrarse en una discusión seria al respecto. Se dice que se va a escuchar a cada miembro de la organización, pero no se hace mención a una discusión colectiva y en torno a

una agenda de temas concretos; en segundo lugar, que el liderazgo del proyecto compartido recae exclusivamente en la dirección de la empresa; y, finalmente, que se habla de confianza, pero las alusiones a los temas en los que se vincula dicha confianza no se explicitan. ¿Nos despedirá la empresa si los resultados no son los esperados? ¿Se escuchará nuestra opinión en cuestiones delicadas como la estrategia de la empresa?

De hecho, en el resto del informe de «Nueva Cultura de Empresa» se plantean distintas cuestiones técnicas en torno a la puesta en marcha de este cambio cultural, con estas referencias continuadas a liderar, generar confianza, comunicar y ahí, de repente... aparece una referencia mucho más material, que no es otra que la cuestión salarial:

...es necesaria una revisión anual de los salarios que contemple la situación de la empresa y la evolución de su productividad (*ibid.*, p. 13).

Y aquí aparecen los salarios, probablemente una de las claves de la reforma. El informe dedica una sección completa a trabajar un tema importante porque supone adaptar la política retributiva de la empresa a las turbulencias de los mercados. En este sentido, el concepto que se va a manejar aquí va a ser el de la puesta en marcha de una hipotética participación en los resultados:

La participación de las personas tanto en la gestión como en los resultados, constituyen uno de los pilares fundamentales de la transformación que las empresas de Gipuzkoa han de impulsar para liderar en su seno una nueva cultura sobre la base de la confianza (*ibid.*, p. 24).

Participar en los resultados y en la gestión: estas son palabras que podrían aludir a una mayor democracia industrial, pero que aquí parecen referirse más bien a una suerte de adaptación salarial que permita que los riesgos de la actividad empresarial se desplacen a los trabajadores. Aunque se argumenta que la adaptación salarial tiene consecuencias beneficiosas (mejora de la competitividad de la empresa, garantía de sostenibilidad futuro, adecuación de los costes laborales, mantenimiento del empleo y mayor compromiso de las personas), lo cierto es que se divide el salario entre una parte fija y una variable a expensas de los resultados de la empresa, lo que puede suponer un recorte salarial importante si estos no son buenos. En el informe, se especifican varios posibles modelos de reparto, basándose en el siguiente (y discutible) axioma:

Si la empresa gana las personas ganan, es un camino sin retorno (*ibid.*, p. 24)

Sin embargo, esta presentación de las bondades de este modelo no tiene en cuenta, precisamente, que las empresas se ven expuestas a importantes vaivenes en sus resultados que tienen mucho que ver con la situación de globalización de

los mercados y financiarización de las economías que hemos experimentado en las últimas décadas. Los casos de cierres injustificados, cambios accionariales, políticas de gestión de recursos humanos draconianas etc. están al orden del día en las noticias económicas. Y, en muchos casos, ofrecer una gran «confianza» a sus empleados no significa que se respeten luego los compromisos. En este sentido, lo cierto es que en la mayor parte del mundo donde existen mercados desregulados los comportamientos carentes de ética alguna por parte de gestores y directivos están a la orden del día, y si no suceden más a menudo es por la decisiva intervención y vigilancia tanto sindical como de los poderes públicos. Sin embargo, la «Nueva Cultura de Empresa» parece obviar todo este contexto:

Debemos transitar hacia una forma de relacionarnos en el que se tengan en cuenta los intereses de todas las personas/grupos de interés implicadas en la empresa y, por tanto, ir alejándonos de las posiciones tradicionalmente mantenidas por unos y otros (*ibid.*, p. 37).

Al final, de lo que se trata es de, de una forma unilateral, proceder a construir una nueva cultura empresarial en la que los canales tradicionales de negociación interna se vean sustituidos por unas relaciones nuevas, como se dice en el informe un «nuevo contrato social» (*ibid.*, p. 33), en las que los distintos individuos y «grupos de interés» (término ambiguo donde los haya que, ¿incluye a los sindicatos?) traten de llegar a acuerdos que impliquen que todos remen en la misma dirección, y que implican adoptar parte de esos comportamientos tan valorados en las nuevas ideologías de gestión: flexibilidad, pasión por el cliente, etc., sin realmente presentar una valoración realista de los pros, contras e intensidades con las que dichas medidas pueden implantarse.

3.3. La «Nueva Cultura de Empresa», ADEGI y el Gobierno Vasco

La «Nueva Cultura de Empresa» de ADEGI ha sido acogida muy positivamente por el resto de socios de Confebask, que la han tratado de difundir entre sus asociados, con un éxito importante. ADEGI incluso instituye premios que galardonan algunos de los ejemplos más acabados del cambio cultural que proponen desarrollar. Más y más empresas están implantando este modelo (EFE, 2015). Pero la realidad es que, pese a las buenas palabras del documento, la «Nueva Cultura de Empresa» no ha estado exenta de controversia. Algunos de los procesos de implantación han sido muy polémicos, como ya se ha visto en algunas investigaciones: es el caso de DHL-Mercedes o Sidenor Azkoitia, esta última, para más inri, premiada por ADEGI, sobre los que hay publicados estudios de enorme interés (ver Las Heras, 2018; Martín, 2019) en los que se aprecia que las «Nuevas Culturas de Empresa» de estas organizaciones son ejemplos paradigmáticos de malas prácticas antisindicales. Y es que, pese a la imagen idílica que se ha dado de este cambio cultural, la realidad es que detrás de esta transformación se encuentra un intento por parte de la patronal de minimizar

el rol sindical mediante un cambio en las relaciones laborales y en la comunicación con los trabajadores y sus representantes. No obstante, desde el Gobierno Vasco, el análisis es muy diferente: la «Nueva Cultura de Empresa» sería una herramienta de enorme utilidad para llevar su programa político y económico (acusado de neoliberal por ELA), y ha orientado su estrategia a apoyar y favorecer la difusión de este nuevo modelo de gestión. Ello lo ha hecho mediante dos ejes principales: por un lado, acudir de forma entusiasta a las Jornadas organizadas de ADEGI dedicadas a esta filosofía gerencial y, por otro, tratar de crear un marco institucional que permita que dicha «Nueva Cultura de Empresa» pueda desarrollarse sin trabas ni cortapisas.

El Gobierno Vasco del PNV y particularmente su Consejera de Desarrollo Económico y Competitividad Arantza Tapia han apoyado sin fisuras la «Nueva Cultura de Empresa». La Consejera, que acude anualmente a las Jornadas que organiza ADEGI para premiar las mejores prácticas de esta nueva cultura empresarial, lo considera como un trampolín para la captación del «talento», otra de las palabras favoritas de los gurús de empresa, y ha mostrado auténtico entusiasmo hacia estas ideas. En unas declaraciones recientes, consideraba que la «Nueva Cultura de Empresa» podría suponer para Euskadi un empuje similar al de la nueva gastronomía de Arzak, Berasategui y compañía (Diario Vasco, 2019). El paralelismo todo hay que decirlo es interesante porque, junto a la emergencia de estos restaurantes con estrellas Michelin, surgió, en muchos restaurantes de esa gama, una política de personal basada en becarios aprendices que trabajan sin sueldo alguno, solo a cambio de alojamiento y comida, lo que ha escandalizado a parte de la opinión pública (Brunat, 2017). Esta nueva cultura de empresa, sin la presencia de sindicatos combativos que sirvan de contrapeso, podría llevar a la larga a un escenario si bien no tan truculento si al menos parecido, con una más que probable precarización de las condiciones laborales. De hecho, algunos de los premiados por las Jornadas como ejemplos excelsos de implantación de dicha cultura son ejemplos, también, de prácticas más que criticables, como ya se indicó anteriormente.

El otro gran eje de actuación ha sido, sin duda, la modificación del marco del diálogo social. Ya desde el año 2014, se comienza a plantear desde el Gobierno Vasco una propuesta de un nuevo modelo de relaciones laborales y de diálogo social, y en el que se empiezan a realizar una serie de «advertencias». En el documento de dicha propuesta, en sus páginas 15 y 16, se menciona que, aunque los agentes sociales tienen autonomía a la hora de proveer de contenido las relaciones laborales, «esto no significa que los poderes públicos deban permanecer ajenos o neutrales en este espacio» (Gobierno Vasco, 2014: p. 15). Esto se justifica no solamente por el hecho de que el poder regulatorio que construyen los agentes sociales (en virtud del principio de extensión de los convenios colectivos), sino porque forman parte del entramado institucional y reciben recursos públicos. Así, en la propuesta se especifica lo siguiente:

...un esquema de negociación que olvide esta dimensión cuasi-pública (o al menos no estrictamente privada) de los agentes sociales mayoritarios parte de un diagnóstico equivocado e introduce una distorsión que desde el ámbito público no debe pasar inadvertida, sino que ha de ser denunciada de manera activa (*ibid.*, p. 16).

No cabe duda de que este punto parece un aviso a navegantes. Hay agentes sociales (y no es difícil pensar que se está refiriendo, de forma evidente, a ELA) que, de acuerdo con el Gobierno Vasco, utilizarían su rol como legítimos participantes en el diálogo social de una forma perversa, y dicho comportamiento debe ser, por ello, denunciado con el fin de ser reconducido. La propuesta que se hace para modificar el diálogo social va a orientarse, fundamentalmente, a construir un marco de negociación que permita de alguna forma esquinar el escollo del sindicalismo más reivindicativo. Esto se plasmará en un Decreto, aprobado a principios de este año, que comprende una serie de medidas muy relevantes y que afectaban, de forma particular, al sindicato ELA una vez que es el mayoritario. En primer lugar, se hace referencia a la necesidad de armonizar e institucionalizar el diálogo social en la CAPV tal y como se hace en el resto de países europeos, con lo que se da a entender que el Gobierno Vasco es un gobierno moderno y hace lo que debe (entre otras cosas, adaptarse a la filosofía de la flexiguridad o flexiseguridad de la UE). En segundo lugar, su objetivo es que los acuerdos del diálogo social se firmen, a partir de ahora, con la participación de al menos un representante de los agentes sociales. Dado que en la CAPV son cuatro los sindicatos más representativos (ELA, LAB, CCOO y UGT, por este orden), esto significaría que la firma de UGT, que tiene el 10% de representación, sería suficiente para validar acuerdos, lo que implicaría que se podría burlar, sin ningún problema, la mayoría de ELA, pudiendo alcanzar acuerdos que no contarían con el respaldo mayoritario de los representantes de los trabajadores vascos. En el texto, además, parece inferirse que el objetivo del diálogo social es el de «ser responsable», lo que significaría, de forma velada, aceptar y compartir las políticas del gobierno. Se limita además los temas a tratar en el diálogo social, circunscribiéndolo a cuestiones limitadas y obviando el debate sobre temas más amplios como la política económica, industrial y social (hay que recordar que Confebask ya intentó quitar la condición de sindicatos a ELA y LAB, por posicionarse sobre el TAV: ver ELA, 2014).

4. Conclusiones

La «Nueva Cultura de Empresa» es, como hemos podido leer a partir de sus textos, un proyecto de transformación de las relaciones laborales en el País Vasco, auspiciado por ADEGI pero muy bien acogido tanto por Confebask como por el Gobierno Vasco por cuanto se dirige a «resolver» un problema persistente en los últimos años, que es el de la conflictividad laboral. La adaptación

de la economía vasca a los desafíos del siglo XXI ha sido interpretada por parte de patronales y gobierno autonómico como la necesidad de implantar una nueva cultura más flexible y «líquida» (por utilizar la feliz expresión de Bauman, 2003) tanto en las empresas como en el diálogo social en Euskadi, en sintonía con cambios similares en el resto de Europa en línea con el pensamiento hegemónico neoliberal. La estrategia del sindicato mayoritario ELA de convertirse en un contrapoder y un elemento de contención frente a estas estrategias ha derivado en el enquistamiento de un conflicto y la apuesta por parte de la parte empresarial de nuevas filosofías de recursos humanos que amenazan el marco del propio sistema de relaciones industriales. La «Nueva Cultura de Empresa» es, en este sentido, su estrategia más llamativa. Se trata de un proyecto con un fuerte carácter ideológico, y que trata de modificar las relaciones de poder existentes tanto dentro de las empresas vascas (a partir de una suerte de guerra cultural) como en el marco legal que articula el diálogo social en Euskadi. Si tuviéramos que hacer un resumen de sus propuestas, este sería el siguiente:

1. En primer lugar, el deseo de cambiar la dinámica de las relaciones laborales dentro de la empresa. El objetivo es superar el conflicto con los sindicatos mediante la sustitución de la negociación con el comité de empresa (que se presume dominado por un sindicato muy conflictivo para ellos, como ELA) por una cultura empresarial en la que la gerencia se dirige directamente a cada trabajador y trata de involucrarlo en un proyecto compartido. Esto es, se trata de sustituir conflicto por cooperación.
2. Para conseguir pasar del conflicto a la cooperación (de la sokatira a la trainera) la empresa va a sustituir el diálogo interno por una suerte de nueva cultura empresarial, una especie de ideología interna de la organización en la que se repite como un mantra que todos estamos en el mismo barco, que en la empresa la relación es de confianza, que hay que trabajar en equipo, llevarnos bien, etc. Toda esta cultura está inspirada en las ideologías gerenciales o del *management* que vimos en la primera parte del artículo. El objetivo no declarado de forma explícita, aunque sí implícita, es el de ningunear al sindicato y dirigirse directamente a los trabajadores, con el fin de persuadirles a que acepten nuevas condiciones de trabajo apelando a la necesidad de flexibilidad, de adaptarse al mercado, etc. En este sentido, el objetivo es integrar, *culturalmente*, a los trabajadores en la organización, buscando que abracen nuevas ideas que los alejen de la reivindicación y los sindicatos.
3. Todo esto tiene como objetivo incrementar la flexibilidad en la empresa vasca en términos salariales (con la introducción de elementos variables ligados a la marcha de la empresa), de jornada, funcionales, etc. Aunque se presenta como una estrategia de supervivencia para la empresa, no está garantizado (visto lo visto) que a largo plazo no conlleve un deterioro generalizado de las condiciones de trabajo.

4. Para facilitar la imposición de la «Nueva Cultura de Empresa», desde las autoridades vascas se está facilitando además, de forma independiente, la puesta en marcha de un nuevo marco de relaciones laborales que, por lo que parece, tiene la intención de reformar en profundidad el diálogo social en la CAPV. El sindicato ELA, de forma más que probablemente acertada, ha señalado que estas propuestas pretenden debilitar, en particular, a su combativo sindicalismo, al permitir la firma de convenios con las minorías sindicales, lo que serviría a patronal y gobierno para sortear las resistencias del sindicato mayoritario (ELA, 2018).

El objetivo, por tanto, de esta «Nueva Cultura de Empresa» parece claro: imponer una nueva cultura dentro de la empresa en línea con las ideologías gerenciales, con el fin de enterrar el conflicto interno y forzar a los trabajadores a la cooperación con la dirección. Ello implica desarrollar una estrategia de comunicación empresarial dirigida a subrayar las bondades del nuevo sistema frente a las relaciones laborales tradicionales (donde el comité de empresa negocia como representación de los trabajadores), ninguneando así a los sindicatos. Esto irá acompañado de reformas en el marco del diálogo social que permitirían sortear desde luego a ELA, el actor más combativo frente a esta política, con el objetivo de debilitarlo, pero que sería una amenaza más que potencial para el resto de las fuerzas sindicales. Por el momento, en algunas de las experiencias en marcha de la «Nueva Cultura de Empresa», lo que se ha generado es un ataque durísimo a la negociación colectiva y una serie de medidas abusivas por parte de las direcciones de las empresas, que se han saldado con una resistencia numantina por parte de ELA y sus delegados en la defensa de los derechos de los trabajadores de las empresas afectadas (ver Las Heras, 2018).

A la hora de reflexionar sobre estas nuevas prácticas gerenciales, hemos de tener presente que la «Nueva Cultura de Empresa» no es solamente una ambición de ADEGI, o de Confebask, o incluso del Gobierno Vasco: se trata de un proyecto coherente con una línea de pensamiento que representa una de las facetas principales de lo que conocemos como gerencialismo, una suerte de producto de su tiempo, que captura el *zeitgeist* neoliberal. La «Nueva Cultura de Empresa» es, de este modo, ideología gerencial en estado puro, y lo que va a hacer es reproducir unas alusiones vagas a la confianza, las personas, el talento y los proyectos compartidos de forma machacona, con el fin de convencer a la sociedad de que con estas medidas se va a garantizar la competitividad y, desde aquí, la generación de riqueza y bienestar. Esto incide en cómo se ve, además, el papel de los sindicatos, cuyo rol de contrapoder trata de ser erosionado, al entenderlos como instituciones innecesarias, que ponen freno a la libertad y a la iniciativa empresarial. Esta erosión solamente podrá ser detenida si las fuerzas sindicales son conscientes de la amenaza que los nuevos discursos de la empresa, recogidos en las filosofías gerenciales, suponen para ellos, y les presentan la correspondiente batalla, que no

solamente podrá basarse en las clásicas movilizaciones y la solidaridad de las clases trabajadoras en el centro de trabajo, sino que casi con toda seguridad, necesitará también de un esfuerzo adicional en el terreno de la batalla por las ideas, en el clima de guerra cultural que está caracterizando nuestro tiempo presente.

5. Bibliografía

- ADEGI (2014 y 2017): *Guía. Nueva cultura de empresa*. Disponible en <https://www.adegi.es/guianuevomodelo/> [acceso 22/03/2019].
- ALONSO, Luis Enrique (1998): *La mirada cualitativa en la sociología*, Madrid, Fundamentos.
- ALONSO, Luis Enrique (2014): «El contexto sociopolítico de la crisis económica: límites institucionales y protesta social», en García, Norberto y Ruesga, Santos (coords.), *¿Qué ha pasado con la economía española?*, Madrid, Pirámide, 83-116.
- ALONSO, Luis Enrique y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. (2013a): *Los discursos del presente. Un análisis de los imaginarios sociales contemporáneos*, Madrid, Siglo XXI.
- ALONSO, Luis Enrique, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. (2013b): «Los discursos del *management*: una perspectiva crítica», *Lan Harremanak*, 28, 42-69.
- ALONSO, Luis Enrique y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. (2018): *Poder y sacrificio: los nuevos discursos de la empresa*, Madrid, Siglo XXI.
- ALONSO, Luis Enrique y MARTÍNEZ LUCIO, Miguel (2006): *Employment Relations in a Changing Society: Assessing the Post-Fordist Paradigm*, Basingstoke, Palgrave Macmillan.
- BAUMAN, Zygmunt (2003): *Modernidad líquida*, Buenos Aires, FCE.
- BOLTANSKI, Luc y CHIAPPELLO, Ève (2002): *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, Akal.
- BOURDIEU, Pierre (1998): *La distinción*, Madrid, Taurus.
- BRUNAT, David (2017): «La miseria de ser becario de Adrià, Muñoz o Berasategui: 16 horas a palos y sin cobrar», disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/2017-04-24/los-becarios-de-adria_1371187/ [acceso 21/04/2019].
- COLLINS, David (2000): *Management fads and buzzwords*, Londres, Routledge.
- CONDE, Fernando (2009): *Análisis sociológico del sistema de discursos*, Madrid, CIS.
- DELEUZE, Gilles (1999): «Post-scriptum sobre las sociedades de control», en *Conversaciones*, Valencia, Pre-Textos, 277-286.
- DIARIO VASCO (2019): «Tapia pide empresas bien gestionadas ante la pugna mundial del talento», disponible en <https://www.diariovasco.com/agencias/paisvasco/201901/18/tapia-pide-empresas-bien-1332023.html> [acceso 01/03/2019].
- DI MAGGIO, Paul y POWELL, Walter W. (1983): «The iron cage revisited» institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields, *American Sociological Review* 48, 147-160.
- DU GAY, Paul (2012): *En elogio de la burocracia*, Madrid, Siglo XXI.
- DUNDON, Tony y RAFFERTY, Anthony (2018): «The (potential) demise of HRM?», *Human Resource Management Journal*, 28(3), 377-391.
- EFE (2015): «El 55 % de las empresas se suman a la “nueva cultura” de Adegí», disponible en https://elpais.com/ccaa/2015/01/16/paisvasco/1421431692_283303.html [acceso 14/02/2019].
- ELA (2014): «La patronal Confebask pretende destruir lo que no controla», en <https://www.ela.eus/es/noticias/la-patronal-confebask-pretende-destruir-lo-que-no-controla> [acceso 15/04/2019].

- ELA (2018): «PNV y PSE-EE desprecian la representación sindical elegida por la clase trabajadora vasca», disponible en <https://www.ela.eus/es/noticias/pnv-y-pse-ee-desprecian-la-representacion-sindical-elegida-por-la-clase-trabajadora-vasca/institucionalizacion-del-dialogo-social-nota.pdf> [acceso 29/01/2019].
- ELORRIETA, JOXE (2016): *Una mirada sindical contracorriente. Clase, territorio y nuevas alianzas*, Barcelona, Icaria.
- ENTEMAN, Willard F. (1993): *Managerialism : the emergence of a new ideology*, Madison, WI, University of Wisconsin Press.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. (2007): *El discurso del management: tiempo y narración*, Madrid, CIS.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. (2011): «El gato que caza nuestros ratones: China como colección de mitologías», *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, 115, 79-88.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. (2013), «The Learning Environment and the Politics of Globalization — Consultants and business schools between destandardization and rhetoric», en Martínez Lucio, Miguel (Ed.), *International Human Resource Management: an Employment Relations Perspective*, Londres, Sage, 181-200.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. y GANTMAN, Ernesto (2011): «Importers of Management Knowledge: Spain and Argentina in the 20th century (1955–2008)», *Canadian Journal of Administrative Sciences*, 28(2), 160–173.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J., IBÁÑEZ ROJO, Rafael y MARTÍNEZ LUCIO, Miguel (2016): «The reform of collective bargaining in the Spanish metal and chemicals sectors (2008–2015): the ironies and risks of de-regulating employment regulation», en KOUKIDAKI, Aristeia, TAVORA, Isabel y MARTÍNEZ LUCIO, Miguel (Eds.), *Joint regulation and labour market policy in Europe during the crisis*, Bruselas, ETUI, 499-553.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. y MARTÍNEZ LUCIO, Miguel (2014): «El discurso del despido libre en España: una reflexión sobre el papel de los mitos y los prejuicios en las políticas de empleo españolas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 32 (1), 191-219.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. y MEDINA-VICENT, María (2017): «Los nuevos discursos del management: difusión, impactos y resistencias», *Recerca: Revista de Pensament i Anàlisi*, 20, 7-14.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. y SERRANO PASCUAL, Amparo (coords.) (2014): *El paradigma de la flexiguridad en las políticas de empleo españolas: un análisis cualitativo*, Madrid, CIS.
- FUNDACIÓN FOESSA (2014): *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, Madrid, Fundación FOESSA.
- GANTMAN, Ernesto (2005): *Capitalism, Social Privilege and Managerial Ideologies*, Aldershot, Ashgate.
- GARCÍA, Norberto y RUESGA, Santos (coords.) (2014): *¿Qué ha pasado con la economía española?*, Madrid, Pirámide.
- HARVEY, David (2007): *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal.
- HUCZYNSKI, Andrzej (1993): *Management gurus: what makes them and how to become one*, Londres, Routledge.
- KEUNE, Maarten y SERRANO PASCUAL, Amparo (Eds.) (2014): *Deconstructing Flexicurity: Towards New Concepts and Approaches for Employment and Social Policy*, Oxon, Routledge.
- KIPPING, Mathias y ENGWALL, Lars (eds.) (2002): *Management Consulting: Reference and Dynamics of a Knowledge Industry*, Oxford, Oxford University Press.
- KLIKAUER, Thomas (2015): «What Is Managerialism?», *Critical Sociology*, 41(7-8), 1103-1119.

