

F) Estibadores Portuarios

1 La indebida modificación del tiempo de presencia por cambio del control de disponibilidad horaria de los estibadores portuarios en 15 minutos

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

PTUN de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid

ISSN 2444-3476

Revista Española de Derecho del Trabajo 199

Sumario:

- I. Estibadores portuarios y conflictividad laboral
- II. El conflicto planteado: el incremento de la jornada por anticipar en un cuarto de hora el control de disponibilidad horaria de los trabajadores
- III. La acción ejercitada
- IV. La modificación operada
- V. La necesidad de identificar la modificación como modificación sustancial
- VI. La negativa de reconocimiento y valor interlocutor a la comisión paritaria del convenio colectivo
- VII. Aportes para un debate necesario
- VIII. Bibliografía consultada

RESUMEN: La modificación del control horario de disponibilidad, anticipado en 15 minutos, se considera modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecta a la jornada porque exige un mayor tiempo de presencia a los estibadores portuarios, no se respetan los derechos adquiridos de los trabajadores. El empresario debe seguir el procedimiento legal, pero lo ha desconocido tanto en el procedimiento (produce indefensión a los trabajadores) como en la justificación de la causa, por ello se declara la nulidad de la medida empresarial. La comisión paritaria no puede suplir a la representación legal de los trabajadores durante el periodo de consultas, menos aún eludidas las consultas por el empresario no puede validar con posterioridad la Comisión Paritaria la medida empresarial (casi dos años más tarde).

ABSTRACT: The modification of the availability control (15 minutes in advance) is considered a fundamental alteration contractual of the conditions of work (substantial) affecting the working-time because it requires a longer period of presence port dockers, the acquired labor rights of workers are not observed. The employer must follow the legal procedure, but he has unknown it: as in the procedure of consultations (produces defenselessness) as much as in the motivation of the cause. For this reason it is declared the nullity of the business measure. The joint board of employers and employees –Commission– cannot supply legal representation of workers during the period of consultation, even less so are circumvented the consultations by the entrepreneur, after the Joint board of employers and employees cannot validate the business measure (nearly two years later).

PALABRAS CLAVE: Estibadores portuarios - control de disponibilidad horaria - modificación sustancial - desconocimiento del procedimiento - comisión paritaria

KEYWORDS: Port stevedores - Availability control - fundamental alteration contractual - unaware of the procedure - joint board of employers and employees

Fecha recepción original: 10 de Mayo de 2017

Fecha aceptación: 13 de Mayo de 2017

I. ESTIBADORES PORTUARIOS Y CONFLICTIVIDAD LABORAL

No puede desconocerse la actualidad de la relación laboral de estiba. La Ley de puertos mantuvo la relación especial⁽¹⁾, aunque privatiza el servicio con participación de las empresas de estiba en el capital de la Sociedades de gestión portuaria, recientemente el gobierno ha entendido que para la liberalización es necesario que el trabajo de los estibadores no responda a una relación laboral especial⁽²⁾ (así se recogía en el malogrado RD Ley 4/2017, que al ser rechazado – y no convalidado– ha sido derogado en Cortes Generales de acuerdo con el art. 86.2CE, idea derogatoria reeditada nuevamente por el RD Ley 8/2017).

Ciertamente liberalizar el trabajo no va refiido con el establecimiento o mantenimiento (en este caso) de Relaciones Laborales Especiales (RLE), conforme a la fisonomía que para ellas delimita el art. 2ET y su desarrollo⁽³⁾. No puede olvidarse que la justificación para establecer una RLE en la estiba ha sido, no negar la libre participación de empresas y su competitividad entre ellas sino el aseguramiento de trabajadores profesionales⁽⁴⁾, que puedan responder a las necesidades de la actividad portuaria, permitiendo una relación triangular por parte de la Sociedad del Puerto de estiba y desestiba a las empresas estibadoras que demanden trabajadores (bajo una peculiar fórmula de cesión⁽⁵⁾), para la prestación temporal del servicio, que a las empresas les permite disponer siempre del servicio de carga y descarga (en el momento en el cual se demanda), funcionando el mismo de una manera muy dinámica y eficiente en el tránsito de mercancías y atender a las singularidades de la normativa de los puertos, el interés general de los puertos y de la actividad y la responsabilidad exigible en el desempeño de la prestación laboral (sin olvidar que el empleador también reúne especiales características). Al margen de ello, es obligado añadir el debido respeto, y cumplimiento, de las exigencias que establece el Convenio núm. 137 de la OIT sobre el trabajo portuario (en favor de la estabilidad, capacitación, formación, profesionalidad y registro de los trabajadores).