- KORTABARRIA, Germán (2016): *No pudimos ser amables. ELA 1976-2006*, Arre, Pamiela.
- LAPARRA, Miguel y PÉREZ ERANSUS, Begoña (coords.) (2013): *Crisis y factura social en Europa: Causas y efectos en España*, Barcelona, La Caixa.
- LAS HERAS, JON (2018): *¿Democracia sin sindicatos? Trabajadoras en DHL-Mercedes dicen NO a una doble escala*, Documento 41, Bilbao, Manu Robles-Arangiz Institutua Fundazioa.
- LASH, Scott, y URRY, John (1987): *The End of Organized Capitalism*, Oxford, Polity Press.
- LAVAL, Christian, y DARDOT, Pierre (2013): *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Barcelona, Gedisa.
- MARTÍN, Xabier (2019), *Nueva Cultura de Empresa, viejo Caballo de Troya*, Documento 43, Bilbao, Manu Robles-Arangiz Institutua Fundazioa.
- MAZZA, Carmelo y ÁLVAREZ, José Luis (2000): «Haute couture and Prêt-à-Porter: The popular press and the diffusion of management practices», *Organization Studies*, 21(3), 567–588.
- MEARDI, Guglielmo (2014): «Employment Relations under External Pressure: Italian and Spanish Reforms in 2010–12», en Hauptmeier, Marco y VIDAL, Matt (eds.), *Comparative Political Economy of Work*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 332–350.
- MICKLETHWAIT, John y WOOLDRIDGE, Adrian (1998): *La hora de los gurús: visionarios y nuevos profetas de la gestión empresarial*, Madrid, Alianza.
- PARKER, Martin (2002): *Against Management*, Cambridge, Polity Press.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS (2018): «Temas candentes de la economía vasca La visión de los empresarios». Disponible en <https://www.pwc.es/es/publicaciones/economia/assets/temas-candentes-economia-vasca.pdf> [acceso 18/03/2019].
- REVILLA, Juan Carlos y TOVAR MARTÍNEZ, Francisco José (2011): «El control organizacional en el siglo XXI: en busca del trabajador autodisciplinado», *Revista española de investigaciones sociológicas*, 135, 47–68.
- ROCHA, Fernando (2014): «Crisis and Austerity Policies in Spain: Towards an Authoritarian Model of Industrial Relations», en ROCHA, Fernando (ed.) *The New EU Economic Governance and its Impact on the National Collective Bargaining Systems*, Madrid, CCOO, 175–204.
- SANTOS ORTEGA, Antonio y MUÑOZ-RODRÍGUEZ, David (2018): «¿Qué es esa cosa llamada intraemprendedor? Gestión del trabajo en el capitalismo cognitivo y concepciones emprendedoras», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36(2), 285–303.
- SARATXAGA, Koldo (2007): *Un nuevo estilo de relaciones: para el cambio organizacional pendiente*, Madrid, Pearson.
- WEDLIN, Linda (2006): *Ranking Business Schools: Forming Fields, Identities and Boundaries in Management Education*, Cheltenham, Edward Elgar.
- WILLMOTT, Hugh (2007): «La fuerza es la ignorancia, la esclavitud es la libertad: la gestión de la cultura en las organizaciones modernas», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos J. (Ed.), *Vigilar y Organizar: una introducción a los Critical Management Studies*, Madrid, Siglo XXI, 103–160.

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LAS MUJERES GESTANTES. ASPECTOS JURÍDICOS Y ÉTICOS

Gestational surrogacy and pregnancy women. Legal and ethical aspects

ITXASNE ABASOLO BARANDIKA*

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

La gestación por sustitución es un método de reproducción muy controvertido que cada vez tiene más presencia en nuestra sociedad.

En España, los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho, sin embargo, se está empezando a cuestionar si es necesaria una regulación de la gestación por sustitución ya que tanto la Sala de lo Civil como de la de lo Social del Tribunal Supremo han dictado sentencias que están provocando efectos jurídicos de estos contratos, legalizando *de facto* la gestación por sustitución.

La mujer gestante en este proceso solo es tratada como un medio para conseguir tener niñas y niños, y no tienen ninguna visibilidad ni capacidad de decisión durante todo el proceso de la gestación, pasa de ser una persona a ser tratada como un objeto.

Palabras clave: contratos de gestación por sustitución, prestación de maternidad, mujeres gestantes, reproducción humana asistida

ABSTRACT

Gestational surrogacy is a controversial reproductive method that is becoming very popular in our society.

In Spain surrogacy agreements are no valid legally speaking but it is beginning to be questioned whether it is necessary to regulate gestation by substitution since both the Civil and Social Courts of Supreme Court is passing sentences which are causing legal effects on these agreements, legalizing de facto gestational surrogacy.

Surrogate woman is just seen as means of delivering babies and she is not involved in the whole process neither makes any decision, she is the subject of the process but in fact is treated like an object.

Keywords: surrogacy contracts, maternity pay, gestational carrier, assisted human reproduction

* **Correspondencia a:** Itxasne Abasolo Barandika. Getxo, Bizkaia – iabasolob@gmail.com – <https://orcid.org/0000-0002-0822-4661>

Cómo citar: Abasolo Barandika, Itxasne. (2019). «La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos»; *Lan Harremanak*, 41, 260-297. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20825>).

Recibido: 6 mayo, 2019; aceptado: 24 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

SUMARIO

1. Introducción.—2. Marco teórico.—3. Marco normativo. 3.1. Normativa española. 3.2. Instrucciones de la dirección general de los registros y del notario.—4. La inscripción registral de las personas nacidas mediante gestación por sustitución. 4.1. El orden público internacional español. 4.2. El interés superior del menor. 4.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 4.3. Algunas consideraciones.—5. Prestación de maternidad en la gestación por sustitución.—6. Situación de las mujeres gestantes.—7. Situación sociopolítica.—8. Conclusiones.—9. Bibliografía.

1. Introducción

En la actualidad la gestación por sustitución es un tema candente en nuestra sociedad ya que, en el mundo globalizado en el que nos movemos, cada vez se oye hablar más de la gestación por sustitución (coloquialmente se conoce más por gestación o maternidad subrogada). Sin embargo, es un tema bastante desconocido para la sociedad ya que únicamente se sabe que en España es ilegal y que existe un movimiento social a favor de su legalización.

La información que le está llegando a la mayoría de la sociedad sobre la gestación por sustitución es la que transmite los medios de comunicación, que suelen recoger principalmente la información que nos transmiten las personas públicas que han recurrido a este método de reproducción humana¹ para conseguir ser madres y padres. Esto se traduce en que la información que tiene la sociedad es capciosa porque solo refleja las bondades sobre la gestación por sustitución, ya que se nutre únicamente de la opinión de las personas que están a favor. Muy pocas personas que se posicionan en contra de la gestación por sustitución, tienen voz en espacios de gran audiencia en los que se les permita exponer sus argumentos.

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), recoge la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, sin embargo desde hace décadas existe una gran controversia al respecto que ha dado pie a la elaboración de diversos informes

¹ La reproducción humana asistida consiste en la utilización de diversas técnicas, como puede ser la inseminación artificial o la fecundación in vitro, mediante las cuales se llega a reproducir un ser humano, pero sin mantener relaciones sexuales.

bioéticos². En cambio, la gestación por sustitución ha llegado hace pocos años a los oídos de toda la sociedad porque cada vez hay más personas, sobre todo parejas de hombres homosexuales y personas solteras³, que están optando por este método reproductivo, lo que ha hecho que la controversia también se traslade a la sociedad y por extensión al poder judicial.

Con relación al poder judicial hay que destacar que cada vez se están dictando más sentencias que recogen los efectos jurídicos que se han desplegado y que se están desplegando, en la regulación de diferentes derechos de las personas que han utilizado este método de reproducción en aquellos países en los que está legalizado. Por lo que uno de los primeros objetivos de este trabajo es analizar cuáles son esos efectos jurídicos.

El primero de ellos hace referencia a la determinación de la filiación de las personas nacidas por gestación por sustitución, ya que las oficinas consulares del Registro Civil se han negado a su inscripción. Este hecho ha supuesto que la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante DGRN), tenga un papel determinante a este respecto tras las resoluciones que emitieron en el año 2009, 2010, y más recientemente, en el mes de febrero de 2019.

Otro efecto jurídico que se ha desplegado con los contratos de gestación por sustitución, es que en el mes de octubre de 2016, el pleno de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo (en adelante TS) creó jurisprudencia al estimar dos recursos de casación para la unificación de la doctrina, en los que se reconocía el derecho al cobro de las prestaciones por maternidad a una progenitora y un progenitor de un niño y dos niñas respectivamente, nacidos tras la celebración de estos contratos. Tras el análisis de una de las sentencias se podrá comprobar cómo ha sido posible el reconocimiento del derecho a percibir una prestación social, como es la prestación de maternidad, aun cuando la vía empleada para llegar a ser madre o padre es contraria al ordenamiento jurídico español.

Otro de los objetivos que tiene este trabajo es dar visibilidad a las grandes desconocidas de la gestación por sustitución, las mujeres gestantes. Cuando se oye hablar de ellas, únicamente se suele hacer referencia a su voluntariedad a la hora de realizar estos contratos y a la libertad de elección que tienen, ya que no los realizan por necesidad económica⁴. Además de sonar a justificación, se trata

² El último informe publicado es el «Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada» el 16 de mayo de 2017.

³ Históricamente tanto las parejas homosexuales como las personas solteras han estado vetadas a la posibilidad de optar a adopciones o acogimientos, ya que tanto la orientación sexual como el estado civil son determinantes a la hora de obtener la idoneidad para adoptar. Sin embargo, en España este hecho ha sido modificado en el año 2005 gracias a la aprobación de la ley para poder contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no ha afectado a las personas solteras.

⁴ Este argumento es el más empleado por aquellas personas que acuden a países donde está permitida la gestación por sustitución altruista, o en el Estado de California porque se trata de un país del

de una información sesgada porque no refleja toda la realidad sobre el proceso de gestación por sustitución, ni los problemas por lo que pueden pasar las mujeres gestantes tras ser sometidas a tratamientos hormonales y/o hiperestimulación ovárica, tratamientos duros y que pueden tener consecuencias para la salud de las mujeres gestantes (Balaguer, 2017: 158).

Teniendo en cuenta todos estos factores, la finalidad de este trabajo es analizar si es necesario legalizar o no la gestación por sustitución, ya que a pesar de considerarse los contratos de gestación por sustitución nulos de pleno derecho, en las salas 1.^a y 4.^a del TS se están dictando sentencias que han creado jurisprudencia, y que están fomentando su regularización en algunos casos y en otros indican la necesidad de legislar, lo que hace pensar que el poder judicial está aprobando de facto la gestación por sustitución.

2. Marco teórico

La gestación por sustitución con el transcurso del tiempo ha pasado por diferentes situaciones gracias al avance de la medicina en el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción humana, las cuales han hecho posible que una mujer geste la hija o hijo para una tercera persona. Inicialmente esta técnica de reproducción se llevaba a cabo a través de la inseminación artificial del semen de un hombre en el óvulo de una mujer. Pero tras décadas de investigación, a finales de la década de los 70 se consiguió fecundar el óvulo de una mujer con el espermatozoide de un hombre en un laboratorio, pasando a denominarse esta técnica como fecundación *in vitro* por tratarse de una fecundación fuera del cuerpo (Medline plus, 2017). El éxito de la fecundación *in vitro* se materializó en 1978 cuando nació la primera niña probeta⁵ en Reino Unido, lo que supuso una revolución para la reproducción humana a nivel mundial.

Eleonora Lamm define la gestación por sustitución como

«una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente» (Lamm, 2013: 24).

Sin embargo, la Asociación de Familias por Gestación Subrogada «Son nuestros hijos» (en adelante, SNH) responde a la pregunta de qué es la subroga-

primer mundo y por tanto se presupone que las mujeres gestantes no tienen necesidad económica para hacerlo, aunque en ese Estado esté permitida la compensación económica por realizar la gestación.

⁵ Término con el que se denominó a las personas nacidas mediante la técnica de fecundación *in vitro* durante los primeros años en que se empleó esta técnica de reproducción.

ción gestacional como una técnica de reproducción asistida en la que una mujer, la gestante, hace donación de su capacidad gestacional. Se encuadra dentro de las técnicas de reproducción asistida que precisan de la colaboración de terceras personas para llevarse a cabo, y entre otras se incluye la donación del útero entendida como la donación de la capacidad gestacional, que ocasiona un proceso de gestación subrogada (Son nuestros hijos, 2008).

Como se puede comprobar existen diferencias entre una y otra definición. La primera de las definiciones es neutra y expone los efectos jurídicos que despliega esta técnica de reproducción sobre las niñas o niños nacidos. Sin embargo, la segunda es una definición más intencional porque SNH es una asociación partidaria de la utilización y legalización de la gestación por sustitución, motivo por el que hace especial hincapié en la donación de la capacidad gestacional sin llegar a describir la técnica en sí.

En este trabajo se define la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida que consiste en que una mujer, conocida como *mujer gestante*, accede de manera altruista o lucrativa, a gestar a la hija o hijo de terceras personas, que según sea el caso, se denominan *madres y/o padres de intención o intencionales*⁶.

Para poder llevar a cabo esta gestación, se debe realizar un contrato de gestación por sustitución entre la mujer gestante y las madres y/o padres intencionales, en el que se recogerán cómo va a realizarse la técnica de reproducción, aspectos formales que varían según sea el país elegido para llevar a cabo la gestación⁷, se especifica cómo y cuándo se va a realizar la entrega de la niña o niño fruto de la gestación y lo más importante, la renuncia de la mujer gestante a sus derechos de maternidad, filiación y patria potestad.

Existen varias tipologías de gestación por sustitución en función del aporte genético que realice la mujer gestante a la niña o niño:

- ***Gestación subrogada tradicional:*** Consiste en que la mujer gestante también aporta sus óvulos, lo que se realiza a través de una inseminación artificial y por tanto también será la madre biológica de la hija o hijo que nazca. En este tipo de gestación, no importa si el semen corresponde al padre intencional o a un donante.

⁶ Estas terceras personas puede ser una pareja heterosexual u homosexual y también puede tratarse de una mujer o un hombre que deciden llevarlo a cabo en solitario.

⁷ Entre otros aspectos puede reflejar la determinación de la responsabilidad económica de los gastos médicos que se generen, desde el embarazo hasta la recuperación del parto, cuantía y condiciones de pago de la indemnización económica que percibirá la mujer gestante si la gestación se realiza de manera lucrativa, quién tendrá derecho a decidir en caso de riesgo médico para la mujer gestante, etc.

— ***Gestación subrogada gestacional:*** En este caso la técnica de reproducción humana empleada es la fecundación in vitro ya que se implanta en la mujer gestante un embrión, sin que exista ninguna relación genética entre esta mujer y la niña o niño que nazca.

Dentro de esta tipología existen tres subtipos de gestación subrogada gestacional (Aragón, 2017: 2):

- a) Consiste en la implantación de un embrión que es el resultado de la aportación genética de dos personas donantes, por lo que ni la mujer gestante ni la madre y/o padre intencionales tienen ninguna vinculación genética.
- b) En este caso se implanta un embrión en la mujer gestante, que es resultado de la aportación genética de una persona donante y de la madre o padre intencional, por lo que existirá vinculación genética entre uno/a de ellos/as y la niña o niño que nazca.
- c) Este último subtipo consiste en la implantación de un embrión en la mujer gestante, que es el resultado de la aportación genética de la madre y padre intencionales.

El tipo de gestación que más habitualmente suele utilizarse es la gestación subrogada gestacional, ya que, en el caso de las parejas heterosexuales, es una manera de que en caso de que se pudiera, la madre intencional pueda aportar su material genético. De todas formas, la tipología está sujeta a la regulación del país escogido para llevar a cabo la gestación, y la situación de las madres y/o padres intencionales, tanto por su situación personal (parejas casadas, no casadas o personas solteras) como por su capacidad fisiológica (posibilidad de aportar material genético o no).

Por tanto, en el contrato que se elabore para la realización de la gestación por sustitución, además de la mujer gestante y de la madre y/o padre intencionales, también aparecerá la tipología de gestación que se va a realizar.

Teniendo en cuenta lo expuesto, existen diversos aspectos éticos que han dado lugar a que exista siempre una controversia en relación a la gestación por sustitución. El hecho de que se utilice el cuerpo de una mujer, o parte de él, para gestar una persona sobre la que no va a tener ningún derecho ni obligación, hace que se planteen diversas cuestiones sobre la idoneidad de este método de reproducción humana.

En España actualmente no está permitida la gestación por sustitución, pero cada vez se oye hablar más sobre ella, porque muchas parejas, sobre todo de hombres homosexuales y personas solteras, están recurriendo a este método en vez de a la adopción o acogida. Y éstas dos últimas opciones sí que están legal-

mente reguladas para las parejas del mismo sexo, ya que en España, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil para que las personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, se dejó de discriminar por razón de sexo a las parejas que quisieran optar por la adopción o el acogimiento.

Además de los aspectos éticos, también existen argumentos morales que se posicionan en contra de la gestación por sustitución, en concreto hay que mencionar a la Iglesia católica, una institución que siempre se ha posicionado en contra de cualquiera técnica de reproducción asistida ya que únicamente conciben que la reproducción humana se realice entre un hombre y una mujer. Teniendo en cuenta el modelo de familia que ensalzan, es lógico que se opongan al matrimonio entre parejas del mismo sexo y que no conciban como familia a una pareja homosexual con hijas o hijos, o a una persona soltera afrontando la maternidad o paternidad en solitario.

3. Marco normativo

El marco normativo sobre la gestación por sustitución es escaso ya que como se ha indicado anteriormente, se trata de un método de reproducción asistida muy polémico y que no está regulado en muchos países.

Como precedente únicamente puede nombrarse la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Condado de Orange (California) de 20.05.1993, en el caso de Johnson contra Calvert (Justia US law, 1993), cuando el Tribunal dio validez legal al contrato de gestación por sustitución llevado a cabo entre Anna Johnson y el matrimonio Calvert, y obligó a la mujer gestante a entregar el niño fruto de la fecundación *in vitro* realizada con la aportación genética del matrimonio Calvert.

Con esta sentencia, por primera vez en el mundo un Tribunal legalizó *de facto* la gestación por sustitución en el Estado de California⁸, y hasta el año 2013 no se ha desarrollado ninguna ley en este Estado que regule la gestación por sustitución. En ese año se aprobó una ley que regulaba el carácter mercantil de los contratos de gestación por sustitución, y se destacan tres puntos que intentan dar seguridad a las mujeres gestantes y a las madres y/o padres intencionales: cada parte implicada debe tener su propia/o abogada/o, no pueden compartirlos; la formalización del contrato debe llevarse a cabo antes del inicio del proceso; y por último, la ley de California permite tener una resolución judicial

⁸ No existe ningún precedente a esta sentencia en ningún país en cuanto a la legalización de la gestación por sustitución, aunque es sabido que estos contratos se realizaban *sotto voce* en algunos países como India o México, e incluso en algunos Estados de EE.UU.

antes del nacimiento de la niña o niño, en el que nombra a las madres y padres intencionales como tales y determina la filiación en favor de ellas y ellos (Ximénez de Sandoval, 2017).

En cuanto al derecho comunitario, tanto en el originario como en el derivado, no se hace ninguna mención a la gestación por sustitución, directamente no se contempla. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), para los casos que le han llegado en cuanto a la negativa de países miembros a inscribir a menores nacidos tras recurrir a la gestación por sustitución, sí que se ha pronunciado en base a la protección del interés superior del menor.

Por este motivo se puede traer a colación el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) en el que se garantiza el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio, el artículo 33 de la CDFUE en el que se garantiza la protección a la familia en los planos jurídico, económico y social, y por último el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CDHLF) en el que se recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar de las personas, y el artículo 12 donde se recoge que las personas tienen derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el derecho de este ejercicio.

Aunque *a priori* parece que no tenga mucha relación con el tema objeto de estudio, en las sentencias que se mencionan más adelante se podrá comprobar que la familia ha sido un argumento recurrente en las distintas jurisdicciones que se han pronunciado con relación a la gestación por sustitución, en especial el artículo 8 del CDHLF, que ha sido decisivo para pronunciamientos favorables a las reclamaciones llevadas a cabo por las madres y padres intencionales en España, y en el caso del TEDH ha sido clave para la autorización de la inscripción registral de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución tanto en Francia como en Italia.

3.1. Normativa española

En la actualidad, la gestación por sustitución está recogida en la LTRHA 14/2006, en cuyo artículo 10 se recoge que los contratos en los que se convenga la gestación por sustitución son nulos de pleno derecho. Sin embargo, hasta llegar a esta norma, existen unos antecedentes que se considera fundamental citar para conocer cómo el poder legislativo, ha tenido en consideración la opinión de expertos antes de declarar la nulidad de estos contratos.

El 22 de noviembre de 1988 el Congreso de los Diputados aprobó la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. En la exposición de motivos apartado III de esta ley se hace referencia a la necesidad de tener en consi-

deración la gestación por sustitución, ya que la propia ley regula nuevas técnicas de reproducción para esa época, como es la fecundación *in vitro*.

Pero para llegar a regular estas nuevas técnicas de reproducción, se creó una Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, a la cual se le encomendó la realización de un Informe bioético, popularmente conocido como Informe Palacios⁹, que fue aprobado por el Congreso de los Diputados el 21 de abril de 1986 (Congreso de los Diputados, 1986).

En el Informe Palacios se hace referencia a la gestación por sustitución ya que le dedica un apartado, el H. En este apartado se recogen tres puntos, siendo el primero el 115 y donde se dice expresamente que «*deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia*»; en el punto 116 recomienda que sean sancionados penalmente «*o del tipo que procediera*» los participantes en la gestación por sustitución, desde la mujer gestante y las/os progenitoras/es, pasando por las agencias que intermedien y los equipos médicos que las realicen; y en el último punto, el 117, también se dice que deberán ser sancionados todos los centros sanitarios o servicios donde se lleven a cabo las técnicas de reproducción para la gestación por sustitución.

En el debate parlamentario que se llevó a cabo para su aprobación, a pesar de que hubo discrepancias sobre las recomendaciones que se realizaban en el Informe con relación a las técnicas de reproducción, en cuanto a la gestación por sustitución no hubo debate alguno ya que de manera unánime se aprobó el apartado H (Balaguer, 2017: 76-77).

Como consecuencia de lo expuesto en el Informe Palacios, en la Ley 35/1998 sobre Técnicas de Reproducción Asistidas se incluyó un artículo específico para la gestación por sustitución, el artículo 10, que dice textualmente que

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

En el año 2003 se aprobó la Ley 45/2003 para la modificación de ciertos aspectos de la Ley 35/1998, como por ejemplo la limitación de la producción del número de ovocitos en cada ciclo reproductivo. Sin embargo, para cuando se aprobó la ley se pudo comprobar que no era suficiente porque únicamente daba una respuesta parcial a nuevos avances (realizados con posterioridad a la publicación de la ley) de la medicina en este campo.

⁹ Se le denominó de esta manera por deferencia al presidente de la Comisión, el diputado D. Marcelo Palacios.

Ante las carencias que presentaba, se derogó la Ley 35/1988 con la entrada en vigor de la LTRHA, en la que se contemplaban todas las reformas necesarias y recogidas por la Comisión Nacional de Reproducción Humana.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, esta ley recoge en su artículo 10 exactamente lo mismo que se decía en el artículo 10 de la Ley 35/1988, lo que reafirma la opinión que el poder legislativo tiene sobre la gestación por sustitución, ya que a pesar de haber transcurrido casi dos décadas entre una y otra ley, el precepto no ha sido modificado en ninguna palabra.

Con relación al artículo 10 de la LTRHA es necesario realizar un breve análisis de todos los puntos que comprende, ya que servirá para comprender algunas de las decisiones judiciales de la Sala de lo Social del TS.

En el primero de ellos se especifica que los contratos que se realicen para llevar a cabo una gestación por sustitución serán nulos de pleno derecho, es decir, no tendrán validez legal porque los actos en él recogidos se consideran nulos. La nulidad de estos actos significa que estos contratos no pueden tener efectos jurídicos.

En el segundo punto se recoge que la filiación de las niñas o niños nacidos mediante gestación por sustitución será determinada por el parto. Con este punto queda claro que para el ordenamiento jurídico español, la madre de una niña o niño será siempre la persona que les alumbró, por lo que una mujer que formalice un contrato la gestación por sustitución, aunque se realice con su aportación genética, nunca podrá considerarse como madre porque no ha parido a su hija/o.

En el último punto se hace referencia a la posibilidad de reclamar la paternidad a los hombres que para realizar la gestación hayan aportado material genético. Este punto abre una vía legal para que a los padres biológicos se les pueda atribuir la paternidad con acuerdo al ordenamiento jurídico español.

3.2. Instrucciones de la Dirección general de los registros y del notariado

A pesar de lo que se describe en el artículo 10.2 de la LTRHA, la DGRN está teniendo un papel determinante en el régimen registral de la filiación de las niñas o niños nacidos mediante la gestación por sustitución, ya que desde el año 2009 ha emitido varias resoluciones al respecto.

Aunque la resolución del 18 de febrero de 2009 fue anulada por la Sala 1.^a del TS, previamente a este dictamen y tras la resolución judicial emitida por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 15 de Valencia, el cual también se pronunció en los mismos términos que lo haría con posterioridad el TS, la DGRN procedió a emitir una nueva resolución el 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En esta resolución la DGRN considera necesario proteger jurídicamente el interés superior del menor, y por este motivo determina que es imprescindible establecer criterios de acceso al Registro Civil para las personas nacidas en el extranjero mediante la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Para llevar a cabo esta protección desde una perspectiva global, es necesario abordar los siguientes aspectos:

- a) Se dota de los instrumentos necesarios para que se pueda inscribir en el Registro Civil a la persona nacida cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española.
- b) La inscripción registral en ningún momento podrá permitir una apariencia de legalidad para supuestos de tráfico internacional de menores.
- c) Cumplir con el derecho de la o el menor a conocer su origen biológico, tal y como se establece en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A continuación, además de la presentación de la solicitud registral, establece como criterio previo para las personas nacidas mediante el método de gestación por sustitución, la presentación de una resolución judicial dictada por un tribunal competente, con el fin de controlar el cumplimiento de los requisitos y contenido del contrato respecto al marco legal del país en que se ha formalizado, así como para proteger los intereses de las personas que nazcan y de las mujeres gestantes¹⁰.

Para finalizar, la DGRN justifica su exigencia de la resolución judicial por el hecho de que en el artículo 10.3 LTRHA se recoge la posibilidad de la determinación de la filiación, mediante la exigencia de acciones procesales y resoluciones judiciales para reconocer la paternidad de las personas nacidas como consecuencia de una gestación por sustitución. Por este motivo se protege el interés superior del menor, facilitando de esta manera, la continuidad transfronteriza de la relación de filiación declarada por un tribunal extranjero.

Respecto a esta Instrucción cabe destacar varios aspectos importantes. El primero de ellos es que pretende poner fin al incumplimiento del orden público internacional español, ya que considera que con una resolución judicial de un tribunal, en el que tienen que establecerse que el contrato de gestación por sustitución está cumpliendo con la ley del país en el que se haya formalizado, es suficiente para mantener el orden público, sin embargo no tiene en cuenta que esta resolución judicial es contraria a una Ley española como es la LTRHA.

¹⁰ La intención de la DGRN es controlar que las mujeres gestantes estén en plenas facultades mentales y no han sido obligadas a llevar a cabo la gestación.

En segundo lugar, la DGRN alega nuevamente la necesidad de velar por el interés superior del menor y para ello cita el artículo 7.1 de la Convención sobre los derechos del niño. Sin embargo, lo que no se refleja es lo que se dice en el apartado 2 del mismo artículo, donde se refleja que «Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que haya contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera (...)». En esta Instrucción la DGRN ha omitido que para que se pueda inscribir a una niña o niño y que además pueda cumplir con su derecho a conocer su origen, es necesario realizarlo de acuerdo a las leyes del país en el que se quiera inscribir a la o el menor. Está claro que la DGRN está tomando una decisión con esta Instrucción que es contraria a la LTRHA y por tanto no debería ser de aplicación.

En este segundo punto también se establece que de haber una obligación por parte de España para con otros países en este sentido, estaría obligado a realizar la inscripción. Pero no es el caso, más bien lo contrario porque el propio Juzgado de 1.ª Instancia de Valencia, estima la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal por considerar que la resolución anterior de la DGRN era contraria al orden público internacional español. Y a pesar de esta resolución judicial, más bien con motivo de esta sentencia, la DGRN establece un criterio que sigue siendo contrario al orden público por dar validez legal a un efecto jurídico proveniente de un contrato nulo de pleno derecho.

En tercer lugar, no se puede pasar por alto la justificación que utiliza la DGRN para requerir una resolución judicial a las y los progenitores intencionales que formalicen un contrato de gestación subrogada en un país en el que esté permitido, y por tanto en el que se determine la filiación de la persona nacida por una autoridad del país elegido.

Su justificación se basa en la lectura que realiza del artículo 10.3 de la LTRHA, en el que se establece la posibilidad que tienen los padres intencionales de solicitar la paternidad en caso de ser los padres biológicos. Pero la Instrucción no tiene en cuenta que esta posibilidad únicamente la tienen aquellos padres intencionales que hayan aportado material genético a la hora de realizar esta técnica de reproducción asistida. Sin embargo, la DGRN no realiza ninguna distinción entre los padres biológicos o no biológicos, de hecho, para no vulnerar el artículo 14 de la CE, no realiza ninguna mención respecto a la paternidad y únicamente solicita una resolución judicial donde se determine la filiación de la persona nacida.

Por último, habría que mencionar el motivo que le ha llevado a la DGRN a aprobar esta Instrucción para determinar la filiación de las personas nacidas por gestación por sustitución. En la propia Instrucción se hace alusión al matrimonio de hombres que solicitaron la inscripción registral de sus hijos y que, ante la negativa de las oficinas consulares, decidieron interponer un recurso. Además en

todo momento hace referencia a la capacidad de solicitar la paternidad en base al artículo 10.3 de la LTRHA, pero en ningún momento sugiere la situación en la que se encuentran las madres intencionales.

El problema es que la Instrucción se ha realizado en base a la situación personal de una pareja concreta en un lugar concreto, como es el Estado de California, donde los tribunales son claramente favorables a la gestación por sustitución. De hecho, en este Estado, tal y como se ha comentado con anterioridad, desde el momento en el que se tiene conocimiento del embarazo de la mujer gestante, los tribunales ya resuelven judicialmente que la mujer gestante renuncia a las obligaciones y derechos para con la o el menor, y las/os progenitoras/es intencionales son los que ejercerán como tales legalmente, por lo que en esa resolución ya se determina la filiación de la persona que va a nacer.

Teniendo en cuenta esta situación legal que únicamente se establece en California, la DGRN ha aprobado una Instrucción sobre cómo debe realizarse la inscripción registral de todas y todos los menores nacidos tras una gestación por sustitución en cualquier país en el que esté legalizada. Amparándose en el interés superior del menor, esa Dirección legaliza de facto la gestación por sustitución, ya que un efecto jurídico de ésta es la filiación de las y los menores y su inscripción en el Registro Civil.

El 14 de febrero de 2019, la DGRN procedió a emitir una nueva Instrucción sobre la actualización del régimen registral de la filiación de las niñas y niños nacidos mediante gestación por sustitución, ya que con el transcurso del tiempo habían surgido nuevas disposiciones, jurisprudencia y doctrina (a las que cita en la propia Instrucción) que evidenciaban la necesidad de anteponer el interés superior del menor al orden público internacional porque las y los menores tienen derecho a preservar su identidad, incluida su nacionalidad, y las relaciones familiares .

Además de proteger los derechos de las y los menores, la DGRN justifica la emisión esta nueva resolución aduciendo que se debe proteger otros bienes y principios jurídicos como el respeto a la dignidad y e integridad de las mujeres gestantes, y también quiere prevenir la mercantilización de la filiación de estas niñas y niños.

Por todo ello la DGRN cree necesario adaptar y actualizar la Instrucción del 5 de octubre de 2010 a las novedades normativas y jurisprudenciales que han surgido con posterioridad, y para ello dicta esta nueva Instrucción, la cual sustituye y deroga la del 5 de octubre de 2010, y donde se determina un nuevo procedimiento para la inscripción de las y los menores nacidos mediante gestación por sustitución.

En esta nueva Instrucción, líneas generales se establece que:

- 1.º La inscripción del o la menor nacida mediante gestación por sustitución deberá realizarse aportando una resolución judicial en la que se determine la filiación de la niña o niño, y que será válida tras ser objeto de exequátur.
- 2.º No será admisible la certificación registral extranjera para poder registrar la filiación de la o el menor nacidos mediante gestación por sustitución, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento y en la que no conste la identidad de la madre gestante. Ante la aparición de la identidad de la madre gestante, será necesario la acreditación de la filiación de la niña o niño en relación a una progenitora o progenitor español. En este caso, la pareja de la progenitora o progenitor español, deberá iniciar el trámite de adopción en España para que sea reconocida como madre o padre de la niña o niño nacidos.
- 3.º En caso de que una ley extranjera determine que la filiación de la niña o niño nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución, sea de una persona distinta a la de la mujer gestante, no cabe lo que se determina en el punto anterior, por lo que se cree necesario buscar una solución para que la o el menor no queden desprotegidos ante el abandono de la mujer gestante.

Con esta Instrucción la intención de la DGRN es la de definir de manera más concreta otras posibles causas que den pie a la necesidad de determinar la filiación de las personas nacidas mediante gestación por sustitución, sin embargo cuando plantea la posibilidad de que el menor quede desprotegido en cuanto a su filiación, al amparo de un contrato de gestación por sustitución, la DGRN no establece cómo se debe proceder, únicamente dice que se tendrá que buscar una solución, sin establecer si el país que tiene que buscar esa solución es España o el país extranjero en el que se ha llevado a cabo el contrato, de acuerdo a sus ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el 18 de febrero de 2019, 4 días más tarde de emitirse la Instrucción anterior, la DGRN emitió una nueva resolución sobre el régimen registral de la filiación de las personas nacidas mediante gestación por sustitución.

En esta nueva resolución deja sin efecto la Instrucción del 14 de febrero de 2019 y se establece que para determinar la filiación de las personas nacidas mediante gestación por sustitución, se deberá proceder de conformidad a la Instrucción del 5 de octubre de 2010.

Cabe destacar que todas las necesidades de actualización de la Instrucción del 5 de octubre de 2010 que se recogen en la Instrucción del 14 de febrero de 2019, dejan de ser necesarias cuatro días más tarde porque además del interés superior del menor, la DGRN tiene en consideración a las mujeres gestantes y considera que se debe garantizar su protección frente al peligro de abuso de situaciones de vulnerabilidad.

En esta última Instrucción, la DGRN también hace mención de un nuevo actor en la gestación por sustitución: las agencias mediadoras. Hace, además, especial hincapié en que realizan una actividad lucrativa que no puede considerarse ajustada a derecho. Sin embargo, una vez más, deja en vigor la Instrucción del 5 de octubre de 2010 la cual, como ya se ha expuesto anteriormente, legaliza *de facto* la gestación por sustitución al anteponer el interés superior del menor al orden público internacional.

4. La inscripción registral de las personas nacidas mediante gestación por sustitución

Uno de los primeros problemas que se encuentran las personas que acuden a la gestación por sustitución para tener descendencia, es que en las oficinas consulares del Registro Civil no se permite la inscripción de la o el menor ateniéndose al artículo 10 de la LTRHA, por tanto queda pendiente la determinación de la filiación de las y los menores, al no cumplirse con lo establecido en el artículo 113 del Código Civil.

Tal y como se ha comentado, en el ordenamiento jurídico español la filiación de la niña o niño nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución, será siempre de la madre gestante, de hecho en el artículo 44.4 de la Ley 20/2011 del Registro Civil¹¹, se dice expresamente que la filiación de un nacimiento se determinará conforme a lo establecido por las leyes civil y por lo expresado en la LTRHA¹². Con este precepto, nuevamente queda claro que no es posible determinar una filiación distinta a la establecida en ambas leyes.

Pero a este respecto se han pronunciado la DGRN y la Sala de lo Civil del TS. Las instrucciones emitidas por la primera ya se han expuesto en el punto anterior, y el segundo ha dictado una sentencia significativa contra una primera resolución de la DGRN. Ambos Organismos han declarado posturas contrarias sobre un mismo tema, por lo que, una vez analizadas las instrucciones de la DGRN, se considera necesario analizar la sentencia de la Sala 1.^a del TS ya que es el paso previo para poder reconocer el derecho a la prestación de maternidad.

El 6 de febrero de 2014, la Sala de lo Civil del TS dictó sentencia (n.º de recurso 245/2012) en relación a la impugnación de la resolución emitida por la DGRN el 18 de febrero de 2009, en la que se acordaba la inscripción en el Registro Civil el nacimiento de dos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución.

¹¹ Esta ley entró en vigor el 30 de junio de 2017.

¹² Con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se aplicaba el artículo 23 de la Ley del Registro Civil del 8 de junio de 1957, por lo que en las sentencias y resoluciones dictadas hasta este momento no se ha tenido en cuenta la mención que realiza la Ley 20/2011 a la LTRHA.

Con anterioridad a que la DGRN emitiera esta resolución, la Oficina consular del Registro Civil de Los Ángeles (California) negó la inscripción de los dos menores de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA. Al no estar de acuerdo con esta decisión, los padres¹³ intencionales de los menores presentaron un recurso ante la DGRN, la cual dictó la resolución anteriormente citada, en la que se ordenaba la inscripción de los dos menores¹⁴ en el Registro Civil porque no vulneraba el orden público internacional español, con el registro no se realizaba distinción por la orientación sexual de las personas progenitoras, y por último, establecía que de esta manera se protegía el interés superior del menor.

Ante esta resolución el Ministerio Fiscal procedió a presentar una demanda ante el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 15 de Valencia, impugnando la resolución de la DGRN ya que los certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de California eran contrarios a lo establecido en el artículo 10.2 de la LTRHA sobre la filiación de las personas menores nacidas por gestación por sustitución, y por tanto contrarios al orden público internacional español.

Este Juzgado de 1.^a Instancia, estimó la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y procedió a dejar sin efectos la inscripción registral de los menores. Tras la estimación de la demanda, los padres intencionales apelaron la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto, motivo por el que presentaron recurso de casación alegando vulneración del artículo 14 de la Constitución Española (en adelante CE) en cuanto a la discriminación del derecho de identidad única de los menores por ser hijos de dos hombres, y vulneración del interés superior del menor recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989¹⁵.

En esta sentencia se plantean principalmente dos cuestiones primordiales para el reconocimiento de los certificados de nacimiento expedidos en un país extranjero: el orden público internacional español y el interés superior del menor. Ambos son conceptos jurídicos indeterminados, y por este motivo la Sala realiza una definición de cada uno, con intención de que se pueda entender si los hechos reproducidos en la misma son contrarios o no a estos conceptos.

4.1. El orden público internacional español

Según la Sala 1.^a del TS, se entiende como orden público internacional español «(...) el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratifica-

¹³ Se trata de un matrimonio entre dos hombres.

¹⁴ Se trata de dos niños tal y como se refleja en el Antecedente de Hecho Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo.

¹⁵ Tratado internacional elaborado para proteger los derechos de las niñas y niños, y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990.

dos por España, y los valores y principios que éstos encarnan», o como se entiende en la CE, el orden público sería controlar los actos jurídicos ocurridos en el extranjero y que se pretende que el ordenamiento jurídico español le otorgue validez legal (Balaguer, 2017: 98). Teniendo en cuenta esta premisa, la Sala hace referencia al artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957, porque en este precepto se recoge que la certificación de los asientos extendidos en Registros extranjeros, podrán inscribirse en el Registro Civil siempre y cuando su legalidad sea conforme a la Ley Española, es decir, que respete las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español.

En cuanto a los certificados de nacimiento expedidos por la autoridad californiana, cumplen con la legislación de ese Estado, pero son contrarios a la legislación española porque no respetan lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA. A este respecto, la Sala hace alusión a que no existe ninguna vinculación entre la situación jurídica de estos certificados y el ordenamiento jurídico español, porque considera que los padres intencionales han formalizado en California un contrato de gestación por sustitución huyendo de la legislación española porque los considera nulos de pleno derecho y estipula que la filiación la determina el parto, por lo que no les corresponde a las madres y padres intencionales.

Un derecho constitucional que integraría el orden público internacional español, que además se trata de un derecho fundamental, es el de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, tal y como se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución Española. Y en relación a la dignidad de las personas, en la sentencia se dice textualmente que

(...) en nuestro ordenamiento jurídico español no se acepta que la [...] adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida, vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo que personas intermediarias hagan negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de «ciudadanía censitaria» en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Para que no suceda todo esto, es el Estado quién debe velar por las personas más desfavorecidas, en este caso las mujeres y las niñas y niños, y procurar que no se produzca un mercantilismo con ellas y ellos (Balaguer, 2017: 86). Por este motivo en su momento se reguló tanto la adopción nacional e internacional, como las técnicas de reproducción humana. Y con ese mismo fin, y para que también formen parte del ordenamiento público internacional español, se han declarado los contratos de gestación por sustitución nulos de pleno derecho.

4.2. El interés superior del menor

En cuanto al interés superior del menor, la Sala 1.^a del TS lo define como «(...) “concepto esencialmente controvertido” al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio (...)».

Y reafirmando esta definición en la sentencia se refleja, por un lado, que los padres intencionales para conseguir la determinación de la filiación de los niños en su favor, alegan que se debe realizarse porque son fruto de un contrato formalizado por la legislación de California, y como consecuencia han manifestado interés en los menores e intención de ser padres, y todo ello satisface el interés superior del menor.

Ante estos argumentos la Sala se pronuncia totalmente en contra ya que considera que su aceptación sería como reconocer que el artículo 10 de la LTRHA vulnera el interés del menor. Además, su inscripción determinaría de facto que para las y los menores es mejor estar con una familia con buena situación económica que no en una desestructurada y problemática. El interés superior del menor no puede justificarlo todo, la mercantilización que supone un contrato de gestación por sustitución es contraria a este principio jurídico y a la dignidad de la niña o niño (Balaguer, 2017: 86).

El interés superior del menor no es un principio para que las personas lo utilicen en favor de sus intereses personales, tiene como fin el proteger a las y los menores en todas aquellas lagunas jurídicas que existan, tanto internacionales como dentro del ordenamiento jurídico español, así como el de interpretar la legislación vigente.

Y lo mismo que este concepto jurídico no puede utilizarse en favor de los intereses de las personas, tampoco puede imponerse a otros principios o normas, como por ejemplo el orden público internacional español o la dignidad de la mujer gestante.

De la misma manera que puede darse la mercantilización de las niñas y niños, también puede ocurrir con las mujeres gestantes, llegando a crearse «fábricas de bebés» (Wallis, 2013) en las que las mujeres viven confinadas en pisos donde se alojan durante la gestación, como ha ocurrido en la India. El Estado también tiene obligación de velar por ellas, sobre todo para que no se abuse de mujeres en situación de pobreza, y evitar que se mercantile con la gestación y la filiación de las niñas y niños que nazcan mediante gestación por sustitución.

La Sala también considera que la decisión de denegar la inscripción registral de los niños no vulnera el artículo 8 del CDHLF porque el TEDH en su sentencia del 28 de junio de 2007, Wagner contra Luxemburgo, considera que la

no filiación debe estar prevista por la ley, y que las decisiones tomadas por las autoridades extranjeras deben respetar el orden público internacional, cosa que ocurre en el ordenamiento jurídico español; y también que la no filiación debe evitar la explotación de necesidad en la que se puedan encontrar las mujeres gestantes.

Finalmente, la Sala reconoce que la negación de la inscripción puede dejar en una situación de desamparo al menor, pero en el caso que se trata, como uno de los padres intencionales ha aportado material genético para realizar la gestación por sustitución, se insta al Ministerio Fiscal a que inicie las acciones pertinentes para que se reconozca la paternidad del padre intencional que corresponda. De esta manera considera que se protege a los dos niños que ya se encuentran integrados en un núcleo familiar de facto.

El fallo de la sentencia es desestimatorio y anula la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009. Sin embargo, hay un voto particular que se pronuncia a favor de la inscripción, porque considera que, aunque en España son ilegales los contratos de gestación por sustitución, sus efectos jurídicos deben ser aceptados porque el contrato proviene de un Estado en el que es legal y tiene eficacia vinculante. Según el Magistrado, en este caso no se está sometiendo a consideración el contrato, sino la resolución que ha tomado la autoridad extranjera conforme a su normativa, es decir, los certificados de nacimiento expedidos por las autoridades californianas. Estos certificados son legales y por tanto no pueden ser considerados contrarios a orden público internacional español.

Además, también incide en que no se puede ver alterado el orden público desde el momento en que las mujeres gestantes son libres de decidir si quieren formalizar el contrato, y esa libertad de decidir no es contraria a su dignidad.

Tanto en la sentencia como en el voto particular, se recoge la necesidad de establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes que integran los contratos de gestación por sustitución, sobre todo de las mujeres gestantes porque son las que renuncian a sus derechos como madres y suelen provenir de situaciones económicamente desfavorables. Recuerdan finalmente, que los Juzgados y Salas únicamente tienen la obligación de resolver las situaciones concretas que les llegan.

4.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Con posterioridad al pronunciamiento de la Sala 1.^a del TS, en el mes de junio de 2014 el TEDH dictó dos sentencias relacionadas con la gestación por sustitución: el caso *Mennesson* contra Francia (65192/11) y el caso *Labassee* contra Francia (65941/2011).

En ambos casos el TEDH se amparaba en el artículo 8 del CEDH sobre el derecho al respecto a la vida privada y familiar. Según este Tribunal, Fran-

cia vulneró este artículo cuando prohibió a dos familias realizar la inscripción registral de las niñas o niños que tuvieron tras formalizar un contrato de gestación por sustitución, porque no se les permitió establecer un vínculo familiar con los que eran sus madres y padres biológicos, ya que en los dos casos las madres y padres hicieron aportaciones genéticas para la fecundación de las y los menores.

Para el TEDH prima el interés superior del menor por encima de la ilegalidad que suponen en Francia los contratos de gestación por sustitución y por ese motivo estimó la pretensión de las madres y padres de ambos casos y se pudo realizar la inscripción registral de las personas nacidas.

Asimismo, el 27 de enero de 2015, el TEDH dictó sentencia sobre el caso *Paradiso y Campanelli contra Italia* (25358/12). Una vez más, para el Tribunal prevalecía el interés superior del menor sobre el orden público internacional en un caso sobre gestación por sustitución, amparándose una vez más, en el artículo 8 del CEDH tras la negativa de Italia de que se inscribiese a la niña o niño nacido mediante este método.

Sin embargo, el 24 de enero de 2017, la Gran Sala del TEDH ha revocado esta decisión porque consideran que no se ha violado el artículo 8 del CEDH por los siguientes motivos:

- El CEDH no reconoce el derecho a ser padres.
- No existe consenso entre los estados miembros en cuanto a los contratos de gestación por sustitución.
- El fin de las autoridades italianas era prevenir el desorden y proteger los derechos y libertades de mujeres y niñas/os. Este interés público prevalece sobre el deseo de los padres.
- La decisión de las autoridades es frenar a los ciudadanos a ir a otros países para llevar a cabo gestación por sustitución.
- Aprobar la inscripción registral de las niñas y niños es legalizar *de facto* una situación ilegal creada por la madre y padre intencionales.
- La madre y padre intencional son los que han generado una inseguridad jurídica al vulnerar la legislación italiana e irse a vivir con la niña o niño a Italia.
- No existía vida familiar *de facto*, teniendo en cuenta la ausencia vínculo genético entre la madre y padre intencionales con la niña o niño (*Aragón*, 2017: 25).

Este cambio de decisión del TEDH, vuelve a anteponer el orden público a interés superior del menor y es coincidente con la sentencia dictada por la Sala 1.^a del TS, lo que puede suponer un nuevo cambio para la doctrina española sobre los contratos de gestación por sustitución.

El 10 de abril de 2019 la Gran Sala del TEDH se ha pronunciado nuevamente ante una solicitud del Tribunal de Casación francés, sobre un caso concreto como es el caso *Menesson*. En este nuevo dictamen, la Gran Sala especifica que su pronunciamiento es únicamente sobre este caso concreto en el cual la concepción del niño se realizó con la aportación genética del padre intencional y la donación de una tercera persona.

Ante esta situación la Gran Sala determina que de acuerdo al artículo 8 del CEDH, el niño tiene derecho al respecto de su vida privada y al reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial con la madre intencional, que aparece en el certificado de nacimiento extranjero como «madre legítima». Sin embargo, este artículo no exige que dicho reconocimiento se realice mediante la inscripción del niño en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones, ya que pueden utilizarse otros medios como la adopción, siempre que la legislación francesa garantice que pueda realizarse con prontitud y eficacia, y de conformidad con el interés superior del menor.

A pesar de que este último pronunciamiento hace nuevamente mención al interés superior del menor, deja claro a lo largo del dictamen, que únicamente se pronuncia en la situación concreta por la que se ha solicitado su intervención: el caso *Menesson*, ya que considera que las posibilidades de llevarse a cabo una gestación por sustitución son múltiples y por tanto cada caso deberá de estudiarse según sean sus circunstancias.