La conflictividad en los puertos en las tareas de estiba de trabajadores portuarios siempre es elevada. La conflictividad en el puerto de Cartagena en el trabajo de estiba y desestiba ha sido una de las más intensas de España en los años precedentes, como puede comprobarse tras la detenida lectura de noticias de prensa escrita del último periodo 2005-2017 o, simplemente, acudiendo a los anales que recogen los repertorios de jurisprudencia. El incumplimiento de la normativa laboral ha afectado a prácticas empresariales no respetuosas con la RLE (incurría en prestamismo laboral no consentido al contratar a trabajadores ajenos a la sociedad), ni con el derecho del trabajo en general (levantamiento de numerosas actas infractoras por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no se respetaba el derecho convencional reconocido a los trabajadores a repetir sus turnos de trabajo), incumplimiento de medidas de prevención de riesgos laborales, lesión del derecho de libertad sindical, ni con otros aspectos sociales (no cotización de las horas extraordinarias realizadas) o no respeto de lo acordado en el convenio colectivo aplicable, a ello se une el planteamiento de múltiples conflictos colectivos. También es un sector donde junto a los sindicatos más representativos encontramos la presencia de sindicato de sector, el CTM (sindicato coordinadora estatal de trabajadores del mar) muy reivindicativo y hasta beligerante en el Puerto de Cartagena con la empresa. La sentencia que comentamos se hace eco de esta notoria y profusa conflictividad laboral que, en gran medida, ha desembocado en litigiosidad (hecho probado 6°), que los propios juzgados de lo social conocen en su actuación cotidiana porque están llamados a resolverlas.

II. EL CONFLICTO PLANTEADO: EL INCREMENTO DE LA JORNADA POR ANTICIPAR EN UN CUARTO DE HORA EL CONTROL DE DISPONIBILIDAD HORARIA DE LOS TRABAJADORES

Los diecinueve trabajadores de la citada Sociedad del Puerto de Cartagena ven a partir del 20 de mayo de 2014 alterado el horario de control de disponibilidad en un cuarto de hora, cambio que decide unilateralmente y notifica la empresa el 16 de mayo (4 días antes a su operatividad⁽⁶⁾) tanto a los trabajadores como a sus representantes legales. De manera que ese control se anticipa de las 7:45 horas a las 7:30 horas. Se plantea así un conflicto colectivo entre el representante de los trabajadores de SESTICARSA (su Delegado de Personal, presumimos que no lo era de los sindicatos más representativos sino de CTM) y la Coordinadora estatal de estibadores portuarios y la Sociedad (estatal) de estiba y desestiba de Cartagena (SESTICARSA⁽⁷⁾), y los sindicatos CCOO y UGT. Dicho proceso de conflicto colectivo cuando afecta a modificaciones sustanciales, sigue el trámite previsto en el art. 153LRJS (en atención a la reclamación planteada de conflicto colectivo). Previamente al proceso judicial es obligatorio efectuar un acto de mediación⁽⁸⁾ (celebrado ante el organismo de la Región de Murcia ORCL), que se celebró el 11 de julio de 2014 y concluye sin acuerdo (sin avenencia de las partes).

Se trata de un conflicto que afecta a una Relación Laboral Especial hoy cuestionada. El conflicto surge porque de forma unilateral el empresario ha alterado lo acordado en convenio colectivo, en todo caso ha modificado colectivamente el tiempo de presencia exigible a los trabajadores. El conflicto colectivo es planteado por el delegado de personal, el representante legal de los trabajadores, como sujeto legitimado para interponerlo [art. 154 c) LRJS]. El conflicto afecta al cambio empresarial de adelantar en 15 minutos el control de disponibilidad de los trabajadores del puerto para la estiba y desestiba. El empresario no sólo no ha respetado el preaviso legal (ni tan siquiera el mínimo legal exigible para una modificación sustancial de condiciones de trabajo, si fuera individual), bastándole cuatro días de comunicación para llevar a efecto el cambio, tampoco ha seguido el procedimiento, ni ha identificado la causa, ni motivado el cambio. Pero es que ni siquiera hay una variación en las condiciones de las empresas que pueda amparar la modificación sustancial (como reflejará la sentencia con acierto).