4.4. Algunas consideraciones

Tras el análisis realizado tanto a la sentencia del TS como a la Instrucción del 5 de octubre de la DGRN, se puede comprobar que la Instrucción es anterior a la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS, y además es contraria a lo que se establece en dicha sentencia. En el caso de la sentencia, para la Sala 1.^a ha primado el orden público internacional por encima del interés superior del menor a la hora de dictar el fallo. Sin embargo, para la DGRN el orden público debe ser atenuado porque prevalece el interés superior del menor, ya que considera que debe proteger su seguridad, y por tanto acepta que una resolución judicial relacionada con la filiación sea suficiente para inscribir en el Registro Civil a la persona nacida mediante gestación por sustitución, aunque el ordenamiento jurídico español considera nulos los efectos jurídicos de estos contratos de gestación.

Es reseñable que a pesar de que transcurren casi cuatro años entre la Instrucción del 5 de octubre de 2010 y la sentencia de la Sala de lo Civil del TS, en esta última no se hace mención en ningún momento a esta Instrucción. Únicamente se menciona en el voto particular para reflejar que «*la tendencia en el derecho comparado se dirige hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos*». Este Magistrado sí que apela a la necesidad de un orden público atenuado porque la Instrucción así lo está haciendo, y considera que una misma cuestión, como es la

inscripción registral, no puede aceptarse en algunos casos y denegarse en otros según sea la resolución que se tenga en cuenta en las oficinas consulares.

A tenor de estas dos opiniones contrapuestas, la situación jurídica en el ámbito civil es bastante paradójica ya que la Sala 1.^a del TS se ha pronunciado en contra de la filiación de las y los menores nacidos por gestación por sustitución, sin embargo, la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN es plenamente aplicable y permite la inscripción de estas y estos menores siempre y cuando cumplan con los requisitos que en ella se establecen. Esto hace que el ámbito de aplicación de la sentencia sea únicamente la del caso particular juzgado (Vicente, 2017: 129).

La aplicación de esta Instrucción para todos los casos de las personas nacidas mediante gestación por sustitución, hace que se pueda considerar que se ha avanzado un paso para legalizar de facto la maternidad subrogada.

Es reseñable la opinión del TEDH a este respecto, ya que al igual que la DGRN, para este Tribunal prima el interés superior del menor. De hecho, tras las sentencias dictadas por el TEDH y que hemos descrito en el apartado anterior, la DGRN consideró que se estaba avalando su opinión, y por tanto, quedaba superada la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del TS (Aragón, 2017: 8).

Además los dictámenes de la Gran Sala del TEDH solamente crean más confusión ya que según como se haya llevado a cabo la gestación por sustitución, considera que prima el orden público internacional en los casos en los que la aportación genética se haya realizado mediante la donación de terceras personas, pero sin embargo, en caso de que un padre intencional haya aportado su material genético para llevar a cabo la concepción, considera que el interés superior del menor es fundamental para garantizar los derechos tanto de la o el menor y de la madre intencional.

Tras estas sentencias, la pareja a la que se le había denegado la inscripción de sus hijos en el Registro Civil por el TS, solicitaron una anulación de actuaciones ante el Tribunal, y la Sala se reafirmó en su opinión alegando que en Francia trataron de manera diferente la cuestión conflictiva, ya que en ese país no se había dado opción de iniciar el procedimiento judicial para adoptar a las y los menores. Sin embargo, este Tribunal, en su sentencia instaba al Ministerio Fiscal a que iniciara esas actuaciones porque uno de los progenitores era el padre biológico de los menores y por tanto podía acogerse al artículo 10.3 de la LTRHA.

5. Prestación de maternidad en la gestación por sustitución

Hasta el mes de octubre de 2016, en España nunca había prosperado una solicitud de prestación de maternidad por parte de una madre o padre inten-

cional ante la Sala de lo Social del TS, porque ninguno de los Recursos de Casación para la Unificación de la Doctrina (en adelante RCUD) que se habían presentado, habían conseguido presentar una sentencia de contradicción que consiguiera que la Sala entrara a debatir sobre el fondo de la cuestión. La puerta que ha abierto la DGRN con la Instrucción del 5 de octubre de 2010, al permitir la inscripción registral de las personas nacidas mediante gestación por sustitución, ha supuesto un aumento de demandas y de recursos de suplicación solicitando la prestación de maternidad. Finalmente, éstos han prosperado y ha sido posible que se haya admitido la contradicción en las sentencias presentadas.

En esa fecha se dictaron dos sentencias que han creado jurisprudencia sobre la prestación de maternidad para madres y padres intencionales, y que ha provocado que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) haya publicado una respuesta a una consulta, en la que se estipulan las condiciones para que se reconozca el derecho al percibo de la prestación de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución.

Ambos recursos fueron valorados por el Pleno de la Sala 4.^a del TS el 19 de octubre de 2016, pero la sentencia que se va a analizar es la dictada el 25 de octubre de 2016, n.º de recurso 3818/2015, ya que es la primera en publicarse y la que recoge ampliamente todos los aspectos de la cuestión debatida, además de tener tres votos particulares que discrepan con la decisión de la Sala.

El RCUD lo presentó el INSS tras la estimación por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Cataluña, del recurso de suplicación interpuesto por un padre intencional de dos niñas nacidas mediante gestación por sustitución en la India.

El tipo de gestación fue la subrogada tradicional, por lo que cuando nacieron las niñas, fueron registradas en la oficina consular como hijas del padre intencional y de la mujer gestante¹⁶. Además, con posterioridad, la mujer gestante renunció a sus derechos y obligaciones como madre, y autorizó expresamente al padre intencional a trasladarse a cualquier país de su elección. Esta renuncia se hizo mediante declaración jurada ante un notario en la India el 23 de octubre de 2013.

Tras el regreso a España del padre intencional con las niñas, solicitó la prestación de maternidad ante el INSS y este organismo procedió a denegar su solicitud. Por este motivo presentó reclamación previa contra esa resolución, la cual también fue desestimada. Posteriormente presentó demanda ante el Juzgado de

¹⁶ La gestación subrogada tradicional se realiza con la aportación de los óvulos de la mujer gestante. Además, en este caso, el padre intencional también aportó material genético para llevar a cabo la gestación por sustitución, por este motivo las niñas fueron registradas como hijas biológicas de ambos progenitores.

lo Social que también fue desestimada, por lo que interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia. La Sala de lo Social de este Tribunal estimó la pretensión de la parte actora, motivo por el que el INSS interpuso el RCU, presentando como sentencia de contraste, una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco del 13 de mayo de 2014, n.º de recurso 749/2014¹⁷.

La Sala de lo Social del TS, tras comprobar que la sentencia de contraste presentada cumple con lo estipulado en el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede a repasar y valorar la jurisprudencia del TEDH, concretamente los mismos casos anteriormente descritos¹⁸. A este respecto, el Pleno considera que lo que hace el TEDH es optar por la opción menos mala ya que opta porque prevalezca el interés superior del menor por encima de decisiones judiciales contrarias al ordenamiento jurídico español.

Posteriormente pasa a analizar y valorar dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹ en las que se plantea el derecho a la prestación de maternidad en dos casos²⁰ de gestación por sustitución. En ambas sentencias se analizan varias directivas de la Unión Europea relacionadas con el derecho de la prestación de maternidad y las mujeres trabajadoras²¹, y en ambas se menciona la Directiva 2000/78/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

La valoración de la Sala 4.ª sobre estas sentencias es que en el Derecho de la Unión Europea no existe amparo para acceder a la prestación de maternidad cuando la maternidad se lleva a cabo mediante la gestación por sustitución, porque no hay ninguna mención al respecto en ninguna norma, ni incluyendo ni excluyendo este supuesto.

Tras la valoración de la jurisprudencia europea, pasa a analizar la legislación civil española relativa a la inscripción registral y las técnicas de reproducción asistida y la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS²².

¹⁷ En el fundamento de derecho 4.º de esta sentencia, se recoge la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS recogida en el punto 4.1. de este trabajo, y se basa en sus deliberaciones para estimar el recurso de suplicación interpuesto por el INSS.

¹⁸ Ver punto 4.3 de este trabajo.

¹⁹ Estas sentencias son las que analiza la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco y uno de los fundamentos de derecho (el 4.º) sobre los que se basa el fallo estimatorio que dictan.

²⁰ Sentencia del TJUE, C-167/12, y sentencia TJUE, C-363/12, ambas del 18 de marzo de 2014.

²¹ Directiva 92/85/CEE relativa a la mejora de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, y Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco de igualdad de trato en el empleo.

²² Todas estas cuestiones ya están analizadas en los puntos 3.1., 4.1. y 4.2. de este trabajo, por lo que no se hará ninguna mención más al respecto en este apartado.

Finalmente, antes de entrar a valorar la pretensión del INSS, analiza la legislación laboral y de seguridad social en relación a la prestación de maternidad. En el Real Decreto Legislativo 8/2015 por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), la prestación de maternidad viene recogida en el Título II, Capítulo VI, artículos 177 al 180, y su desarrollo normativo se lleva a cabo en el Real Decreto (en adelante RD) 295/2009, en el que se regulan, entre otras, la prestación de maternidad.

En cuanto a la legislación de seguridad social hay que destacar que en el artículo 177 de la LGSS se recoge que las situaciones protegidas para percibir la prestación de maternidad son la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar. Como es obvio, la situación de maternidad por gestación por sustitución no viene recogida por ser contraria al ordenamiento jurídico español. Sin embargo, en el artículo 2.2 del RD 295/2009 se recoge que serán equiparables a la adaptación y el acogimiento «(...) aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean previstos para la adopción y el acogimiento (...) cuya duración sea inferior a un año». Una vez más se puede comprobar que la gestación por sustitución sigue sin contemplarse en esta normativa, sin embargo, la Sala considera que la no mención a este método reproductivo puede dar pie a varias interpretaciones, desde considerarlo una variante genética a considerar que una ley es contraria a la CE porque discrimina a las personas que quieren ser madres y/o padres, e incluso que pueda ser discriminatoria porque no trata igual a las personas nacidas mediante gestación por sustitución.

En la legislación laboral hay que destacar que en los artículos 45.1.d) y 48.4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores se recogen las causas de suspensión de contrato y los supuestos de suspensión con reserva del puesto de trabajo, y en ambos se mencionan el parto, la adopción y el acogimiento.

La Sala interpreta que no existe fraude de ley por parte del padre intencional ya que se trata del padre biológico, simplemente considera una conducta ilícita la formalización de un contrato de gestación por sustitución, destacando que este es el motivo por el que se le ha denegado la prestación de maternidad. Incluso llega a expresar que, si el padre hubiera mantenido relaciones sexuales con la madre, no habría motivo de denegación porque sería el padre biológico, al igual que ocurren en su situación de padre intencional.

En cuanto a esta aseveración, resulta sorprendente la argumentación de la Sala porque lo cierto es que sí que es importante el medio por el que se consigue ser madre o padres. Las relaciones sexuales, siempre y cuando sean consentidas, es un método legal y natural para conseguir ser madres y/o padres. Sin embargo, la formalización de un contrato cuyo fin es alquilar una parte del cuerpo de una mujer para lograr ser madres y/o padres, además de éticamente reprochable, es contrario

al ordenamiento jurídico español, motivo por el que no viene recogida como una situación protegida para tener derecho a percibir la prestación de maternidad.

Los argumentos de la Sala para desestimar el RCUd interpuesto por el INSS y conceder al padre intencional la prestación solicitada, son los siguientes:

- **El interés superior del menor y la prestación por maternidad:** A este respecto hacen hincapié en que la protección final de esta prestación abarca tanto a las madres y/o padres como a las y los menores, porque tal y como se recoge en varias sentencias, también tiene como fin que se realice una convivencia y se tenga contacto entre la persona adulta y la/el menor, incluso para los casos de adopción y acogimiento. En otras palabras, consideran que es importante que esta prestación sirva para estrechar lazos familiares entre madres y/o padres y las y los menores.
- **Listado de situaciones protegidas parcialmente abierto:** La Sala considera que lo descrito en el artículo 2.2 del RD 295/2009 en relación a las resoluciones judiciales extranjeras permite una flexibilidad interpretativa, por lo que la situación de gestación por sustitución puede ser análoga a las de adopción y acogimiento internacionales.
- **Protección a un estado de necesidad real:** En este punto destaca la contradicción existente entre la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS y la del TEDH sobre la inscripción registral de las personas nacidas mediante gestación por sustitución. Para la Sala es más importante la jurisprudencia del TEDH porque protege a unas niñas, que además son hijas biológicas del padre intencional, y considera que la concesión de la prestación de maternidad al padre intencional no viola la ley porque es el único progenitor que está al cuidado de ellas.
- **Interpretación constitucional:** A este respecto la Sala hace una reflexión sobre los casos en los que, partiendo de situaciones contrarias a la CE, sus efectos jurídicos están permitidos, poniendo como ejemplo la concesión de la pensión de viudedad para los casos de nulidad matrimonial, o el derecho al percibo del salario en los casos de los contratos nulos. Por este motivo interpreta que aunque los contratos de gestación por sustitución son nulos, no puede negarse la situación de necesidad que se genera hacia la y el menor, por lo que el padre intencional tiene que tener derecho al percibo de la prestación de maternidad.
- **Paternidad biológica con maternidad subrogada:** Para la Sala, que el padre intencional sea el padre biológico es un hecho adicional para que le sea concedida la prestación de maternidad.

Como se puede comprobar, las Magistradas/os realizan una interpretación muy flexible de la legislación y de la jurisprudencia del TS, con el fin de conceder la prestación solicitada por ser el padre intencional y no el padre biológico

de las niñas. De hecho, aplica la analogía en todas aquellas situaciones en las que la gestación por sustitución pueda ser comparada con la adopción y el acogimiento, y justifica su pronunciamiento argumentando el interés superior del menor y que el comportamiento del padre intencional, no implica fraude de ley porque es el único de los progenitores biológicos responsable de las menores, ya que la madre se ha desentendido de ellas.

En cuanto a los votos particulares que se exponen, el primero lo realiza una Magistrada que considera que el Pleno no debería haber entrado a debatir el fondo porque no existe contradicción.

El segundo Magistrado considera que se debería conceder la prestación de maternidad únicamente por ser el padre biológico de las niñas y no por ser el padre intencional. En opinión de este Magistrado, no cabe la prevalencia del interés superior del menor ya que es una cuestión civil que no tiene nada que ver con la materia social que se juzga en la Sala 4.^a. Además las juezas y jueces no pueden crear derecho invocando al interés superior del menor, para ir contra lo previsto en la ley, ya que se trata de un principio que tiene que servir para interpretarla y no contrariarla.

También refiere que no es posible la aplicación de la analogía porque no existe ninguna laguna jurídica. Los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho porque así lo dice el artículo 10 de la LTRHA, y por tanto sus efectos jurídicos tampoco pueden ser admitidos. Tampoco puede ser comparada con la adopción y el acogimiento internacionales, porque estas dos situaciones sí que están reguladas por la Ley 54/2007 de adopción internacional (Aragón, 2017: 15).

Este Magistrado también entra a valorar las consideraciones sociológicas relacionadas con la gestación por sustitución. Argumenta que la «realidad social» no puede ser una vía para aceptar la pretensión del padre intencional, porque el hecho de que un colectivo de personas defienda este método reproductivo y acudan al extranjero para realizar los contratos, aunque éstos estén prohibidos en España, solo refleja la parte de la sociedad que está a favor de este método de reproducción. La «realidad social» también tiene que contemplar al colectivo que es totalmente contrario a este método porque supone una comercialización de un embarazo, lo que hace que tanto la madre gestante como la persona nacida sean consideradas como objeto de un comercio.

El tercer Magistrado rechaza de pleno la concesión de la prestación de maternidad al padre intencional porque considera que la solicitud de esta prestación es fraude de ley por partir de una situación contraria a ella. De hecho, el motivo de que el padre intencional acuda a un país extranjero a formalizar un contrato nulo de pleno derecho para la ley española, es un acto fraudulento por-

que lo hace con conocimiento de causa. Por este motivo considera que, aunque se trate del padre biológico de las niñas, el acto es contrario a la ley y por tanto no puede perjudicarse a un tercero abonando una prestación de maternidad que no recoge este método de reproducción como una situación protegida (Aragón, 2017: 16).

Como consecuencia de la jurisprudencia creada tras los fallos pronunciados por la Sala 4.^a del TS, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, respondió el 29 de diciembre de 2016 a una consulta realizada para la prestación de maternidad en las situaciones de gestación por sustitución.

En esta respuesta el INSS ha pasado a aplicar la analogía, tal y como lo realiza el TS, y por tanto considera la gestación por sustitución una situación protegida para concederse la prestación de maternidad. También recoge quiénes serán las y los beneficiarios de esta prestación, determina el hecho causante de la prestación, los requisitos exigidos, la duración y extinción de la prestación, y los efectos económicos de la misma.

6. Situación de las mujeres gestantes

Las mujeres gestantes son imprescindibles para poder llevar a cabo la gestación por sustitución, sin embargo, únicamente son tenidas en cuenta como si fueran un medio para lograr un fin, es decir, como si fueran la maquinaria necesaria para conseguir el producto final, una niña o niño. Esto supone un paso atrás en las reivindicaciones del feminismo en cuanto a que se considere a las mujeres como personas e iguales a los hombres. Y también deja en evidencia a los Estados porque no han sabido protegerlas de un patriarcado que siempre las ha considerado como objetos.

Tras el éxito del feminismo radical de la década de los 70 y la campaña antifeminista de los 80, en los 90 llegó la reacción patriarcal y del capitalismo neoliberal, que crearon alianzas que repercutieron en la vida las mujeres en cuanto a la subordinación y explotación económica (Cobo, 2017: 46). El objetivo de esta alianza, es hacer creer a las mujeres que son ellas las que desean volver a los antiguos papeles que han desempeñado dentro de la familia tradicional (subordinación sexual, maternidad), y que la emancipación de las mujeres es sinónimo de infelicidad y soledad. Con este fin han formado un discurso antifeminista con la intención de que la sociedad se conciente de la necesidad de un nuevo modelo de feminismo, en el que las mujeres desean desempeñar su papel de cuidadoras voluntariamente y lo envuelven en la ideología de la libre elección. En otras palabras, procuran restablecer a las mujeres como objeto y neutralizan su derecho a ser sujetos (Cobo, 2017: 49-52).

Uno de los requisitos que se exige a las mujeres gestantes es que hayan sido madres previamente, y que además tienen que decidirlo libremente²³. Como puede comprobarse, tanto los Estados neoliberales como el patriarcado han conseguido calar su discurso de libre elección entre la sociedad, especialmente entre las mujeres, ya que se precisa que éstas tengan arraigado su papel de cuidadoras para que sean óptimas para gestar a una niña o niño, y eso lo consiguen con mujeres que ya son madres.

Este discurso antifeminista finaliza con la afirmación de que las mujeres lo realizan libremente, lo que resulta bastante sorprendente porque tanto en las gestaciones altruistas, mediante una compensación resarcitoria, como en las gestaciones lucrativas, con la compensación económica que se las paga, el dinero es un elemento imprescindible para poder llevarlas a cabo. En caso de que no hubiera una compensación, posiblemente ninguna mujer estaría dispuesta a gestar a una niña o niño para luego entregárselo a terceras personas. Por tanto, puede afirmarse que la necesidad económica de las mujeres gestantes es fundamental para que no puedan ser libres a la hora de tomar la decisión de gestar una niña o niño.

El patriarcado, además de intentar crear un nuevo feminismo en consonancia con sus ideales, también se ha volcado en demostrar e impulsar la existencia de una división entre hombres y mujeres por sus diferencias sexuales. Por un lado, los hombres son sujetos que son considerados «cultura», y por otro, las mujeres son consideradas «naturaleza» porque están directamente ligadas a ella por su capacidad reproductora (Balaguer, 2017: 146). Con esta división de sexos, el patriarcado se reafirma al considerar a las mujeres gestantes como objetos cuyo único valor es su fertilidad y apariencia física²⁴. Su inteligencia y dignidad pasa a un segundo plano.

Pero la dignidad de las personas es fundamental para que no se pueda «cosificar» a las mujeres gestantes. Para evitarlo, la CE considera la dignidad en el artículo 10.1, como fundamento del orden político y de la paz social. La dignidad es un concepto jurídico sin naturaleza de derecho fundamental, pero que tiene que considerarse como un principio cuya finalidad es la de interpretar otras normas jurídicas. Igualmente tiene connotaciones morales porque hace referencia a unos valores, lo cuales debe proteger el Estado para que personas que se encuentren en una situación de inferioridad, puedan mantener su dignidad (Balaguer, 2017: 35).

Asimismo, la dignidad puede considerarse como un concepto específico de las personas, para que así se puedan reconocer como sujetos y no como obje-

²³ Este requisito también lo ha incluido el partido político Ciudadanos en la Proposición de Ley que presentó ante el Congreso de los Diputados en el mes de junio de 2017.

²⁴ Es importante si además de gestar también aportan sus óvulos.

tos (Balaguer, 2017: 40). Por ello la dignidad nunca debería de recogerse en un contrato, porque como ocurre en la gestación por sustitución, las mujeres gestantes pasan a considerarse objetos, empezando de esta manera con la mercantilización de su cuerpo, y se deja de pensar en ellas como personas.

El papel del Estado es fundamental para proteger la dignidad de las mujeres. Un Estado social permite el desarrollo de la libertad individual y de los mercados, pero con intervenciones legislativas para proteger a los más desfavorecidos dentro de esos mercados (Balaguer, 2017: 139). Uno de estos colectivos desfavorecidos han sido las mujeres, que con sus reivindicaciones han colaborado al desarrollo del Estado social. Sin embargo, desde hace unas décadas se están imponiendo gobiernos y políticas liberales, que únicamente están frenando el libre desarrollo de las mujeres, y por este motivo puede afirmarse que el Estado social no ha sabido proteger a las mujeres ante la imposición del patriarcado, dejándolas en una situación de inferioridad ante una sociedad en la que cada vez prima más el individualismo.

El capitalismo neoliberal ha aprovechado el discurso del patriarcado para crear un mercado que consiga un mayor beneficio del cuerpo de las mujeres. La industria del sexo cada vez es mayor, y la no protección y regulación por parte de los Estados está generando que se trate el cuerpo de las mujeres como una mercancía.

El crecimiento del mercado del sexo también se ha trasladado a la gestación por sustitución. Los países que tienen regulado este método de reproducción han generado un mercado de mujeres donde se pueden alquilar sus vientres, con el único fin de tener niñas y niños para entregarlos a terceras personas que han pagado por ellas y ellos.

Un claro ejemplo de este mercado de mujeres, es la situación que viven las mujeres ucranianas, y que ha supuesto que se denomine a Ucrania como el útero de Europa (En el punto de mira, 2017).

Ucrania es el país más pobre de Europa, y las mujeres de este país han encontrado en la gestación por sustitución, una solución para sus problemas económicos al convertirse en mujeres gestantes. Se ha procurado investigar el negocio que la gestación por sustitución supone para las agencias²⁵ que funcionan como intermediarios entre las parejas españolas y las mujeres gestantes ucranianas, sin embargo no ha sido posible saberlo porque estas agencias no permiten a las mujeres gestantes dar esa información. Esto hace suponer que de los aproximadamente 50.000 € que cuesta formalizar la gestación por sustitución en ese país, las mujeres, posiblemente no lleguen a cobrar los 8.000 € que publican que pueden obtener²⁶.

²⁵ Tanto las agencias españolas como las ucranianas.

²⁶ En el reportaje se dice que en los anuncios de prensa que existen para atraer a las mujeres gestantes, se ofrece una indemnización económica de 8.000 €. Pero cuando se les pregunta directamente a las mujeres gestantes, no dicen si esa cantidad es correcta. Por este motivo, la periodista sospecha que seguramente cobren bastante menos que esa cantidad.

Lo más destacable es que en las entrevistas realizadas a estas mujeres, todas tienen un discurso común. Refieren que su motivación para ser mujeres gestantes es ayudar a otras familias que no puede tener descendencia, y consideran la gestación por sustitución un trabajo como otro cualquiera. Sin embargo, siempre finalizan su discurso con lágrimas, reconociendo que se trata de un proceso muy duro, tanto físicamente como mentalmente, y si no fuera por la situación de necesidad económica que sufren, estas mujeres nunca accederían a gestar unas niñas y niños para entregarlos posteriormente a otras personas.