La empresa entiende que el cambio experimentado encuentra justificación, que la empresa sólo requiere la presencia a las 7:30 horas para conocer el número de trabajadores y así facilitar a las empresas la estiba y desestiba los trabajadores que demandan. No podemos olvidar la relación triangular que se produce en esta relación laboral y de cesión singular de trabajadores. Entiende igualmente que la medida permite cumplir lo previsto en el art. 11 del Convenio Colectivo para la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena y además no considera que la modificación pueda calificarse como sustancial (de carácter colectivo). Además, alegará la empresa la obligación de acudir a la Comisión Paritaria antes de interponer el conflicto (siguiendo la configuración de la Comisión Paritaria como instancia previa a la vía judicial⁽⁹⁾) y subrayará cómo aquellos acuerdos adoptados en el seno de la COPA –ya en 2016– lo son por mayoría, tratándose de acuerdos que luego no se impugnan por la demandante que acciona en conflicto colectivo.

En el desarrollo y planteamiento de este conflicto colectivo se conocen, igualmente, otras reclamaciones de los trabajadores al respecto, algunas solventadas en procesos judiciales otras resueltas a través de la inspección de trabajo con actuaciones de actas de infracción.

Al lector extraño al conflicto si le resultará anómalo en la reclamación el largo plazo temporal que transcurre entre la modificación empresarial (sin respeto del procedimiento e injustificada, sin duda) y la interposición de la acción de conflicto colectivo. Otras conflictividades posteriores, o acumuladas, han podido llevar a decidir judicializar esta modificación ilícita, consentida de hecho en el tiempo cuando no fue impugnada (entre mayo de 2014 y el verano de 2016).

III. LA ACCIÓN EJERCITADA

La acción colectiva se interpone como acción de conflicto colectivo y de tutela de Derechos Fundamentales y subsidiariamente por modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo sin causa, con ausencia de delimitación de la misma o subsidiariamente injustificada. Y se reclamará la nulidad de la medida empresarial, así como si se estima la lesión de Derechos Fundamentales se pide la indemnización reparadora del daño por la lesión de los derechos fundamentales por un importe de 9.000 euros para cada trabajador (incluye a los dos ya jubilados), en el transcurso de la toma de la medida por la empresa y la reclamación judicial, la empresa ahora tiene una plantilla de diecisiete trabajadores, antes eran diecinueve empleados. Al entender la parte accionante que pueden estar comprometidos derechos fundamentales en el escrito de la demanda también fue parte en el proceso el Ministerio Fiscal, puesto que se alega lesión de la libertad sindical, art. 28.1CE y del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24CE.

No obstante, la resolución judicial no apreciará la vulneración de aquellos derechos a la luz de la litigiosidad relevante que se ha producido entre la empresa y la representación de los trabajadores; al entender que las discrepancias de la empresa con la parte actora (delegado de personal) no deben ser consideradas como ataques a derechos fundamentales (los invocados, en especial la libertad sindical), más aún cuando hubo sindicatos (los más representativos CCOO y UGT, por cierto) que están de acuerdo con la medida, y que puede (dice sorprendentemente la sentencia estar justificada por el fondo, incluso con cierto soporte convencional –F.4–, quizá en atención a la facultad que el apartado 11.6 del Convenio Colectivo para la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena reconoce a la empresa la facultad de fijar los sistemas de control que estime más adecuados y que afecta a todo personal incluido en el ámbito de aplicación del Convenio).

IV. LA MODIFICACIÓN OPERADA

El conflicto planteado, es cada vez más frecuente, cuando se incorporan vicisitudes calificables como sustanciales dentro de las facultades exorbitantes que el ordenamiento jurídico concede a las empresas en el marco del art. 41ET. La empresa opta por incorporar la flexibilidad en aspectos relativos al tiempo de trabajo

ignorando el trámite legal que le permitirá o adoptar la modificación sustancial o instar su cambio (si afecta a lo regulado en convenio colectivo estatutario).

En la flexibilidad interna que habilita el legislador (cada vez más flexible o adaptable a la necesidad empresarial que permite los cambios precisamente en atención a esas necesidades) y afecta a modificaciones sustanciales es siempre necesario respetar un doble filtro de garantías: el primero el procedimental, que cuando es de carácter colectivo o es de inaplicación del convenio colectivo es siempre un procedimiento más gravoso para la empresa y en todo caso es exigible la negociación en forma de periodo de consultas (negociación que no es tan sólo un trámite preceptivo sino que debe tender a alcanzar un acuerdo); el segundo será la causalidad exigible a la modificación que alterará las previas condiciones de trabajo de manera sustancial, la empresa debe siempre motivar la medida y además las causas son legalmente previstas, no caben otras (sean más laxas –las del art. 41.6ET– o más concretas y clarificadas –las del art. 82.3ET–). Sin justificación no es posible la modificación sustancial. Las causas, además, han de ser debidamente acreditadas y se valorará la adecuación de las mismas a la finalidad prevista con la modificación sustancial que se introducirá.

La medida tomada se justifica por la propia empresa en que no incurre en cambio de la prestación de servicios, puesto que la misma (el inicio de la jornada laboral) comenzará, siendo de trabajo efectivo, a las 8:00 horas, es decir, a la misma hora de siempre. Pero, sin embargo, tras estudiar el impacto de la medida se observará como se anticipa la presencia de los trabajadores de las 7:45 a las 7:30 horas. Lo cual supone un cuarto de hora de adelanto de la asistencia al puesto de trabajo, alterando, además, el régimen convencional.

V. LA NECESIDAD DE IDENTIFICAR LA MODIFICACIÓN COMO MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

A primera vista la modificación en un cuarto de hora pudiera no parecer una modificación que fuera calificable de modificación sustancial de las condiciones de trabajo sino meramente accidental⁽¹⁰⁾. No obstante, es necesario primero conocer la fuente en la que se regulaba el control de disponibilidad horaria (el Convenio Colectivo de empresa en sus arts. 11 y 12, que lo es de naturaleza estatutaria, por lo que nos remitimos al art. 41.6ET y la necesidad de inaplicar o descolgarse de la regla convencional por los trámites del art. 83.2ET). Y, en segundo lugar, porque la modificación que lo es de la jornada, aun no siendo tiempo de ejecución del trabajo efectivo supone para los trabajadores mayor tiempo de presencia para la empresa y ello implica una mayor gravosidad u onerosidad para los trabajadores. Es decir, altera de forma sustancial las condiciones previas en perjuicio de los trabajadores. Es necesario recordar que los aspectos vinculados a la jornada (efectiva o tiempo de presencia), por la relevante condición de trabajo que es la jornada y el tiempo de trabajo –trabajo efectivo, tiempo presencial o no–, puesto que afecta a la prestación laboral pero también repercute en la vida personal del trabajador⁽¹¹⁾, deben ser examinadas, si se modifican, con minuciosidad, identificando sus pormenores y circunstancias particulares, y sin precipitación.

Probablemente el fragmento temporal de la modificación es menor (sólo 15 minutos), sin embargo, es un adelanto (que implica madrugar más y por ello puede afectar al mayor colapso de la carretera o transporte público), y el segmento horario, ciertamente resulta más trascendente en la valoración de la modificación como sustancial, porque el tiempo de presencia se ve incrementado (en un cuarto de hora, que debe adicionarse a la jornada efectiva de trabajo). El tercero porque la modificación (de innegables efectos colectivos al afectar a todos los trabajadores de estiba del puerto) la toma el empresario desconociendo el procedimiento legal⁽¹²⁾ (no ya sólo por la modificación unilateral de la empresa), sino por no acudir al procedimiento y trámites establecidos legalmente (sea al fin una modificación sustancial colectiva o bien se trate de una inaplicación del Convenio Colectivo estatutario). Es decir, la empresa procede en contra de lo legalmente previsto para proceder a la modificación sustancial.