Además de la necesidad económica, otra de las cuestiones de las que nunca se habla es los riesgos que corren las mujeres gestantes. Todo embarazo conlleva una serie de posibles riesgos que pueden sufrir las mujeres, como son la hipertensión, placenta previa o diabetes gestacional, entre otros. Pero cuando se formaliza un contrato de gestación por sustitución, las mujeres dejan de tener la libertad de decidir muchas cuestiones sobre su cuerpo, no tienen libertad para decidir si quieren interrumpir el embarazo, es decir, no tiene derecho a decidir en caso de que su vida corra riesgo, y también se les niega el derecho a arrepentirse.

Una vez más, se confirma el papel de las mujeres gestantes como meros objetos en este proceso, se las ofrece como una mercancía dentro de un mercado que mueve muchos millones de euros y que es un negocio para muchas personas, entre las que no se encuentran las mujeres gestantes.

Además de todo lo expuesto, en las sentencias y resoluciones administrativas analizadas en este trabajo, se ha comprobado que principalmente se habla del deseo de unas personas de ser madres y padres, y para ello recurren a un método reproductivo prohibido en España. Como consecuencia de ese deseo desmedido, nace una niña o niño que queda desamparado por la legislación española al no tener derecho a la filiación. Por ese motivo, tanto las madres y padres intencionales como la DGRN, recurre a un concepto jurídico indeterminado como es el interés superior del menor, alegando ante los Juzgados y Tribunales la necesidad de tenerlo en cuenta para que se proteja a las y los menores, y que de esta manera puedan tener una vida familiar. En todos estos procesos judiciales, las mujeres gestantes tienen un papel secundario y únicamente se las menciona para justificar las resoluciones judiciales adoptadas, las cuales son favorables a la gestación por sustitución.

El 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo publicó una resolución sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo, correspondiente al 2014, y la política de la Unión Europea al respecto. En el apartado correspondiente a los derechos de las mujeres y las niñas, en el punto 115, el Parlamento dice textualmente que se

condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explota-

ción de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos (Parlamento Europeo, 2015).

Sin embargo, los Tribunales españoles no han tenido en cuenta esta resolución a la hora de tomar sus decisiones judiciales, ya que posteriormente a esta resolución, el TS ha fallado a favor de madres y padres intencionales que solicitaban la prestación de maternidad tras la celebración de contratos de gestación por sustitución.

Para evitar que no se considere el cuerpo de las mujeres gestantes como una mercancía y se tenga en cuenta su dignidad, los gobiernos de los estados miembros de la Unión Europea deberían de haber tenido en cuenta esta resolución del Parlamento Europeo. Estos estados deberían de tomar decisiones políticas para frenar los hechos que atentan la dignidad de las mujeres, y no deberían de permanecer pasivos frente a todas las acciones que vulneran tanto la dignidad como los derechos humanos de las personas²⁷.

7. Situación socio-política

La gestación por sustitución cada vez tiene mayor presencia en la sociedad debido a que personajes públicos están intentando generar un debate social para que la gestación por sustitución sea legalizada en España²⁸.

Los hombres homosexuales siempre han tenido problemas para poder llevar a cabo adopciones, especialmente las internacionales, ya que principalmente se llevan a cabo en países en vías de desarrollo en los que existe un rechazo absoluto hacia las parejas homosexuales. La negativa de estos países a permitir la adopción a estas parejas, ha llevado a que hayan acudido a formalizar contratos de gestación por sustitución para ser padres.

Otro de los motivos por los que cada vez se recurre más a la gestación por sustitución, es que los requisitos y trámites burocráticos son inferiores a los que se exigen para llevar a cabo una adopción, lo que hace que la duración del pro-

²⁷ En el punto 124 de la resolución, se encarga a su Presidente que dé traslado de esta Resolución a todos los estados miembros, y a diversos órganos representativos del Parlamento Europeo y de Naciones Unidas.

²⁸ Las Asociaciones de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales están realizando campañas a favor de su legalización porque las parejas de hombres homosexuales son las que más están recurriendo a este método de reproducción humana, especialmente en el Estado de California, porque en este estado no se cuestiona la orientación sexual de las personas para formalizar los contratos de gestación por sustitución.

ceso sea menor. Al no estar permitida la gestación por sustitución en España, no es necesario cumplir con las exigencias que existen para la adopción, como por ejemplo el certificado de idoneidad, lo que hace que sea más sencillo ser madres y padres mediante este método reproductivo.

La citada presencia social que ha adquirido la gestación por sustitución, ha impulsado a que el partido político de Ciudadanos incluyera en su programa político²⁹, promover una Ley de Gestación Subrogada para garantizar los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso, especialmente a las y los menores (Ciudadanos, 2016).

Por este motivo el 8 de septiembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, para regular el derecho a la gestación por subrogación (Congreso de los Diputados, 2017). En la Exposición de Motivos de esta Proposición de Ley, reflejan que la evolución del modelo de familia, en alusión a los matrimonios entre personas homosexuales, es uno de los motivos para regular la gestación por sustitución, y como la LTRHA no cumple con las necesidades de este nuevo modelo porque niega la formalización de los contratos, consideran que el ordenamiento jurídico no satisface las exigencias básicas de todo Estado democrático de Derecho, que consisten en ofrecer cauces institucionales adecuados para que la libertad de los ciudadanos pueda hacerse realidad.

La finalidad de la Proposición de Ley es formalizar los efectos jurídicos creados a partir de las recientes sentencias dictadas en la Sala 4.^a del TS y de la Instrucción del 5 de octubre de la DGRN. Entre otros motivos para fundamentar la propuesta legislativa, se alude a que la gestación por sustitución se ve con naturalidad por los cambios sociales que han ocurrido en España y en los países de su entorno, y estos cambios a su vez, requieren de cambios normativos.

En la misma línea de pensamiento y por los mismos motivos, en el año 2008 nació la asociación SNH tras la creación de un grupo de familias homoparentales que acudían a la gestación subrogada para poder ser padres (Son nuestros hijos, 2008). La visión de SNH se basa en defender a las familias basadas en el amor, modelos de familias en las que la filiación se establezca por la voluntad y el compromiso de ser madres o padres, y donde se trate a las personas nacidas mediante gestación por sustitución con igualdad que a las nacidas en un modelo clásico de familia. Y su misión consiste entre otras cuestiones:

- Reivindicar la Gestación Subrogada como un derecho reproductivo de las familias que no pueden gestar a sus hijas/os.
- Reivindicar el acceso al Registro Civil de las hijas/os de sus asociados.

²⁹ Elaborado para las elecciones celebradas en el Estado español el 26 de junio de 2016.

- Reivindicar un trato igualitario a las familias de los asociados.
- Reivindicar la regulación de la Gestación Subrogada en España (Son nuestros hijos, 2008).

En contraposición a esta opinión, existe la plataforma No Somos Vasijas, integrada por distintas activistas femininas, que han firmado un manifiesto en contra de la gestación por sustitución. En este manifiesto muestran su rechazo a la utilización de vientres de mujeres con el fin de gestar una niña o niño para una tercera persona, porque consideran que el deseo de ser madres y padres y el ejercicio de la libertad, no implica que se tenga derecho a tener hijos (No somos vasijas (2015).

Teniendo en cuenta esta premisa, en el manifiesto enumeran las razones por las que rechazar tajantemente la gestación por sustitución y que son:

- Elegir es preferir entre una serie de opciones vitales.
- La «maternidad subrogada» se inscribe en el tipo de prácticas que implican el control sexual de las mujeres.
- Alquilar el vientre de una mujer no se puede catalogar como «técnica de reproducción humana asistida».
- El «altruismo y generosidad» de unas pocas no evita la mercantilización, el tráfico y las granjas de mujeres comprándose embarazos a la carta.
- Si la «maternidad subrogada altruista» se legaliza, se incrementa también la comercial.
- Las mujeres no se pueden alquilar o comprar de manera total o parcial.
- No perder la perspectiva de los Derechos Humanos.

Como puede comprobarse, por un lado se encuentran las personas que están a favor de su práctica y por tanto reivindican una regulación, y por otro se encuentran plataformas sociales que se posicionan en contra y que abogan por que la legislación continúe como hasta ahora, manteniendo la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución.

Y para reafirmar esta presencia social y política, el poder judicial también está pronunciándose en relación a la gestación por sustitución. Como se ha descrito en este trabajo, existen pronunciamientos del TS que están legalizando *de facto* la gestación por sustitución tras reconocer el derecho a la prestación de maternidad de las madres y padres intencionales, y también al permitir la inscripción registral de sus hijas e hijos.

A pesar de que las plataformas contrarias a la gestación por sustitución consideran que no es necesaria su regulación porque el artículo 10 de la LTRHA ya lo contempla, en la actualidad, tal y como se ha podido comprobar en las sentencias del TS, se han aceptado todos los efectos jurídicos que despliegan estos

contratos. Este hecho hace que, a mi entender, se haya allanado el camino para legalizar los contratos de gestación por sustitución.

Por todo lo anteriormente expuesto, considero necesario regular la gestación por sustitución, tipificándola como un delito para todas las personas que formalicen o ayuden a formalizar un contrato. De esta manera se evitaría que eludan el ordenamiento jurídico español y como consecuencia, dejarían de tratar como mercancías a las mujeres gestantes y a las niñas y niños nacidos mediante este método reproductivo. Con esta medida se impediría que antepusieran su deseo de ser madres y padres, a los derechos de las otras personas implicadas en este proceso, las mujeres gestantes y las niñas y niños.

La propuesta de modificación de legislación que se realiza consiste en:

- a) **Modificar el artículo 220 del Código Penal.** En el apartado 2 de este precepto se dice que «La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación» y aunque cabría una aplicación analógica para la gestación por sustitución, teniendo en cuenta la situación judicial actual, sería necesario añadir al final de la frase «incluidas las personas que formalicen un contrato de gestación por sustitución, incluso en países extranjeros en los que estuviera permitido».
- b) **Modificar el artículo 221 del Código Penal.** En su apartado 1 se hace referencia a la pena de prisión entre 4 y 10 años para las personas que entreguen a una o un menor tras recibir compensación económica³⁰, con la que no tengan relación de filiación o parentesco y eludiendo los procedimientos legales de guarda, adopción o acogimiento. En este apartado también sería necesario citar expresamente la gestación por sustitución, haciendo nuevamente hincapié que también serán castigadas las madres y/o padres intencionales que formalicen contratos de gestación por sustitución en países extranjeros, con la intención de llevar a España a las y los menores nacidos. De esta manera no habrá lagunas legales a las que se puedan recurrir para evitar la sanción estipulada. En el apartado 2 también se cita a las personas e intermediarios que pudieran realizar la entrega, incluso en el extranjero. Una vez más es necesaria la mención a la gestación por sustitución, ya que en la actualidad este método reproductivo se realiza en el extranjero, en los países en los que sí es legal llevar a cabo estos contratos.

³⁰ Considero que la compensación resarcitoria a la que se hace alusión en el artículo 5 de la propuesta legislativa del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, es idéntica a la compensación económica a la que hace referencia el artículo 221 del Código Penal, ya que en ese artículo se considera el lucro cesante inherente a la gestación y los gastos laborales, entre otros, como parte de esa compensación resarcitoria.

- c) **Derogar el apartado 3 del artículo 10 de la LTRHA**, para anular cualquier posibilidad de que los hombres que hayan aportado material genético a la gestación por sustitución, puedan iniciar el trámite de reclamación de la paternidad.

Tras la modificación de estos preceptos y la tipificación como delito de la gestación por sustitución, se debería de declarar nula las Instrucciones del 5 de octubre de 2010 y del 18 de febrero de 2019 de la DGRN³¹ y la resolución a la consulta realizada a la Asistencia Jurídica del INSS³².

8. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha reflejado que la gestación por sustitución es un tema muy controvertido tanto en la sociedad como en la política actual, y en los Juzgados y Tribunales.

En el ámbito judicial la principal controversia se encuentra en la determinación de la filiación de las personas nacidas mediante la gestación por sustitución, pero no es fácil realizar esta determinación porque existen distintas posibilidades de llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución. Lo que es obvio es que los hombres que aportan material genético para la concepción de las o los menores, tienen más facilidades para ser reconocidos como padres legales de estas niñas y niños porque pueden ampararse en el artículo 10.3 de la LTRHA.

Sin embargo, en la jurisdicción social la controversia ha finalizado porque una vez determinada la filiación de las y los menores, la doctrina de la Sala de lo Social del TS establece que la gestación por sustitución es una situación protegida para reconocerse el derecho a la prestación de maternidad.

Pero de lo que se sigue sin hablar en la sociedad y en los juzgados y tribunales, es de la situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encuentran las mujeres gestantes, porque la realidad es que la gestación por sustitución es un negocio que está enriqueciendo principalmente a intermediarios, que redactan contratos sexuales con el beneplácito de los gobiernos, ya que, con su silencio e inactividad en esta cuestión, están permitiendo la proliferación de este negocio. Y todo ello está provocando que se vulnere el derecho a la dignidad de estas mujeres y de las niñas y niños nacidos mediante gestación por sustitución.

³¹ Permite la inscripción registral de las personas nacidas mediante gestación por sustitución si media resolución judicial declarando la filiación de éstas con las madres y padres intencionales.

³² Admite como situación protegida la gestación por sustitución para tener derecho al cobro de la prestación de maternidad.

Teniendo en cuenta que una parte de la sociedad y al menos un partido político ven necesario realizar un marco legal para la gestación por sustitución, en caso de llevarse a cabo la Proposición de Ley presentada, me surgen muchas incógnitas sobre posibles situaciones que puedan darse y que pueden tener consecuencias directas en la ciudadanía. Si el embarazo es de riesgo y la mujer gestante requiere reposo ¿quién pagaría la Incapacidad Temporal? ¿Y quién pagaría a las empresas la sustitución de estas mujeres durante el tiempo que no estén en activo? ¿Las seis semanas siguientes al parto, se duplicaría una prestación de maternidad cuya beneficiaria o beneficiario sería una madre o padre intencional, con una Incapacidad Temporal de la mujer gestante que acaba de dar a luz? ¿Vamos a tener que pagar todos los ciudadanos prestaciones sociales a las personas que anteponen sus deseos a los derechos de otras personas?

9. Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina (2017): «La legalización *de facto* de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad», *Revista de información Laboral*, n.º 4.
- BALAGUER, María Luisa (2017): *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Madrid, Cátedra.
- BLANCO, Silvia (2018): «El consulado de Kiev desbloquea las citas para inscribir a los bebés nacidos de vientres de alquiler», *El país*. https://elpais.com/politica/2018/09/06/actualidad/1536266529_054556.html (acceso: 26.03.2019).
- CIUDADANOS (2016): «Programa político elecciones generales 2016», *Ciudadanos*. <https://www.ciudadanos-cs.org/nuestro-proyecto>. Última consulta el 15.11.2017.
- COBO, Rosa (2017): *La prostitución en el corazón del capitalismo*, Madrid, Catarata.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (1986): «Aprobación por el Pleno del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, así como las iniciativas particulares o sugerencias de los Grupos Parlamentarios de la Cámara», *Boletín oficial de las Cortes Generales*. http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF (acceso: 18.11.2017).
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2017): *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos*, Madrid, Boletín Oficial de las Cortes Generales. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF (acceso: 15.10.2017).
- EN EL PUNTO DE MIRA (2017): «Vientres de alquiler en Ucrania», *Mitele*. <http://www.mitele.es/programas-tv/en-el-punto-de-mira/587d0650c715da71248b45f4/player> (acceso: 15.11.2017).
- EQUIPO DE INVESTIGACIÓN (2015): «El precio de un hijo», *Atresplayer*. http://www.atresplayer.com/television/programas/equipo-de-investigacion/temporada-1/capitulo-125-precio-hijo_2015051600030.html (acceso: 16.11.2017).
- JUSTIA US LAW (1993): «Sentencia Johnson v. Calvert» *Justia US law*. <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html> (acceso: 30.11.2017).
- LAMM, Eleonora (2013): *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

- MEDLINE PLUS (2017): «Fecundación in vitro (FIV)», *Biblioteca nacional de medicina de los EE.UU.* <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>. Última consulta el 04.12.2017.
- NO SOMOS VASIJAS (2015): «Manifiesto», *No somos vasijas*. http://nosomosvasijas.eu/?page_id=1153 (acceso: 15.10.2017).
- PARLAMENTO EUROPEO (2015): *Resolución sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la UE al respecto*, Bruselas.
- SON NUESTROS HIJOS (2008): «Nuestra historia», *Son nuestros hijos*. <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/nuestros-hijos-son-espanoles.html> (acceso: 04.12.2017).
- SON NUESTROS HIJOS (2008): «¿Qué es la subrogación gestacional?», *Son nuestros hijos*. <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/qu.html> (acceso: 12.10.2017).
- SON NUESTROS HIJOS (2008): «¿Quiénes somos?», *Son nuestros hijos*. <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/quienes-somos.html> (acceso: 04.12.2017).
- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA (2017): «Subsidio por maternidad. Hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero. Ampliación de la consulta 29/2016», *Instituto nacional de la Seguridad Social*. www.seg-social.es/descarga/222600 (acceso: 05.12.2017).
- VICENTE PALACIO, Arantazu (2017): «Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Sobre la Maternidad Subrogada)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 12 (3^{er} Trimestre 2017).
- WALLIS, Lucy (2013): «La multimillonaria y polémica «fábrica de bebés» en India», *BBC News*. http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726_sociedad_india_fabrica_bebes_jp (acceso: 01.12.2017).
- XIMÉNEZ DE SANDOVAL, Pablo (2017): «Por qué California es la meca de la gestación subrogada», *El país*. https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html (acceso: 03.12.2017).

¿UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CONSTRUCCIÓN? UN ESTUDIO EN ARAGÓN SOBRE EL ORGANISMO PARITARIO DEL SECTOR Y LA CUALIFICACIÓN DE LA MANO DE OBRA COMO MOTORES DE LA TRANSFORMACIÓN

A paradigm shift in construction? An Aragon study on the parity organization of the sector and the qualification of labour force as drivers of the transformation

VICENTE PEDRO LAFUENTE PASTOR*

Universidad de Zaragoza, España

RESUMEN

La recuperación del sector de la construcción, tras una crisis muy profunda, viene acompañada por algunas iniciativas empresariales que demandan mano de obra cualificada en competencias básicas digitales y en técnicas constructivas con procesos de gestión industrializados. El resultado es que dichos profesionales no están disponibles en el mercado de trabajo. En el estudio del caso analizado en Aragón, se constata, a pesar de lo dicho, una cifra de parados elevada. Este desajuste se explica por un déficit de cualificación y formación, anudado a carencias generales de itinerarios de orientación, reciclaje y empleabilidad.

Se sustenta la tesis, para salvar estas contradicciones, de la necesidad de impulsar un sector innovador y sostenible, así como su necesaria industrialización, promoviendo un empleo de calidad y estable alejado de la precarización de la actividad que ha caracterizado hasta la fecha sus ciclos económicos. El Organismo Paritario denominado Fundación Laboral de la Construcción (FLC), nacido de la negociación colectiva, puede ser una herramienta idónea para la consecución de estos fines.

Palabras clave: Cualificación, construcción, desempleo, Formación Profesional, Fundación Laboral de la Construcción

ABSTRACT

The recovery of the sector of construction, after a very deep crisis, is accompanied by business initiatives that require skilled labour in digital literacy skills and construction techniques with industrialized management processes. The result is that these professionals are not available in the labour market. The study of case discussed in Aragon proves, despite what was said, the existence of a large numbers of unemployed. This imbalance is explained by a deficit of labour qualification and training, knotted to general deficiencies of itineraries of orientation, recycling and employability.

This gives support to the thesis, to save this contradictions, that it is needed to promote a sustainable and innovative sector, as well as its necessary industrialization, fostering the development of a quality and stable employment, away from routes of precariousness of the labor force of activity that has characterized thus far their business cycles. The Parity Organization of the Sector called Construction Labour Foundation (FLC), born of the collective bargaining, can be a suitable tool for the success of these purposes.

Keywords: Qualification, construction, unemployment, vocational training, Construction Labour Foundation

* **Correspondencia a:** Vicente Pedro Lafuente Pastor. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo. Departamento de Derecho de la Empresa. Universidad de Zaragoza, calle Violante de Hungría 23, 50009-Zaragoza, España – vlafuent@unizar.es – <https://orcid.org/0000-0003-0091-450X>

Cómo citar: Lafuente Pastor, Vicente Pedro. (2019). «¿Un cambio de paradigma en la construcción? Un estudio en Aragón sobre el organismo paritario del sector y la cualificación de la mano de obra como motores de la transformación»; *Lan Harremanak*, 41, 298-322. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20561>).

Recibido: 31 enero, 2019; aceptado: 24 junio, 2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

SUMARIO

1. Introducción.—2. La escasez de mano de obra en la construcción. 2.1. El abandono temprano de los estudios. 2.2. La masculinización del sector.—3. El nivel educativo en España y en la construcción. Nuestro desfase con Europa.—4. El envejecimiento del sector.—5. Los itinerarios percibidos como garantía de cualificación.—6. Las necesidades detectadas y los lastres actuales. 6.1. El emprendimiento real y el fingido. Los «falsos autónomos» en la construcción. 6.2. La vinculación con cánones especulativos y poco eficientes. 6.3. La construcción imprescindible. 6.4. Tecnificación y construcción.—7. El papel de la formación reglada y el modelo del Organismo Paritario.—8. Aprender de los errores.—9. Conclusiones.—10. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

La crisis económica pasada comenzó afectando principalmente a la construcción, por su vinculación con las patologías financieras vinculadas a la exposición inmobiliaria. Ciertamente, se extendió de forma inmediata a la totalidad de la actividad económica, pero siguió cebándose especialmente en ese sector, dadas sus características tradicionales de endeblez e inconsistencia estructural. De esta manera, la construcción se constituyó como elemento diferencial de la crisis española por el estallido de la burbuja inmobiliaria, y su fuerte y mantenida repercusión en el desempleo como consecuencia del desplome de la actividad.

Este sector tiene una regulación contractual propia sumamente flexible, el contrato fijo de obra, que ha funcionado con eficacia y de forma pacífica al menos desde la Ordenanza de la Construcción, Vidrio y Cerámica de agosto de 1970. La construcción manejaba su propia dinámica de actividad, con ciclos alternos de expansión y de contracción, hasta que el desborde de sus parámetros de control, en términos de sobreproducción y escalada irracional de precios en el sector inmobiliario, pero también en la obra pública, despojó de cualquier racionalidad su patrón económico (Lafuente, 2016: 282).

Algunas concausas de esta crisis correlacionan con la falta de intervención del banco central, con vicios severos de nuestro sistema económico-financiero, excesivamente trabado por el riesgo inmobiliario y por el endeudamiento desmedido de particulares y familias, y con la desbocada expansión de la demanda (Myro, 2011: 79). En un contexto de bajísimos tipos de interés y de crédito fácil y barato, dio origen a la burbuja inmobiliaria (Arellano y Bentolilla, 2009) al

conectarse con la crisis financiera internacional. A ello se unió un tejido empresarial poco cualificado y escasamente profesionalizado, que concentró su producción industrial en sectores proclives a la especulación y con poco valor añadido, con empleos de baja calidad y precarios, que se destruyeron con suma facilidad en los primeros embates de la crisis.

En la actualidad, el cambio de inflexión es significativo y los signos de recuperación en el sector de la construcción son visibles. Pero este flujo de actividad viene configurado de forma novedosa por algunos requerimientos empresariales. La digitalización de la economía, las herramientas informáticas colaborativas, de carácter tridimensional, para modelar y cuantificar la evolución de la obra en términos económicos y en su cronograma temporal (BIM), las exigencias de eficiencia ambiental y consumo energético casi nulo, que impulsan las estrategias de la Unión Europea, y la propia concienciación de los clientes y destinatarios de los inmuebles, están generando ya nuevas demandas en los procesos productivos del sector, cada vez más correspondientes con los propiamente industriales. Se necesita mano de obra especializada, debidamente formada en las competencias digitales básicas, pero también en una polivalencia de funciones que haga rentable la contratación.

Si, por una parte, la oferta de trabajo se ha vuelto más exigente, por la otra comprobamos cómo, en general, ya hay escasez general de mano de obra. Las antiguas categorías profesionales de antes de la crisis dejan de tener sentido, porque los empresarios buscan, sobre todo, trabajadores polivalentes. Las tensiones salariales se intensificarán, máxime si las empresas del sector ya no precisan mano de obra barata para sus centros de trabajo, y sí trabajadores cualificados. Finalmente, y de forma paradójica, dicha escasez no se corresponde con las tasas de paro en la construcción, todavía altas.