Como acaba de destacarse el cambio supone una modificación de aspectos recogidos en el Convenio Colectivo vigente

para la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena

⁽¹³⁾ –aunque ya en periodo de prórroga temporal de su vigencia–. El art. 11 del citado Convenio Colectivo delimitaba el horario de la distribución y adscripción de los trabajadores por la empresa SESTICARSA, a las 7:45 horas⁽¹⁴⁾. Cuestión en la que incide el art. 12 del Convenio, abundando en el horario de las 7:45 horas para el nombramiento de personal. Para el control el convenio colectivo fijará que todo el personal incluido en su ámbito deberá someterse a los sistemas de control que la empresa (en cada momento) estime más adecuados, con la necesaria audiencia a la representación legal de los trabajadores. La modificación introducida fijará que las empresas estibadoras deberán presentar sus peticiones de personal a la Sociedad SESTICARSA antes de las 7:30 horas de la mañana y antes de (o hasta) las 13:30 horas de la tarde (en este caso la anticipación también es de 15 minutos).

Resulta oportuno recordar que en este sector existe un Acuerdo marco nacional –actualmente vigente el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria para el periodo 2014-2017⁽¹⁵⁾– que, ajustándose a las últimas reformas legales, respetaba expresamente tanto la preferencia en forma de prioridad aplicativa del convenio de empresa a que se refiere el art. 84ET como la inaplicación convencional que puede esgrimirse en las empresas cuando concurren las causas justificativas (económicas, técnicas, organizativas o productivas) y en los términos del art. 82.3ET. Sin embargo, conviene igualmente apuntar que sobre citado IV Acuerdo Marco estatal se ha declarado la ineficacia de su carácter estatutario⁽¹⁶⁾, mediante la STS de 11 noviembre 2010 (RJ 2010, 8834) por la falta legitimación de la asociación empresarial firmante, declarando la nulidad de los preceptos que regulan la articulación de la negociación en ámbitos inferiores (por ser una materia que sólo puede realizar en virtud de un convenio de naturaleza estatutaria, puesto que la carencia de la necesaria legitimación para negociar un convenio colectivo estatutario en el sector conlleva y, a su vez, impide que el convenio pueda incidir en la articulación de la negociación colectiva). El IV Acuerdo estatal también regula aspectos tangenciales que inciden en la jornada laboral⁽¹⁷⁾, definiendo el inicio y fin de la misma⁽¹⁸⁾; e incluso estableciendo las franjas horarias que comienzan en el turno de día (a las 8:00 horas), sin perjuicio de que cada puerto pudiera establecer dentro de cada tipo de jornada horarios diferentes⁽¹⁹⁾. Así mismo indicaba la obligación de comparecer físicamente y mostrar los trabajadores su disponibilidad en los nombramientos en los términos que se establezcan en los Convenios Colectivos de ámbito inferior⁽²⁰⁾ (aspecto éste en el que reside el conflicto colectivo planteado).

La fijación de los horarios serán los establecidos en los convenios colectivos de cada puerto⁽²¹⁾ (condiciones de trabajo que deben ser las mismas para la relación laboral especial y para la relación laboral común). Pero como se ha apuntado la modificación afecta al control de disponibilidad horario y de disponibilidad de los trabajadores.

A la empresa se le recuerda que el cambio debió adaptarse o a través (entendemos) del art. 82.3ET (pues debido a una errata se cita un inexistente apartado 2º del art. 81) o art. 41ET. Y considera el juez que la nulidad de la decisión empresarial se debe declarar por la ausencia, desconocimiento y vulneración del procedimiento legalmente exigible. El empresario lo ha ignorado. Es decir, ha actuado *contra legem*. También en la valoración judicial se entra en el análisis de la modificación realizada y se considera que forma parte del concepto sustancial al que se refiere el precepto (art. 41ET), y explica la sustancialidad porque la modificación ha alterado el estatuto básico del que el trabajador disfrutaba, entendiendo que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (con cita de la STS de 3 de abril de 1995 (RJ 1995, 2905)) y la doctrina judicial (trayendo el parecer de la STSJ de Valencia de 23 de abril de 1996 (AS 1996, 1301)) el cambio produce una transformación de los aspectos fundamentales de la relación laboral. No entendiendo que la medida pueda escapar de este concepto de modificación sustancial por ser meras modalizaciones de la ejecución del contrato de trabajo, es decir, simples modificaciones accidentales que formarían parte de las facultades ordinarias de dirección y organización del empresario.