Intento demostrar que ese desajuste se debe fundamentalmente a que el colectivo de parados en el sector carece de la formación y mayor cualificación que exigen las empresas, frente a planteamientos del pasado en el que el peonaje ocupaba una proporción muy significativa en las obras. Se valoran competencias nuevas, técnicas y organizativas, también relativas a trabajo en equipo. Sin embargo, los parados inscritos en las listas de empleo carecen de la formación y cualificación necesarias, y por eso no logran incorporarse fácilmente al mercado de trabajo.

Sustento que el trabajo en la construcción está cambiando y puede transformarse radicalmente en términos de actividad industrializada y más profesionalizada. La recuperación viene, parcialmente, ligada a nuevos modos de producción industrial. Y los planteamientos europeos de «construir» otras competencias para los trabajadores del sector, ligadas a las nuevas necesidades de construcción eficiente y sostenible, no pueden descansar sólo en una formación convencional o tradicional sino que deben apoyarse en la formación reglada y en los cer-

tificados de profesionalidad, con currículos académicos avalados por la Administración y con la gestión del Organismo Paritario de la Construcción, que ya se constituyó con el horizonte de reforzar la cualificación de los trabajadores del sector.

En efecto, la Fundación Laboral de la Construcción nace en 1992 como un acuerdo gestado por los signatarios del Convenio Colectivo General de la Construcción (Lafuente y Andrés, 2012: 36-40), con los fines de promover la cualificación profesional de los trabajadores del sector, fomentar la salvaguardia de la seguridad y salud en el trabajo, e incentivar el empleo y la inserción laboral. En su consideración de organismo paritario, sus patronos son los firmantes del Convenio de la Construcción, es decir, la organización empresarial representativa y los sindicatos mayoritarios UGT y CCOO. No tiene ánimo de lucro y su financiación es mixta, accediendo tanto a los recursos públicos como a las aportaciones de las empresas que establece el citado Convenio General, que tiene eficacia general y *erga omnes*.

En este sentido, debe destacarse la labor pionera del Centro Integrado de Formación Profesional de la Fundación Laboral de la Construcción en Aragón, con la incorporación al currículo de proyectos y líneas de actuación que pretenden hacer compatibles las competencias académicas del alumnado con las exigencias de las empresas, contribuyendo, así, a ser motor de esa transformación del sector.

Otro aspecto esencial del Centro Integrado de Formación Profesional de la FLC es el cuidado puesto para formar emprendedores vocacionales, alejados de las malas praxis del sector. La fuga del Derecho del Trabajo para devaluar derechos, en periodos de crisis, se ha plasmado en un contingente muy elevado de «falsos autónomos». No es la solución la reconversión forzada de los trabajadores por cuenta ajena en autónomos, a menudo obviando la necesaria autonomía funcional y productiva propia del empresario individual. Por ello, el Centro Integrado de FP de la FLC tiene unos itinerarios en los que se educa al alumnado en gestión empresarial, emprendimiento social y organización de empresas.

Con todo lo dicho, no debe desconocerse que todavía en la actualidad se adolece de cierta descompensación en los estratos de cualificación del sector de la construcción, con atisbos de sobrecualificación en los niveles superiores, un excesivo peso también en los niveles inferiores, y, sin embargo, con una falta alarmante de formación reglada y profesionalizante en los tramos intermedios, que nutren los denominados trabajadores cualificados y mandos intermedios.

Pongo de manifiesto, además, que mientras esta formación reglada de Formación Profesional va creciendo de forma moderada en el conjunto de las titulaciones, su tendencia es decreciente en la familia de construcción y obra pública. Los jóvenes no contemplan la construcción como un sector de futuro para

su carrera profesional. Además, los anteriores oficiales se han jubilado o desempeñan su actividad laboral en otros sectores. Los que permanecen son muy veteranos. El envejecimiento de la mano de obra de la construcción se atisba, así, como el principal problema, y la falta de relevo generacional puede estrangular la actividad en el medio plazo.

Por ello, debería hacerse un esfuerzo serio por cambiar la imagen de un sector que es contemplado como penoso, peligroso y precario. El papel que debe desempeñar el Organismo Paritario con sus acciones formativas ajustadas a las necesidades del mercado se antojan esenciales, dado que evidentemente no basta con realizar meras campañas de imagen, sino que debe ahondarse en la transformación real del sector buscando la dignificación de las condiciones de trabajo y la profesionalización.

Para todo ello, he utilizado una metodología mixta, en la que verifico las hipótesis expuestas mediante datos económicos y estadísticas, y realizo un trabajo de campo, análisis cualitativo y estudio del caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sus apartados de empleo y educación en el sector de la construcción, y de la incidencia de su Organismo Paritario en la modulación de las variables estudiadas.

2. La escasez de mano de obra en la construcción

Ya se ha expuesto que la falta de mano de obra en la construcción está empezando a ser un problema serio, tensionando al alza los salarios. La dificultad de dar respuesta a las ofertas de trabajo se está produciendo con unos incrementos de la actividad aún moderados, incluso partiendo de los umbrales tan bajos que dejó diez años de crisis económica. Ello no ha significado, sin embargo, vaciar las listas de paro.

Es el caso de Aragón, que contaba con 4.788 parados en las listas de paro registrado (febrero de 2018) pertenecientes a la construcción. Este desajuste entre la oferta y la demanda se explica por un porcentaje muy alto, que las estadísticas oficiales del Instituto Aragonés de Empleo cifra en un 80%, carente de la formación mínima exigible. Hay, pues, un déficit de cualificación y formación vinculado a insuficiencias estructurales en el ámbito educativo, pero también en los itinerarios tradicionales de orientación laboral y empleabilidad, mal definidos, y escasamente vinculados a las necesidades del sector.

Así, se constata que el 86% de los parados varones del sector en Aragón sólo tienen estudios de enseñanza primaria o inferior, o bien no han contemplado el ciclo de la educación secundaria. Este porcentaje es del 46,2% entre las mujeres, con muy escasa presencia en el sector (en torno al 10% del total) y cuyos trabajos se centran en tareas administrativas y técnicas. En el conjunto de hombres

y mujeres, tenemos un 80,7%, que carece de la necesaria formación. Contrariamente, sólo un 11% de los parados en construcción en Aragón tienen algún tipo de formación profesional habilitante. Pero es que, si tenemos en cuenta que el itinerario formativo más indicado para los trabajadores a pie de obra son los grados medios de FP, no los superiores, ese porcentaje se reduce al 4,9%, significando un porcentaje de paro respecto de estos egresados muy reducido y produciéndose una relación inversa entre formación reglada y desempleo.

Por ello, parece confirmarse que la carencia de una educación adecuada, y la falta de formación en las competencias propias del oficio desempeñado, lastran significativamente la posibilidad de encontrar un puesto de trabajo.

2.1. El abandono temprano de los estudios

La falta de ajuste entre oferta y demanda correlaciona significativamente con el abandono temprano de los estudios. En España (y también en Aragón, aunque algo menos) se soportan tasas muy altas y son indicativas de la existencia de una falta de equilibrio entre las aspiraciones de los jóvenes, la oferta educativa y los nichos de empleabilidad.

Con todo ello, considero que no hay futuro en puestos de trabajo de la construcción sin cualificación. El mayor nivel indicativo correlaciona con más empleo y mejores salarios. La importancia de las competencias y de las cualificaciones es prioritaria en la agenda de la UE, así, en la Estrategia Europa 2020, que establece que el abandono escolar debería estar siempre en parámetros inferiores al 10%. Instrumentos normativos a citar son la Comunicación COM (2016) 381: Una nueva agenda de capacidades para Europa; la Recomendación del Consejo de 19 de diciembre de 2016: Itinerarios de mejora de las capacidades. Nuevas oportunidades para adultos; o la Comunicación COM (2012) 433: Estrategia para una competitividad sostenible del sector de la construcción y de sus empresas.

Las tasas de abandono temprano en España (18,3%) y en Aragón (16,4%) superan ampliamente los umbrales de tolerancia máxima del 10% establecido por la Unión Europea. Ello será indicativo, como veremos, de un lastre en la formación, en tanto que la construcción, tradicionalmente, ha reclutado su mano de obra entre trabajadores que elegían el sector con descarte de un trabajo mejor, debido a su falta de estudios o de aptitud para trabajos más cualificados.

2.2. La masculinización del sector

Por otro lado, junto a la falta de cualificación emerge otra tara estructural que debería remediarse con urgencia. En efecto, es un desperdicio de recursos, pero también un agravio intolerable, que los esfuerzos de la formación se centren sólo en la mitad de los potenciales formandos (Scuro y Bercovich, 2014).

La realidad demuestra que los progresos en esta incorporación de la mujer al sector de la construcción no han sido muy significativos en los últimos diez años. La EPA del último trimestre del año 2008 mostraba que, en Aragón, sólo el 5,7% de la población ocupada en construcción era mujer. En el tercer trimestre de 2018 ha crecido este porcentaje, pero está estancado en torno al 11% (9% en España). Además, esta tasa ha subido, no tanto debido al alistamiento de nuevas mujeres, sino a la destrucción masiva de empleo entre los varones de los oficios de la construcción en la última década. En efecto, estamos en un sector netamente masculinizado en el que la entrada de la mujer se circunscribe casi con exclusividad a puestos colaterales, administrativos o técnicos, pero raramente de producción.

Estos parámetros son extrapolables a la tasa de formación en el sector. De los registros existentes en la propia Fundación se constata que al menos un 87% del alumnado de la FLC de Aragón son hombres, siendo que además hay un 6,9% del alumnado que simplemente no cumplimenta la casilla relativa al sexo en la ficha de inscripción, con lo que puede inferirse que el porcentaje de hombres puede ser incluso mayor.

Con independencia de las causas que explican esta segregación de la mujer del ámbito de la construcción, como la identificación de determinados roles de género adheridos a ciertas ocupaciones (Infante et al., 2012: 32-43), parece razonable la consideración de que la escasez de mano de obra en el sector se vería minimizada con la incorporación de la mujer en la construcción, y que un cambio profundo hacia modos de producción más tecnificados, con menos carga física, y con una mejor estructura preventiva, facilitarían esa inclusividad (Welch et al., 2000). Y ello, porque tendrían menor peso, tanto los juicios negativos compartidos sobre el sector, asociados a su precariedad, penosidad y peligrosidad, como los lastres culturales inherentes a dichas características.

3. El nivel educativo en España y en la construcción. Nuestro desfase con Europa

El nivel educativo es un buen predictor de la empleabilidad, e incluso de la inserción laboral. Concretando más, el ciclo o rama de la enseñanza por el que se opta se erige como variable determinante para traspasar exitosamente la línea que divide el ámbito educativo del laboral (Fernández y Jimeno, 2004).

El desequilibrio en España de la triada educación-formación-empleo es general, pero especialmente agudo en el sector de la construcción. La Clasificación Internacional Normalizada en Educación de la UNESCO (CINE, en español), nos indica que los ocupados en España que trabajan en la construcción con niveles educativos más bajos, 1 y 2, (educación primaria y secundaria obligatoria),

superan en 10 puntos porcentuales al conjunto de sectores y nada menos que en 26 puntos a los ocupados en la UE. Tenemos, pues, una población ocupada con una tasa muy alta de personas con nivel educativo bajo. Pero esa misma proporción es inversa para los niveles inmediatamente más altos, 3 y 4, (bachillerato, ciclos formativos de básica y medios, y certificados de profesionalidad), en los que los ocupados de construcción arrastran un déficit considerable, tanto es así que el porcentaje de ocupados en la UE en este nivel (46%) duplica el de España en el conjunto de sectores (25%) y en el sector de la construcción, singularmente (23%). Es, además, incuestionable que este segmento intermedio es el idóneo para garantizar la profesionalización de los oficios. Más equilibrados son los índices de ocupación en los niveles superiores (graduado universitario, licenciado, doctor), aunque con un cierto sesgo de sobrerrepresentación en España respecto a las tasas medias de la UE.

Por tanto, en el sector de la construcción y en España, el índice de ocupados que cuenta sólo con niveles inferiores de educación está hipertrofiado en relación con el conjunto de los sectores en España y, en mucha mayor medida aún, si la comparativa la realizamos con la UE. Contrariamente, tenemos muy pocos trabajadores con titulación de los ciclos de formación básica, de grados medios o de certificados de profesionalidad. Ahí arranca, en mi opinión, el raquitismo estructural en el desarrollo del tándem «formación-cualificación» en el sector de la construcción, dificultando su adecuada profesionalización y la posibilidad de encontrar trabajos estables. No se han utilizado los ciclos formativos reglados (Formación Profesional) o profesionalizantes (certificados de profesionalidad) para acceder ordenadamente al sector de la construcción.

Históricamente, los trabajadores aprendían «in situ», en la propia obra, mediante la figura del aprendiz tradicional. El actual marco jurídico, sin embargo, impide la reproducción de esta figura laboral, carente de derechos. Y la sustitución de su contenido en el marco novedoso, en España, de la formación dual, todavía no ha frugado en la construcción. Pero esa figura del aprendiz tradicional, desvalorizada, como he dicho, por no casar con los derechos laborales que demanda un Derecho del Trabajo moderno es, sin embargo, añorada por los más veteranos que recuerdan ese método como cantera eficaz de relevo generacional. Seguramente, hay que remodelar por enésima vez el vigente contrato para la formación y el aprendizaje, que sigue fracasando a pesar de las sucesivas reformas.

Hacerlo compatible con los objetivos de la formación dual es imprescindible. Su uso fraudulento, y las exigencias de la seguridad y salud laboral, son obstáculos para su plena aplicación. Pero facilitar alguna flexibilidad a las empresas del sector de la construcción es también necesario. Cada obra es un centro de trabajo, puesto que reúne los caracteres de unidad productiva con organización específica (artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores) y su apertura

se comunica a la autoridad laboral por los contratistas, acompañándose del Plan de Seguridad y Salud (Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, y Orden TIN 1071/2010, de 27 de abril). Ahora bien, estos centros de trabajo tienen un carácter temporal, y frecuentemente efímero, lo que suele constituir un impedimento definitivo para la acogida de alumnos, al no poder garantizar el tiempo mínimo de permanencia que exige la normativa de educación, que es de un año (artículo 11 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, y artículo 25.4. f) del VI Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017)).

Dos posibles soluciones serían, bien poder disminuir el tiempo mínimo de duración de las prácticas en las empresas a 6 meses mediante la negociación colectiva, como habilita el propio RD 1529/2012, bien permitir engarzar las prácticas en varias empresas, previamente concertadas, juntando los periodos de tiempo exigibles por la normativa educativa. En todo caso, salarios atractivos para los jóvenes y compromiso social de las empresas para nutrir al sector de la mano de obra cualificada que requiere la producción, son variables necesarias. El sector, a través de la negociación colectiva, con su experiencia en la gestión paritaria de la formación a través de la FLC, tendría, por otra parte, mucho que decir al respecto.

Lo cierto, no obstante, es que las expectativas de empleabilidad en la construcción están cambiando de forma sustancial. Un contingente de mano de obra que no tenía dificultades en ser reclutadas como peonaje sin cualificación en un sector altamente desestructurado industrialmente, y aun artesanal, actualmente no encuentra un encaje adecuado en las obras en marcha. Disminuyen progresivamente las categorías profesionales relativas a los puestos de trabajo sin cualificación. En el 2007, según datos de la EPA, los peones en la construcción representaban el 23,2% del total de empleo en el sector; en el 2015 eran únicamente el 14,6 %; y actualmente sólo un 9,6% de los trabajadores se encuentran en la categoría de «no cualificados».

De esta manera, el déficit de formación de la mano de obra en construcción es manifiesto, y causa del desajuste actual entre oferta y demanda. Aunque si hacemos el análisis en función del sexo, la diferencia es significativa: el 43,3% de los 1.128.000 trabajadores ocupados del sector en España en 2017 contaban exclusivamente con estudios de la primera etapa de educación secundaria o similar. Sin embargo, entre las mujeres ocupadas en el sector, el panorama es radicalmente distinto. Un 60,4% de éstas poseen educación superior. Pero este dato apenas incide globalmente en un sector en el que sólo un 9% de las personas que trabajan en construcción son mujeres.

Especialmente preocupante es en construcción el déficit de la formación reglada y profesionalizante, que involucra tanto a los títulos de formación profe-

sional, en el ámbito educativo, y a los certificados de profesionalidad, otorgados en el ámbito laboral. En España, las titulaciones anuales en FP de la familia de la construcción se limitan a sólo 5.659 alumnos, frente a los 42.148 alumnos de los grados universitarios de la familia de la edificación y obras públicas (arquitectura, arquitectura técnicos, ingeniería civil y de la edificación, etc.).

Y en la serie histórica de ocho años (2008-2016), con datos también del Ministerio de Educación, se constata que únicamente se han expedido 8.846 certificados de profesionalidad por la autoridad laboral competente, lo que habla claramente de la poca aceptación e incluso desconocimiento de esta titulación, a caballo entre la formación reglada y la formación ocupacional y para el empleo. Dichos certificados incluyen tanto los obtenidos por la vía formativa propiamente dicha como por la evaluación y acreditación de las competencias a través de la experiencia profesional. Ésta última, también muy poco desarrollada, constituye un procedimiento de excepcional interés, ya que muchos profesionales han podido concertar prestaciones laborales de alta calidad a lo largo de su vida profesional, pero no han podido acreditar documentalmente dichas competencias. Con esta figura se habilitaría, mediante la comprobación teórica y, sobre todo, práctica de sus conocimientos, la posibilidad de expedición de un título con valor académico o profesional, contribuyéndose así a mitigar una carencia grave de formación de ese núcleo duro de oficiales con competencias acreditadas pero basadas únicamente en la experiencia, que se ubicarían entre el peonaje y los técnicos y directivos.

La búsqueda de profesionales cualificados, que no existen en el corto plazo, se intensificará más con la transformación del sector productivo de la construcción, de la mano de las nuevas tecnologías. Se buscarán, además de conocimientos y destrezas técnicas, otras competencias como son la flexibilidad, la autonomía y la responsabilidad en la organización del trabajo. Ello podrá alejar la percepción presente de la construcción como un sector de aluvión, propicio a la rotación, que optimiza la productividad sólo con el abaratamiento continuo de costes.

4. El envejecimiento del sector

La Comisión Europea indica que será necesario reemplazar al elevado número de trabajadores cualificados que se jubilarán de aquí a 2020 y que representan más de las dos terceras partes de los empleos en la construcción. Los buenos profesionales que demanda hoy el mercado, si no están jubilados ya, o prejubilados con pensiones insuficientes debido a esa anticipación, han encontrado acomodo en la industria o en los servicios. Luchan entre la vocación de una profesión y la incertidumbre que les ofrece actualmente un puesto de tra-

bajo en la construcción, aun siendo mejor retribuido que sus homólogos de la industria o los servicios. Es indicativo que, durante la crisis económica, en diez años, se redujera la producción del sector en España nada menos que un 40% y que sólo en seis años se destruyeran masivamente los puestos de trabajo, de tal forma que disminuyeron a una tercera parte, pasándose de dos millones de ocupados por cuenta ajena a 640.000. Actualmente, con la recuperación, dicha población es, como ya se ha dicho, de 1.128.000 trabajadores, lo que representa el 6% de la ocupación en España.

La escasez crónica de mano de obra cualificada y el progresivo envejecimiento de los ocupados pueden explicarse, ciertamente, por el escaso atractivo del sector para los jóvenes (Escudero, 2015), que traen causa tanto de la mala imagen que arrostra el sector, como de las crecientes necesidades de competencias en cualificaciones específicas, a las que los sistemas de educación y formación, así como el mercado de trabajo actual, difícilmente responden de forma precisa.

Por dichos motivos, la tasa de trabajadores mayores de 40 años no cesa de crecer en construcción, desde el 41% en 2008, hasta llegar a un 64,9% en 2017. Paralelamente, disminuye el porcentaje de menores de 40 años, que en 2017 sólo fue de un 35,1%, frente al 59% en 2008.

La necesidad de un relevo generacional parece acuciante. Es difícil, además, mantener una idoneidad física en la construcción a partir de edades avanzadas. Las enfermedades profesionales o derivadas del trabajo se multiplican (trastornos músculo-esqueléticos, desgastes óseos, pérdida de reflejos, precisión y velocidad, así como la problemática de riesgos graves muy vinculados al sector, como la caída de alturas, o el manejo de maquinaria).

Tampoco hay todavía un flujo migratorio masivo hacia el sector, a diferencia de lo ocurrido en el periodo de la burbuja inmobiliaria que explotó en 2007. El recelo de experiencias pasadas en nuestro país y en el sector de la construcción, particularmente, plantea dificultades adicionales. Los contingentes de mano de obra extranjera que se incorporaron entonces adolecían en bastantes casos de la cualificación necesaria (Moreno y Bruquetas, 2011), y ello desembocó, primero, en un colapso del empleo en forma de paro estructural y masivo en el sector cuando llegaron las manifestaciones más serias de la crisis y, segundo, en una falta de alternativas reales para encontrar puestos de trabajo en otros sectores, al carecerse de competencias básicas transversales ligadas a la calidad en los procesos y a los modos de producción industriales.

La transición hacia una economía hipocarbónica y eficiente en el uso de los recursos también supondrá importantes cambios estructurales en el sector de la construcción, que precisará de mano de obra renovada o bien debidamente reciclada. Tendrá que adaptarse y anticiparse a las necesidades de cualificaciones

y competencias en estos ámbitos. A título de ejemplo, la formación que ya se está requiriendo de mano de obra para la construcción de «edificios de consumo energético casi nulo», bien de nueva construcción, bien en procesos de rehabilitación. En este sentido, la certificación «passivhaus», u otras similares menos conocidas, están ya siendo reclamadas por un segmento creciente de clientes, compradores potenciales de viviendas.

El recurso a tecnologías de base y a prácticas flexibles de organización del trabajo también exigirá cambios en las competencias y en las cualificaciones en el sector de la construcción. Las cuadrillas de especialistas, propias de los actuales sistemas de trabajo, cederán frente al sistema de equipos de trabajo multidisciplinares, lo que hará preciso un perfil de trabajadores capaces de invertir viejas rutinas de trabajo adquiridas para instruirse en las nuevas competencias demandadas.

5. Los itinerarios percibidos como garantía de cualificación

Estableciéndose un rango de vías o itinerarios para satisfacer las necesidades detectadas, en orden a garantizar la cualificación de los trabajadores de las obras, por lo dicho, la formación reglada, en el terreno del «deber-ser», se constituiría como vía privilegiada hacia retos capitales del sector de la construcción, como la recualificación de las competencias, la dignificación de las condiciones de trabajo y la consecución de una verdadera carrera profesional.

Pero sin obviar otros sistemas de utilidad inmediata, también citados, como la acreditación de habilidades profesionales mediante la evaluación y acreditación de las competencias. Un tribunal académico, mixto, profesional y representativo de las Administraciones laboral y educativa, contrastan el saber hacer y las aptitudes del trabajador, valorando la experiencia aportada. Son personas con dilatada experiencia y un amplio bagaje y conocimiento de su oficio, pero a los que no se les ha dado la oportunidad de acreditarlo. Solventa un problema grave de reconocimiento oficial de una aptitud profesional autogestionada (López y Sarrate, 2005). Además, la formación continua, para el desempleo y, sobre todo, los certificados de profesionalidad, acercan a los trabajadores hacia la consecución de un rango de competencias imprescindibles para el reclutamiento de la mano de obra (Green, 2011). En definitiva, hablamos de la formación continua como garantía de competitividad (*Long Life Learning*). Esta panoplia amplia de funcionalidades se constituye como uno de los principales activos del Centro Integrado de Formación Profesional de la Fundación Laboral de la Construcción de Aragón, ya que dicha concesión administrativa le permite el desarrollo de todas las ofertas formativas reseñadas.

Pues de lo que se trata es de evitar el ensanchamiento de la actual brecha de conocimiento y ofrecer, complementariamente, un repertorio de vías formativas

con acciones prioritarias para los grupos de interés con menos cualificación: personas veteranas, sin una educación básica suficiente, mujeres sin experiencia laboral en el sector (subrepresentadas en la construcción y en la formación previa a la empleabilidad), inmigrantes, o personas con riesgo de exclusión social. Estas acciones deberían incluir competencias transversales para que la construcción no se convierta en tapón o muro estanco para la actividad en otros sectores, pero también una reforzada educación básica, y un aprendizaje en plasticidad organizativa, en el sentido de enseñarles a trabajar en equipos de trabajo (Echevarría, 2001).

El sistema productivo está evolucionando de forma vertiginosa, y a dicha dinámica tampoco es ajena el sector de la construcción. Se exige una innovación continuada, procesos de calidad certificados y, para ello, el condicionante de la cualificación es primordial en la escala de valores de las empresas competitivas. No parece de poca importancia, en este sentido, el fomento de las políticas empresariales encaminadas en esta dirección (Caravaca, 2005).

6. Las necesidades detectadas y los lastres actuales

Todo ello para dar satisfacción a las necesidades detectadas, y como estrategia en el medio plazo para la consecución de un sector «transformacional», en el que tenga capital importancia nichos de actividad tales como la economía circular, la construcción 4.0, la digitalización, el uso intensivo de nuevas tecnologías, (realidad aumentada, realidad virtual o la simulación), el BIM (acrónimo en inglés del *Building Information Modeling*, traducido como Modelado para la Información de la Construcción) y, en definitiva, la propia construcción industrializada. Evidentemente, esta nueva industria de la construcción coexistirá con la artesanal o clásica, cuyos procedimientos de trabajo y oficios tradicionales subsistirán, pero sin apropiarse del conjunto de la actividad constructora en el contexto de una sociedad postindustrial y tecnificada.

Con todo lo dicho, no podemos olvidar que, mayoritariamente, en el estadio actual de nuestro panorama socioeconómico, los trabajadores que actualmente se incorporan al sector encuentran una actividad poco estructurada y escasamente profesionalizada. El reclutamiento de la mano de obra se lleva a cabo todavía por métodos heterodoxos, tales como el «robo» de cuadrillas de otras empresas, ofreciendo salarios más altos, o la subcontratación masiva con empresas intensivas de mano de obra. En este sentido, las empresas subcontratistas cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente la aportación de mano de obra, no pueden subcontratar (artículo 5 f. de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción). Y ello con las excepciones justificadas previstas en el artículo 5.3 de la citada norma. Pero es lo cierto que, con el actual incremento de la acti-

vidad, están aflorando, de nuevo, hábitos que lindan con comportamientos irregulares: la contratación con empresas cuya aportación a la obra consista exclusivamente (no fundamentalmente) en mano de obra, nos conduce a la figura del prestamismo laboral y a su encaje en prácticas prohibidas por el ordenamiento jurídico-laboral, como la cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

La promulgación muy necesaria de la citada Ley 32/2006 no ha conseguido, por ello, erradicar prácticas viciosas en el sistema de reclutamiento de la mano de obra. Sería, en mi criterio, necesario proceder a una reformulación de la norma que diera cumplimiento íntegro a uno de sus objetivos: el control de la organización productiva de las empresas que desarrollan su actividad en la obra (por tanto, no sólo de las empresas constructoras) para evitar situaciones de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Para dicho fin, debería incidirse en el control de los requisitos de calidad y solvencia de estas empresas, y desarrollarse mecanismos eficaces de supervisión para evitar, primero, la extensión de la subcontratación masiva de naturaleza meramente económica, sin orden ni control y, segundo, el estímulo para que las empresas más solventes se doten de plantillas estables, diseñando planes de formación eficaces que contribuyan a la cualificación de los trabajadores. Parece razonable que la institución de la que se han provisto los agentes sociales en la negociación colectiva, la Fundación Laboral de la Construcción, desempeñe un papel central en este cometido.

6.1. El emprendimiento real y el fingido. Los «falsos autónomos» en la construcción

En este sentido, siguen proliferando figuras tradicionales, como los falsos autónomos, a veces organizados como cuadrillas especializadas, frente a un verdadero emprendimiento social de habilidades, visión, creatividad y exposición al riesgo. Es un emprendimiento de necesidad, no de oportunidad, impuesto por los empresarios principales para rebajar costes de la mano de obra. El falso autónomo ofrece la gran ventaja de que no genera cotizaciones a cargo de la empresa ni indemnizaciones por despido. Las partidas de su presupuesto, como los materiales, las horas realizadas, los gastos generales y el beneficio industrial, a menudo son coincidentes con los salarios que se pagan a los trabajadores por cuenta de ajena de la misma especialidad, de acuerdo con el convenio colectivo.

El gran problema es que, aunque estén dados de alta formalmente en el RETA y en el Impuesto de Actividades Económicas, carecen de la autonomía funcional y productiva necesarias para ser considerados verdaderos trabajadores autónomos. Esa contradicción entre los requisitos formales y los materiales se trasladan a todos los ámbitos de la actividad, incluidos los fundamentales relativos a la responsabilidad en materia de seguridad y salud (Lafuente, 2011).

Otros desajustes laborales del sector vienen por la generalización de contratos temporales sin causa, por la ya apuntada descentralización productiva masiva con el único referente del precio y por los inaceptables niveles de economía sumergida. También por la tendencia a la sustitución del contrato de trabajo por el de prestación de servicios o por la aparición de figuras híbridas o confusas que podríamos definir como de cuasi-asalariados, vinculadas a proyectos y a ofertas masivas de empleo en los que se buscan colaboradores y socios (*partners*), enmascarando el reclutamiento de trabajadores sin derechos con bajos emolumentos y a los que se les repercute el riesgo y ventura de la operación empresarial.

Ratificando estas opiniones, en un Informe de situación del sector de la construcción del Principado de Asturias, del año 2015, suscrito por los agentes sociales, incluida la patronal del sector, se denuncian problemas que se califican de estructurales de ilegalidad, fraude, competencia desleal y economía sumergida en obras de construcción. Se alerta sobre el incumplimiento de la Ley reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción, el incorrecto encuadramiento del convenio colectivo, buscando salarios inferiores, y la admisión de ofertas en concursos públicos con costes salariales mínimos inferiores a los estipulados en los convenios colectivos. Se denuncia la incorporación de falsos trabajadores autónomos en las obras con coste inferior al que tendría un trabajador por cuenta ajena al que se le aplicara el convenio colectivo.

En efecto, figuras normativas como el Convenio General de la Construcción, o instituciones paritarias como la Fundación Laboral de la Construcción, son ejemplos y manifestaciones de negociación colectiva responsable. Habría una tendencia a huir del ámbito laboral, mediante la incorporación masiva de autónomos a las obras, procurando una ventaja competitiva, de carácter desleal e injusto frente a las empresas con plantilla estable. Esta huida del Derecho del Trabajo estaría en la antítesis del emprendimiento vocacional o de libre elección que debe perseguirse.

En Aragón, los datos son significativos. Si tomamos 2007 como el último año del periodo de auge en el sector de la construcción y constatamos que la duración de la crisis, en mayor o menor medida, se prolongó hasta 2017, vemos como en esta década la construcción perdió un 61% de los trabajadores ocupados por cuenta ajena. En efecto, había 53.820 asalariados en 2007, y sólo 20.948 en 2017. Consideración coherente con el desplome y colapso de un sector que soportó de manera muy principal la crisis económica y financiera. Pero, en esa misma década, el número de trabajadores autónomos que se perdió fue menor, con un descenso de un 43%, ya que, frente a los 20.884 autónomos en construcción de 2007, había, en 2017, 11.855. Parece, así, que para algunos trabajadores la permanencia en el sector pasaba por constituirse en empresa individual, aunque la mayoría careciera de la formación y hasta de los requisitos básicos de organización funcional y organizativa, propios para su consideración como auténticos trabajadores autónomos.

Consecuencia de todo ello, los trabajadores autónomos han asumido un papel creciente, pasando en Aragón de un 28% del total de la población ocupada en el sector en 2007 a un 34,2% en 2017. Más de un tercio del total de afiliados en construcción en Aragón, son trabajadores autónomos, lo que parece a simple vista una cifra excesiva, planteándose además problemas adicionales, por ejemplo, en relación con la efectiva coordinación de actividades empresariales del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En todo caso, asumiendo como evidente el mayor peso progresivo del trabajo por cuenta propia respecto al trabajo asalariado, parece que los futuros trabajadores autónomos de la construcción van a necesitar desarrollar competencias transversales como son la iniciativa y dinamismo, la creatividad, la organización, la responsabilidad y la gestión de equipos, entre otras.

Sus destrezas de gestión empresarial serán, en bastantes casos, inherentes a las del dominio de la profesión u oficio elegidos, pero también prerrequisito legal y económico para su desempeño como trabajadores por cuenta propia.

6.2. La vinculación con cánones especulativos y poco eficientes

Para cambiar la imagen negativa actual, la construcción debería sacudirse las cargas históricas que se han identificado con el sector y alejarse de los entornos especulativos que provocaron la burbuja inmobiliaria y la crisis financiera, ligadas ciertamente tanto a factores trasnacionales como la hiperglobalización y la financiarización de la economía (Ruesga, 2016), como a variables internas ligadas, tanto a procedimientos administrativos no transparentes y ajenos a la competencia, como a la excesiva vinculación entre la decisión política y la actividad empresarial del sector.

Además, en un ámbito estrictamente de cualificaciones, debe emerger un sector tecnificado, industrial y altamente profesionalizado en herramientas y habilidades transversales que permita la permeabilidad de competencias hacia otros sectores. Se deben desarrollar aptitudes y técnicas más amplias que las competencias estrictamente ceñidas a la ejecución de la obra. Y del mismo modo debe estructurarse, paralelamente, una gestión certificada que refuerce la evitación de prácticas no éticas.

6.3. La construcción imprescindible

La prospección de desarrollo del sector se sitúa entre el 7-9% en términos de Valor Añadido Bruto, y el empleo, de forma semejante, entre el 7,5-10,5% (Informe del Consejo Económico Social, septiembre de 2016). Este crecimiento futuro parece realista si tenemos en cuenta que hacen falta entre 166.000 y 600.000 trabajadores especializados para hacer frente a las necesidades del sector en materia de eficiencia energética y para cumplir los objetivos 20-20 formulados por

la Unión Europea. Por ello, 4 millones de trabajadores del sector deberán reciclarse para ser competitivos en este mercado europeo 2020 (Informe *Build Up Skills*, 2016).

Para el Observatorio Industrial de la Construcción, creado por la Fundación Laboral de la Construcción y en el que colabora la Universidad de Zaragoza, el sector de la Construcción se configura como ámbito imprescindible para la mejora de la calidad de vida, la cohesión territorial y social y la competitividad de la economía española.

En este sentido, conforman los retos profesionales del sector el desarrollo de las nuevas tecnologías del trabajo, los nuevos materiales que se incorporan al mercado (optimizando sostenibilidad, certificación en eficiencia energética y calidad del producto), la implantación de los nuevos modelos de organización industrial colaborativa (importados de la automoción japonesa, como el LEAN) y, desde luego, la articulación de una más moderna gestión administrativa de la obra.

6.4. Tecnificación y construcción

Es capital apostar por una tecnificación del sector, ciertamente no excluyente. No en vano la construcción está en el umbral inferior de los sectores que utilizan, o tienen activos o capital humano en TIC. Con datos procedentes de Eurostat y del *McKinsey Global Institute*, tenemos que los sectores punteros en uso de las TIC en Activos y Capital Humano son los medios de comunicación y los sectores financiero y de seguros. Los últimos escalones lo ocupan la educación y la construcción. Curiosamente, el gran reto de la cualificación en el sector nos aboca a la educación, cuando precisamente este sector ocupa el penúltimo lugar en aplicabilidad de las tecnologías de la información y de la comunicación, sólo por delante de la construcción.

Por ello, el trecho a recorrer en esta materia es aún muy largo en la construcción, y su uso no debería estar ceñido, como hasta la fecha, a las grandes constructoras. La información y la comunicación tecnificadas contribuyen a la creación de valor añadido, modificando así una característica de este sector, que es su baja productividad. Su impacto sobre la economía de las empresas, es indudable. Ayudan a configurar entornos de trabajo inteligentes, interactuando con el conocimiento, aplicado a la resolución de problemas prácticos (Oñate, Marcipar y Zárate, 2003).

Los mismos parámetros son predicables respecto de las actividades innovadoras, en cuanto al desfase notable del sector de la construcción en relación con otros sectores y también respecto al mismo sector en otros países de la UE. Las empresas que utilizan innovaciones tecnológicas (EIN), basándonos en el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 995/2012 de la Comisión, de 26 de octu-

bre de 2012, por el que se establecen disposiciones de ejecución de la Decisión n.º 1608/2003/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la producción y desarrollo de estadísticas comunitarias en materia de ciencia y tecnología, representan en la UE-28 un 49%, generando el 71% del empleo. En España sólo es el 33,6%, y producen el 62,2% del empleo. Estos índices, siendo ciertamente más bajos en España respecto de la UE en la industria manufacturera, lo son todavía más en la construcción. Con los datos disponibles, provenientes de la Comisión Europea, mientras en España sólo desarrollan innovaciones, aun cuando sean de forma esporádica o puntual, un 22,3% de las empresas de construcción, esa cifra es del 38% en Italia, o del 41% en Reino Unido.

Estos valores, siendo negativos como fotografía estática de una realidad, permiten, sin embargo, como ya se ha mencionado, un gran margen de desarrollo y mejora en innovación (Blázquez, 2010), hecho que ya se está atisbando como una realidad en ciernes y que va a ser, no sólo uno de los retos del sector, sino también una pequeña revolución respecto de los modos de trabajar actuales, para la que deben prepararse los jóvenes futuros trabajadores.

7. El papel de la formación reglada y el modelo del Organismo Paritario

En Aragón, la Fundación Laboral de la Construcción ha sido consciente del valor primordial de la formación reglada y profesionalizante como uno de los arietes para la profesionalización y dignificación del sector. Su carácter de Centro Integrado Privado de Formación Profesional le refuerza en su labor de invertir las actuales inercias negativas que arrastra el sector en forma de actividad desestructurada y de acceso no regulado.

Este Centro de Aragón tiene concertados tres grados de Formación Profesional en la familia de construcción y obra civil, más otro en Prevención de Riesgos Laborales, con itinerarios enfocados a formar los perfiles profesionales que el nuevo mercado laboral está demandando. Se imparten, así, las especialidades mediante concierto con el Gobierno de Aragón de Grado de Formación Básica en Reforma y Mantenimiento de edificios, Grados Medios de Técnico en Construcción y de Excavaciones y Sondeos, y Grado Superior de Técnico de Prevención de Riesgos Laborales.

Se trabaja intensamente en el uso de materiales novedosos y sostenibles. Se realizan Jornadas con fabricantes. Se enseñan los procesos de modelado e información en tres dimensiones (BIM) y sus diferentes herramientas informáticas. Existe una estrecha colaboración con las empresas más punteras para que los alumnos realicen prácticas, pretendiéndose, en suma, un mayor conocimiento del funcionamiento del mercado laboral. Se estimula con diferentes proyectos

el trabajo colaborativo y en equipo, para enseñar a los estudiantes a ser buenos técnicos, pero también buenos profesionales insertados en un equipo de trabajo. Por ello, este Centro Integrado de la FLC de Aragón se esfuerza por mantener una estrecha interacción entre el currículo educativo y las necesidades que requieren las empresas.

En general, el Centro Integrado FLC de Aragón practica un aprendizaje basado en proyectos, desarrollando en sus talleres las condiciones que permite simular proyectos reales, abarcando desde la definición del mismo hasta su ejecución, teniendo la posibilidad de coordinarse con otros gremios, planificar las tareas, ajustar presupuestos, etc. También se utilizan herramientas digitales aplicadas al entorno de la construcción (por ejemplo, el Revit, MSProject).

La actividad constructora ya está integrando componentes tecnológicos, redes de conexión, sensores, centros de datos, software y aplicaciones específicas de las que depende la funcionalidad de las infraestructuras. Se pretende desde este Centro Integrado no ser ajenos a esas tendencias. La competencia informática se convertirá en una necesidad para los trabajadores de la construcción, y va a condicionar su empleabilidad en este sector. La aplicación de conocimientos de eficiencia energética en la construcción y de sistemas de construcción sostenibles será asimismo núcleo esencial de la actividad constructora.

Los alumnos se forman en las habilidades del presente e integran conceptos para que tengan aptitud y actitud para responder a las necesidades de la empresa del futuro. Se incluyen en sus clases sesiones de BIM en el currículo, donde los alumnos modelizan en 3D las obras de las que llevan el seguimiento, para cuantificar (temporal y económicamente) los trabajos realizados cada mes, en cada unidad de obra. E incorporan módulos formativos relativos a la construcción de edificios consumo casi nulo; proyectos a través de la realidad aumentada; y monitorización de consumos eléctricos en viviendas, para realizar posteriormente propuestas de rehabilitación energética en viviendas.

De esta manera, se pretende exponer un modelo de éxito basado en una quintuple convicción:

- Primero, la cualificación. La formación reglada y profesionalizante, conjuntamente con otras vías, son herramientas adecuadas para invertir la actual mala imagen del sector hacia parámetros normalizados homologables del entorno industrial, con salarios dignos y empleos estables.
- Segundo, la territorialización. El Centro Integrado de la FLC se ha convertido en una alternativa de empleo para los jóvenes de los municipios próximos, ya que muchos de sus alumnos proceden de municipios de la Comarca de Zaragoza, especialmente la Mancomunidad del Bajo Gallego, Zaragoza y la Comarca de las Cinco Villas.

- Tercero, la innovación. Preparando a los alumnos no sólo en competencias básicas de los oficios tradicionales sino también en los nuevos modelos productivos ligados a la economía verde, la eficiencia energética, la sostenibilidad ambiental y la construcción 4.0.
- Cuarto, la empleabilidad. En los últimos años, el índice de inserción laboral del alumnado egresado no ha bajado del 80%.
- Quinto, el emprendimiento colaborativo. Mediante la impartición de asignaturas y optativas que preparen al alumnado para, si lo desean, establecer proyectos empresariales, bien individualmente, bien a través de fórmulas de emprendimiento social. Dicha impartición se complementa mediante la preparación y ejecución de proyectos de simulación de actividad emprendedora.

Se renuevan constantemente proyectos extracurriculares pedagógicos. Se trata de introducir innovaciones en el sistema educativo apostando por la calidad de la enseñanza y el ajuste a las necesidades reales de las empresas, así como por la calidad y el desarrollo personal de los estudiantes. Se han buscado alianzas con empresas, visibilizando la cooperación del sistema educativo con el mercado laboral.

La ejecución no se contempla como algo aislado, exige conocer materiales, técnicas, trabajar en coordinación con otros profesionales, y ofrecer respuestas. Cada vez más, las empresas que prosperan y crecen en el sector, se distinguen por abandonar perfiles aislados como constructores, promotores, gremios, excavadores, para ser empresas de servicios para la gestión de proyectos integrales en el ámbito constructivo. La senda de la industrialización sigue los procedimientos de estándares de certificación, y la apuesta por la innovación y la eficiencia energética, resulta inaplazable.

Nuevos desafíos como las convulsiones demográficas, el crecimiento de contingentes masivos de inmigración unido a un envejecimiento de la población autóctona, el cambio climático, que exige una mayor eficiencia y ahorro de las energías, sugieren como premisa segura una construcción más sostenible. En este marco estratégico, los recursos humanos de las empresas se convierten en claves de esta transformación. La mano de obra deja de ser intercambiable y sujeta a rotaciones constantes. Si se quiere mantener la competitividad, deberá salvaguardarse la calidad del producto y del servicio, contándose con una plantilla estable y cualificada.

Ello no puede ser de otra manera porque el sector está cambiando. La innovación de productos y materiales están empezando a transformar el proceso constructivo, y los requerimientos en formación y en cualificación y competencias profesionales son ya una necesidad para las empresas que buscan ser competitivas en el mercado y encontrar nuevas oportunidades. La actividad construc-

tora en sus diferentes escalas, desde las grandes constructoras, hasta las pequeñas empresas de reformas locales, debe dar soluciones integrales a problemas concretos que plantean sus clientes.

El Centro Integrado de la FLC de Aragón pretende colocar puntales en la nueva configuración, tambaleante aun, de ese sector «transformacional» que apuesta por la innovación, la sostenibilidad y un verdadero emprendimiento de opción. Permite cerrar el círculo de competencias en el siguiente sentido: diseñar, gestionar y desarrollar planes formativos de Formación Profesional inicial y para el empleo, acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores y formación continua en las empresas; aumentar la cualificación y recualificación de las personas en la construcción permanente de su itinerario de formación a lo largo de la vida; facilitar la evaluación y acreditación de competencias profesionales adquiridas por los adultos a través de la práctica profesional o cualquier procedimiento diferente de las enseñanzas formales (Cano, García y Pac, 2013).

8. Aprender de los errores

La población ocupada en el sector ha crecido en el último año un 6%, pero de forma desigual. Podemos pensar qué ocurrirá cuando esa recuperación se generalice y potencie en el conjunto de España. La necesidad de mano de obra se volverá acuciante, y el recurso pretérito, en la anterior burbuja inmobiliaria, de atracción indiferenciada de inmigración, en un alto porcentaje sin cualificar, ya no parece servir o, en todo caso, no se ha llevado a cabo hasta la fecha, quizá porque el propio colectivo potencial de inmigrantes desconfía de volver a un país y a una actividad productiva que no fue capaz en su momento de sustentar una carrera profesional estable ni de garantizar un futuro a sus familias.

Sí es cierto que los mecanismos del mercado suelen reaccionar mediante el desplazamiento de trabajadores hacia las zonas más dinámicas en la actividad, produciendo alzas salariales proporcionales al volumen de aquélla y a la escasez creciente para encontrar mano de obra. Pero es también verdad que no pueden confiarse las correcciones exclusivamente a la sabiduría del mercado y a las balanzas y contrapesos que pueda generar el propio sistema. La experiencia de la última crisis nos enseña que la falta de una intervención adecuada y en tiempo oportuno agravó extraordinariamente sus efectos más dramáticos en forma de paro masivo y mortandad empresarial. Es imprescindible, por ello, adoptar medidas proactivas para incidir positivamente en la falta de cualificación del personal, que además produce un déficit estructural del sector, su baja productividad. Factores como la eficiencia energética, el compromiso medioambiental o la transformación digital deben formar parte inexcusable del cambio.

Se hace necesario articular una reacción social y cultural que ponga en valor la formación profesional frente a otras opciones, como elección dignificada y que garantiza una salida profesional. Pues el concepto de cualificación es esencialmente una construcción social, trascendiendo de sus connotaciones tecnológicas (Sanchis y Rigby, 2006).

En relación con los grados de FP de construcción, se debería hacer auto-crítica. La mala imagen del sector no está basada en teoremas irreales, sino que tiene un sustrato real, la penosidad, peligrosidad y precarización de la actividad (Bilbao, 1999), y su poca consistencia frente a las sacudidas de las crisis, y tiene una consecuencia principal: la desafección de los jóvenes por el sector. Empresas y profesionales deben hacer un esfuerzo por revertir esta tendencia con urgencia, convirtiendo a la construcción en una actividad industrializada y procurando a las personas que se matriculen en sus grados una carrera profesional con salarios decentes y una estabilidad en el empleo.

Porque hay un dato evidente en relación con la formación reglada de Formación Profesional. La construcción no es una opción demandada frente a otros grados. En los últimos diez años, los titulados en FP en construcción habrían descendido un 53%. Sin embargo, en el conjunto de las titulaciones de la FP, ésta ha emprendido una andadura de lento pero constante ascenso, incrementándose en la última década un 52,1%. Por otra parte, las titulaciones de FP en construcción sólo representan un insignificante 0,77% del total de los grados de FP.

Parece claro que, a partir del inicio de la crisis económica, que podemos centrar en el curso 2007-2008, el interés del alumnado por los grados de construcción comenzó a descender progresivamente, pasando de 11.492 alumnos en ese curso a sólo 5.963 en el curso 2011-2012, es decir, las matriculaciones bajaron a más de la mitad, y ya no se han recuperado. De hecho, en el curso 2015-2016 volvieron a descender, hasta alcanzar tan sólo 5.386 alumnos.

Por tanto, es sintomático que mientras en el conjunto de las titulaciones de FP, la crisis sirvió para replantear su papel de forma positiva, como opción más favorable para encontrar un puesto de trabajo, la percepción del alumnado y de los padres ha sido la inversa en construcción, ya que de forma mayoritaria ha descartado los grados de construcción como nicho de empleo de interés.

9. Conclusiones

Como cuestiones clave, en el contexto de la economía que viene, deberíamos formularnos algunas cuestiones. Así, si la cualificación y la innovación están en la agenda de las prioridades de los empresarios de la construcción, si el precio ha dejado de ser el referente único para la supervivencia de las empresas, como ocurrió en la pasada crisis económica, si optamos por el modelo tradicio-

nal de promotor inmobiliario financiero o debemos ir hacia la figura de un promotor inmobiliario industrial, y si la construcción artesanal y de gremios debe ceder paulatinamente ante una construcción tecnificada y certificada. También debemos reflexionar sobre la falta de interiorización de la necesidad de la formación por parte de los trabajadores y de los empresarios. Los primeros no la perciben como un derecho-deber, y los segundos no asumen su necesidad para el logro de una competitividad no basada únicamente en los costes económicos. En fin, a menudo se incurre en una falsa identificación entre la categoría profesional (por cierto, vigente sociológicamente, aunque desaparecida legalmente con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, a favor de los grupos profesionales) y la acreditación de competencias.

Se ha visto que la recuperación del sector, ligada a la mejora de la economía, está planteando ya connotaciones añadidas a los esquemas tradicionales de organización en la obra. Los modelados para la información de la construcción (BIM), metodología colaborativa que genera y gestiona el proyecto de construcción, implica aglutinar toda la información del proyecto en un patrón de información digital en el que el conjunto de los agentes debe intervenir cooperativamente, y en el que los planos son parcialmente sustituidos por el modelado en tres dimensiones con información geométrica, temporal, de costes, pero también ambiental y de mantenimiento. Abarca el ciclo íntegro de la obra, desde el diseño hasta la demolición. Cuando este sistema se generalice, evidentemente supondrá una pequeña convulsión en los sistemas organizativos de las empresas de construcción.

Por otra parte, los requerimientos normativos, impuestos por la UE, en orden a la consecución de la economía hipocarbónica, con reducción del 20% de los gases de CO₂ emitidos a la atmósfera, en el horizonte de 2020, y sabiendo que un 45% de estas emisiones son generadas por las edificaciones, aboca a la generalización de edificios con certificaciones de consumo de energía casi nulo. Todo lo cual exige ya la formación de profesionales aptos en los procedimientos de trabajo inherentes a estas innovaciones tecnológicas.

Pero es que, con independencia de estas consideraciones, no es posible cargar por más tiempo al sector de la construcción con las adjetivaciones negativas de fragilidad, precarización y penosidad. La única solución para conformar un sector robusto frente a las adversidades de la crisis es fortalecer la profesionalización y cualificación de los trabajadores, así como la calidad de los procesos y productos. De otra manera, coexistirán contingentes de desempleo estructurales elevados, sin la formación necesaria, con escasez permanente de mano de obra cualificada.

Una formación acreditada constituye un elemento diferencial y con efecto directo en la empleabilidad del egresado, coadyuva a la transformación que el sector está registrando en el marco del nuevo contexto económico y social y propicia la dignificación del sector, trasladando compensatoriamente hacia

nuevas salidas profesionales la pérdida de peso específico de la mano de obra intensiva y de baja cualificación frente a una demanda creciente de profesionales con capacidades multifuncionales. Finalmente, la titulación y la formación integral completa de los mandos intermedios y de los trabajadores con cualificación resulta fundamental para una carrera estable dentro del sector. A la Fundación Laboral de la Construcción, como organismo paritario regulado por la negociación colectiva estatal del sector, le corresponde un papel central, dado que tiene como uno de los fines fundacionales la cualificación de la mano de obra. Y ello en sus vertientes de formación reglada y profesionalizante, así como de formación ocupacional y para el empleo, y de evaluación y acreditación de competencias, como herramientas capitales para la consecución de un sector transformado cuyas señas de identidad sean la innovación, la calidad y la sostenibilidad.

10. Referencias bibliográficas

- ARELLANO, Manuel, BENTOLILA, Samuel (2009): «La burbuja inmobiliaria: causas y responsables», *Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI)*.
- BILBAO, Andrés (1999): *El empleo precario: seguridad de la economía e inseguridad del trabajo*, Madrid, Los Libros de la Catarata.
- BLÁZQUEZ, Antonio (2010): *Memoria de actividades relacionadas con la innovación en la construcción. Documento de idoneidad técnica (DTT)*, Madrid, Instituto de Ciencias de la Construcción Eduardo Torroja.
- CANO, Jacobo, GARCÍA, Enrique y PAC, David (2013): «La educación de personas adultas en la comunidad aragonesa: debilidades y fortalezas desde la perspectiva socioprofesional», *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, 6 (3), 441-458.
- CARAVACA, Javier (2005): «Algunas relaciones entre cambio técnico y mercado de trabajo: el papel de la política científica y tecnológica», *Revista andaluza de relaciones laborales*, 15, 195-207.
- ECHIVARRÍA, Javier (2001): «Educación y sociedad de la información», *Revista de Investigación Educativa*, Murcia, Asociación Interuniversitaria de Investigación Pedagógica (AIDIPE), 19, (2), 279-291.
- ESCUDERO, Ricardo (2015): *Jóvenes y Empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, Madrid, Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud.
- FERNÁNDEZ, Cristina y JIMENO, Juan Francisco (2004): «Educación e inserción laboral», *Papeles de Economía Española*, 100, 2, 112-123.
- GREEN, Andy (2011): «Lifelong Learning, Equality and Social Cohesion», *European Journal of Education*, 46 (2), 228-243.
- INFANTE, Margarita, ROMÁN, Marisa y TRAVERSO, Joaquín (2012): «El sector español de la construcción bajo la perspectiva de género. Análisis de las condiciones laborales», Santiago de Chile, *Revista de la Construcción*, 11 (1), 32-43.
- LAFUENTE, Vicente Pedro (2011): «La encrucijada del trabajador autónomo en el marco regulatorio de la prevención de riesgos laborales», en Lafuente, Vicente Pedro (Dir.), *Libro de Ponencias del II Seminario Universitario de Prevención de Riesgos Laborales en el sector de la Construcción*, Universidad de Zaragoza, Madrid, Tornapunta, 87-109.

- LAFUENTE, Vicente Pedro y ANDRÉS, José Alberto (2012): *Derecho del Trabajo en el Sector de la Construcción*, Madrid, Tornapunta.
- LAFUENTE, Vicente Pedro (2016): *La reforma laboral española de 2012. Un espejo roto de la flexiseguridad europea*, Universidad de Zaragoza, Tesis doctoral.
- LÓPEZ, Emilio y SARRATE, M.^a Luisa (2005): *La educación de personas adultas. Reto de nuestro tiempo*, Madrid, Dikynson.
- MORENO, Francisco Javier y BRUQUETAS, María (2011): *Inmigración y Estado de Bienestar en España*, Barcelona, Colección de Estudios Sociales, Obra Social La Caixa, 31.
- MYRO, Rafael (2011): «Crisis económica y modelo productivo», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 863, (Ejemplar dedicado a: Euro y crisis económica), 79-96.
- OÑATE, Eugenio, MARCIPAR, Javier y ZÁRATE, Francisco (2003): «Posibilidades de las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones en el sector de la construcción», Barcelona, *Publicaciones del Centro Internacional de Métodos Numéricos en Ingeniería (CIMNE)*, 221.
- RUESGA, Santos, PÉREZ, Laura. y PÉREZ, Manuel. (2016): «Financiarización de la economía mundial y transformación en la calidad del empleo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 6, 285-302.
- SANCHIS, Enric y RIGBY, Mike. (2006): «El concepto de cualificación y su construcción social», *Revista Europea de Formación Profesional*, 37, 24-35.
- SCURO, Lucía y BERCOVICH, Néstor (2014): *El nuevo paradigma productivo y tecnológico. La necesidad de políticas para la autonomía económica de las mujeres*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) Publicación de las Naciones Unidas.
- WELCH, Lawrence, GOLDENHAR, Linda y HUTING, Katherine (2000): «Women in construction, occupational health and working conditions», *Journal of American Medical Women's Association*, 55, 89-92.

Egin-asmo ditugun aztergaiak

- 42. zk. Digitalizazioa, uztartzea eta lana merkatalgai bezala
- 43. zk. Negoziazio kolektiboa eta lan osasuna eta segurtasuna
- 44. zk. Langileen Estatutua: aldaketa aukerak
- 45 zk. Desberdintasunak. Giza garapen indizea
- 46. zk. Unibertsitateko langileen prekarizazioa (irakasleak, AZP...)

Argitaratutako aleak

1. zbk.: Lan-denbora.
2. zbk.: Lana XXI. mendean.
3. zbk.: Ekoizpen harremana eta ekoizpen artikulazioa.
- Berezia: Mintegia: Lan Zientzietako lizentziatura erantzea UPV/EHU-n.
4. zbk.: Enplegu beterantz? Lan-politikak Europan.
5. zbk.: Lan-harremanak garapen bidean. Aldaketak enpleguan eta gizarte-babesean.
- Berezia: Lan osasuna.
6. zbk.: Desindustrializazioa eta birsortze sozioekonomikoa.
7. zbk.: Laneko jazarpen psikologiko edo mobbing-ari buruzko gogoetak eta galderak.
- Berezia: UPV/EHU ko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolak ematen duen Lan eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideari buruzko egungo eztabaiden Bigarren Jardunaldiak.
8. zbk.: Lan-merkatua eta inmigrazioa.
9. zbk.: Etika eta enpresa.
10. zbk.: Pentsioak.
11. zbk.: Lan merkatua eta ijitoen ingurunea.
12. zbk.: Globalizazioa eta Lan Merkatua.
13. zbk.: Emakumeak eta Lan Merkatua.
- Berezia: Beste Globalizazio baterako tokiko proposamenak. Globalizazio ekonomiko, Eskubi-de Sozial eta Lan Arauei buruzko seminarioa.
14. zbk.: Enpresen gizarte-erantzukizuna.
15. zbk.: Dependentiaren inguruko eztabaida.
16. zbk.: Malgutasuna *versus* Egonkortasuna.
17. zbk.: Lan harremanetako eta giza baliabideetako ikasketak eta lan-praktikak.
18. zbk.: Lanbidea eta Familia Zaintza.
19. zbk.: Espainiko enpresa transnazionalak eta Korporazioen Erantzukizun Sozialak.
- 20-21. zbk.: Krisiaren eraginak arlo soziolaboralean.
22. zbk.: Gizarteratzea eta enplegu politikak.
23. zbk.: Emakume langileen Laneko Segurtasun eta Osasuna.
24. zbk.: Adina, erretiroa eta lan merkatuan irautea.
25. zbk.: Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio.
26. zbk.: Lan eta gizarte eskubideak krisi garaietan.
27. zbk.: Negoziazio kolektiboa: lehiakortasuna eta soldatak.
28. zbk.: Antolakuntzak erronka globalaren aurrean.
29. zbk.: Gizarte inklusiboa lortzearen erronka. *Sarturen 25. urteurrena*.
30. zbk.: Udal Ekonomiko-Administratibo Auzitegien IX. Topaketa.
31. zbk.: Langile pobrezia.
32. zbk.: Lan-harremanen erronka gizarte ekonomia solidarioaren aurrean.
33. zbk.: Enpresa transnazionalen boterearekiko erresistentzia eta bestelako proposamenak.
34. zbk.: Lan denboraren murrizketa. Langabezia murrizteko proposamena.
35. zbk.: Negoziazio kolektiboa, langileen parte-hartzea eta enpresaren alderdi ekonomikoen eta kontabilitate alderdien sindikatu-kontrola.

- 36. zbk.: Administrazio Publikoetan laneko alderdi juridikoak.
- 37. zbk., Berezia: Hezkuntza Berrikuntza Lan Harreman eta Giza Baliabideen Graduan.
- 38. zbk.: Berdintasun Lege Oorganikoa (X. urteurrena).
- 39. zbk.: Lanaren Nazioarteko Erakundearen (LANE) mendeurrena
- 40. zbk.: Erretiro pentsioak eta gizarte babesa
- 41. zbk.: Ekonomia kolaboratiboa

Próximos temas previstos

- N.º 42: Trabajo digital y Relaciones Laborales
- N.º 43: Negociación colectiva y seguridad y salud en el trabajo
- N.º 44: Estatuto de los trabajadores: perspectivas de cambio
- N.º 45: Desigualdades. Índice de desarrollo humano
- N.º 46: La precarización del empleo en la Universidad (profesorado, PAS...)

Números publicados

- N.º 1: El tiempo de trabajo.
N.º 2: El trabajo en el siglo xxi.
N.º 3: Relación productiva y articulación de la producción.
Especial: Seminario sobre la implantación de la licenciatura en Ciencias del Trabajo en la UPV/EHU.
N.º 4: ¿Hacia el pleno empleo? Políticas de empleo en Europa.
N.º 5: Las relaciones laborales en evolución. Cambios en el empleo y la protección social.
Especial: Salud laboral.
N.º 6: Desindustrialización y regeneración socioeconómica.
N.º 7: Reflexiones y preguntas sobre el acoso psicológico laboral o *mobbing*.
Especial: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de la UPV/EHU.
N.º 8: Mercado de trabajo e inmigración.
N.º 9: Ética y empresa.
N.º 10: Pensiones.
N.º 11: Mercado de trabajo y mundo gitano.
N.º 12: Globalización y mercado de trabajo.
N.º 13: Mujeres y mercado de trabajo.
Especial: Propuestas locales para otra Globalización. Seminario sobre Globalización Económica, Derechos Sociales y Normas Laborales.
N.º 14: Responsabilidad social empresarial.
N.º 15: El debate sobre la dependencia.
N.º 16: El debate sobre la flexiseguridad.
N.º 17: Los estudios y las prácticas profesionales en Relaciones Laborales y Recursos Humanos.
N.º 18: Empleo y cuidados familiares.
N.º 19: Las empresas transnacionales españolas y la Responsabilidad Social Corporativa.
N.º 20-21: Aspectos sociolaborales de la crisis.
N.º 22: Inclusión social y políticas de empleo.
N.º 23: La Seguridad y Salud Laboral de las mujeres trabajadoras.
N.º 24: Edad, jubilación y permanencia en el mercado de trabajo.
N.º 25: Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales.
N.º 26: Derechos laborales y sociales en tiempos de crisis.
N.º 27: Negociación colectiva: competitividad y salarios.
N.º 28: Las organizaciones ante el reto global.
N.º 29: El reto de una sociedad inclusiva. *25 aniversario de Sartu*.
N.º 30: IX Encuentro de Tribunales Económico-Administrativos Municipales.
N.º 31: Pobreza trabajadora.
N.º 32: Las relaciones laborales ante el reto de una economía social y solidaria.
N.º 33: Propuestas y resistencias al poder de las empresas transnacionales.
N.º 34: La reducción del tiempo de trabajo. Una propuesta para reducir el desempleo.
N.º 35: Negociación colectiva, participación de los trabajadores y trabajadoras y control sindical de los aspectos económicos y contables de la empresa.
N.º 36: Aspectos jurídicos-laborales en el marco de las Administraciones Públicas.
N.º 37: Especial: Innovación educativa en el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos.

- N.º 38: Ley Orgánica de Igualdad (X. aniversario).
- N.º 39: Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- N.º 40: Pensiones y protección social
- N.º 41: Economía colaborativa

Eraikuntza Hastapenak

Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales Euskal Herriko Unibertsitateko Lan Harremanetako Ueren ekimenez sortu zen eta gaur egun Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultatearen (Bizkaiaiko Campusa) ardurapean dago. Bere helburuak hauek dira:

1. Lanaren fenomenoaz aztertzea jakintzagai askoren ikuspuntutik.
2. Hausnarketa- eta elkarrakzio-topagunea sortzea, non administrazio-, gizarte- zein ekonomia-sektore ezberdinak ideia bateragarriak sortu eta elkarrekin aldatzeko aukera izango duten.
3. Ideien bidez enplegua eta gizarte inklusioa hobetzea.

Principios Fundacionales

Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales nació por iniciativa de la EU de Relaciones Laborales (UPV/EHU) y actualmente es la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) la encargada de la misma. Los objetivos de la revista son:

1. Estudiar el fenómeno del trabajo desde una perspectiva interdisciplinar.
2. Crear un espacio de encuentro y reflexión donde los distintos sectores económicos, sociales y de la Administración puedan intercambiar y generar ideas convergentes.
3. Contribuir por medio de las ideas a la mejora del empleo y de la inclusión social.

Artikuluak bidaltzeko arauak

Baldintza orokorrak

Artikuluak originalak eta argitaragabeak izan behar dira. Autoreak, bere identifikazio datuekin batera, bere orcid kodea jarri behar du.

Artikuluak gehienez 25 orrialdeko luzera izango dute (Times New Roman, 12, lerroarteko espazio sinplea).

Artikuluaren izenburua idatzitako hizkuntzan eta ingelesez idatziko da. Horrekin batera, artikuluaren laburpena bidaliko da jatorriko hizkuntzan eta ingeles, eta egileak Euskal Autonomia Erkidekoak direnean, euskaraz ere bai. Horren gutxi beherako luzera 150 hitzekoa izango da.

Artikuluak 3 eta 5 arteko hitz gako izango dituzte (gaztelaniaz, euskaraz eta ingelesez), lanaren edukiaren ideia azkarra eman eta haren katalogazioa erraztuko dutenak.

Sumarioa ere aurkeztu behar da. Bertan eta artikuluan zehar, atalak eta azpiatalak zenbaturik azaldu behar dira ((1.; 1.1.; 1.1.1; a) b)).

Genero berdintasunaren ikuspuntutik, hizkuntza inklusiboa erabiltzea gomendatzen da.

Jatorrizko artikulua Word formatuan bidaliko da honako helbide elektronikora: angel.elias@ehu.eus.

Estiloari buruzko oinarriko arauak

Arau orokor gisa, eta jarraian adieraziko diren salbuespenak salbu, artikulua testu normalean idatziko da oso-osorik. Hori dela eta, kontzeptu edo ideien bat nabarmentzeko hizki lodiak, azpimarratuak edota larriak erabiltzea baztertzen da.

Siglak eta akronimoak hizki larriz idatziko dira eta horien arteko banaketarako ez da punturik erabiliko (EEBB, EE.BB.-ren orde; CCOO, CC.OO.-ren orde; LANE, L.A.N.E.-ren orde).

Kakotxen arteko hizki etzanak hitzez hitzeko adierazpen eta esaldietarako bakarrik erabiliko dira.

Aipamen luzeak, bi lerro baino gehiagokoak arau orokor gisa, kakotxik gabe egongo dira, hizki zuzenean eta testu normala baino gorputz bat baxuago. Goian eta behean bazterrekiko 3 milimetroko espazioa utziko da paragrafo osoan.

Kakotxik gabeko hizki etzanak egunkari edo liburuen izenburuetarako, beste hizkuntza bateko hitzetarako, edota hitz edo adierazpenen bat nabarmentzeko erabiliko dira.

Hizki zuzenean eta kakotxen artean, ohiko hizkuntzaren arabera (hitzaren hitzez hitzeko esanahiarekiko aldea adierazteko).

Taulak, laukiak eta irudiak hurrenkerara jarraituz zenbakituko dira, arabiar zenbakiak erabiliz. Idazpuru labur bat izango dute eta testuan haiei aipu egingo zaie (1 taula, 1 laukia, 1 irudia, etab.).

Erreferentzia bibliografikoarentzat formatua

Testuan sartutako erreferentzia bibliografikoak bi eratan aurkeztuko dira, testuinguruaren eta paragrafoaren idazkeraren arabera:

- a) Autorearen izena parentesi artean, urtea eta orrialdearen zenbakia, adibidez, (White, 1987: 43) edo (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Autorearen izena, eta parentesi artean, urtea, adibidez, White (1987) edo Guerin *et al.* (1992).

Erreferentzia bibliografikoak alfabeto hurrenkeraren arabera sartuko dira lanaren amaieran, eta kronologikoki egile beraren lan bat baino gehiago dagoenean. Aldizkarien izenak eta liburuen izenburuak hizki etzanetan jarriko dira. Genero berdintasun eremuko gomendioak betetzearren, ahal den neurrian, egileen izen osoa jarriko da eta ez hasierako hizkia bakarrik.

- Aldizkarietako artikulua: Arnull, Anthony (2006): «Family reunification and fundamental rights», *European Law Review*, 5, 611-612.
- Liburuak: Villoria, Manuel eta Del Pino, Eloísa (1997): *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madril, Tecnos
- Liburuetakoa kapituluak: Domínguez, Fernando (1996): «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», Ordóñez, Miguel (arg.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*, Bartzelona, Gestió 2000, 343-357.

Normas para la entrega de artículos

Condiciones generales

Los artículos deben ser originales e inéditos. Junto con los datos personales cada autor o autora debe proporcionar su código orcid.

La extensión de los artículos no deberá sobrepasar las 25 páginas (Times New Roman, cuerpo 12 e interlineado sencillo).

Los artículos se acompañarán del título en la lengua original y en inglés y de un *abstract* o resumen en castellano e inglés, además de en euskara cuando los autores o autoras sean de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con una extensión aconsejada próxima a las 150 palabras.

Los artículos deberán incluir entre 3 y 5 palabras clave (castellano, euskara e inglés) que proporcionen una idea rápida del contenido del trabajo y faciliten su catalogación.

El artículo debe contener un sumario. Tanto en el sumario como en el texto del artículo, los apartados y subapartados deberán ir numerados (1.; 1.1.; 1.1.1.; a) b)...)

Se recomienda la utilización de lenguaje inclusivo desde la perspectiva de igualdad de género.

El artículo original será enviado en formato Word por correo electrónico a la dirección angel.elias@ehu.eus.

Normas básicas de estilo

Como principio general, y salvando las excepciones que se comentarán a continuación, el cuerpo del artículo se escribirá íntegramente en texto normal. Por ello, se rechaza la utilización de negritas, subrayados y/o palabras en mayúsculas para resaltar un concepto o idea.

Las siglas y acrónimos se escribirán en letras mayúsculas sin que medien puntos de separación entre las mismas (EEUU en lugar de EE. UU.; CCOO en lugar de CC.OO.; OIT en lugar de O.I.T; etc.).

Las cursivas con comillas se utilizarán exclusivamente para expresiones y frases literales.

Las citas extensas, de más de dos líneas como norma general, irán sin comillas, en letra recta, un cuerpo más bajo que el texto normal, dejando un espacio arriba y abajo y poniendo un espacio en todo el párrafo de tres milímetros hacia el margen.

Las cursivas sin comillas se utilizarán para títulos de periódicos, libros, palabras en idiomas distintos al castellano, que no sean de uso aceptado, o para destacar una palabra o expresión.

Las palabras entre comillas en letra recta, según el uso en el lenguaje cotidiano (para expresar una distancia con el significado literal de la palabra).

Las tablas, cuadros y figuras irán numeradas consecutivamente con caracteres arábigos, llevando un encabezamiento conciso, haciendo referencia a ellas en el texto como (tabla 1, cuadro 1, figura 1, etc.).

Formatos de referencias bibliográficas

Las citas bibliográficas incluidas en el texto se presentarán de dos formas, dependiendo del contexto y de la redacción del párrafo en el que se incluyen:

- a) Indicando entre paréntesis el nombre del primer autor o autora, seguido del año y del número de página, por ejemplo (White, 1987: 43) o (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Indicando el nombre del autor o autora y, entre paréntesis, el año, por ejemplo: White (1987) o Guerin *et al.* (1992).

Las referencias bibliográficas se incluirán ordenadas alfabéticamente al final del trabajo, y cronológicamente en el caso de varios trabajos del mismo autor o autora. Se pondrán en cursiva el nombre de las revistas y el título de los libros. Se podrán indicar links a los documentos citados, indicando a continuación y entre paréntesis la fecha del último acceso. En cumplimiento de las recomendaciones en materia de igualdad, se identificará, en la medida de lo posible, al autor o autora con el nombre completo y no únicamente con la inicial del nombre.

— Artículos en revistas:

Tezanos Tortajada, Jose Félix (1983) «Satisfacción en el trabajo y sociedad industrial: una aproximación al estudio de las actitudes hacia el trabajo de los obreros industriales madrileños», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, 22, 27-52. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/52969.pdf> (Accedido: 4-3-2019)

— Libros:

Villoria, Manuel y Del Pino, Eloísa (1997) *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*. Madrid: Tecnos.

— Capítulos de libros:

Domínguez, Fernando (1996) «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», en Ordóñez, Miguel (ed.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*. Barcelona: Gestió 2000, 343-357.

Consultar directrices para autores en:

https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/about/submissions#authorGuidelines