El cambio del control de la disponibilidad horaria es sustancial en tanto en cuanto toma en cuenta la esencialidad, lo que denominará el juez « *el calibre* » de la medida, recordando que no lo es sólo por la materia afectada (la jornada), porque el legislador no se refiere a que toda modificación de la jornada, de esta condición, sea sustancial, sino porque el cambio contenga los caracteres de sustancialidad, que la modificación introducida sea sustancial⁽²²⁾ (no la materia, no la condición). En reiteradas ocasiones se ha indicado jurisprudencialmente como la calificación de sustanciales de las modificaciones contractuales responde a un concepto jurídico indeterminado⁽²³⁾, así para valorar que es sustancial se atiende a la mayor onerosidad de la prestación laboral (que supone objetivamente para los trabajadores), que la alteración sea de aspectos fundamentales de la relación laboral pasando a ser otras de modo notorio, la necesidad de valorar la importancia cualitativa de la modificación, el alcance temporal y eventuales compensaciones pactadas, así podrá examinarse el sacrificio que se impone al

trabajador y su intensidad⁽²⁴⁾. En todo caso el cambio para adjetivarlo de sustancial ha de ser trascendente y de cierta entidad.

En este asunto el cambio de control de disponibilidad horaria lo es en tanto que para los trabajadores supone de medida desfavorable a sus intereses —que evidencia y razona el juez con la impugnación de la medida⁽²⁵⁾—, y por su repercusión, es sustancial. Toma en cuenta para la consideración de la modificación como sustancial: su naturaleza, la relevancia de la modificación de forma notoria, la intensidad de la medida, la materia a la que afecta puesto que implica una mayor onerosidad en la prestación laboral de los trabajadores⁽²⁶⁾. Analiza el cambio de la condición horaria que supone una modificación de la jornada de trabajo en relación con el tiempo de presencia en quince minutos (adicionales) y observa que la modificación es sustancial⁽²⁷⁾, que no se respetan los derechos adquiridos de los trabajadores y ante la ausencia de alusión de causas justificativas (las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción), suma a estas circunstancias la forma de comunicación seguida por el empresario y entiende que produce indefensión a la representación de los trabajadores (llamada legalmente a ser parte en el periodo de consultas tanto en el art. 41ET, como, con mayor fuerza, en el art. 82.3ET, pues este precepto regula una plena negociación que exige acuerdo). Lo que cual, en aplicación del art. 160.3LRJS —en relación con el art. 138.7LRJS—, lleva a la estimación de la demanda, a la declaración de nulidad por no seguir el trámite contemplado en el art. 41ET, ordenando la reposición a las condiciones anteriores, tal y como venían siendo realizadas por los trabajadores, lo que implica que el control de disponibilidad horaria debe efectuarse a las 7:45 horas.

VI. LA NEGATIVA DE RECONOCIMIENTO Y VALOR INTERLOCUTOR A LA COMISIÓN PARITARIA DEL CONVENIO COLECTIVO

A raíz de la decisión empresarial, año y medio más tarde, se reúne a instancia del empresario la Comisión Paritaria (COPA) del Convenio colectivo Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena, se adopta en su seno votar a favor de la medida adoptada por la empresa, tanto por la empresa como por las representaciones de los sindicatos CCOO y UGT, el 31 de enero de 2016 (cuando la medida resulta operativa desde el 20 de mayo de 2014). Conforme al art. 7.6 del convenio colectivo de empresa aplicable, los acuerdos de dicha comisión deben ser adoptados por la mayoría de cada una de las representaciones.

Las competencias de la Comisión Paritaria son enunciadas por el propio convenio colectivo, y fija las de interpretación y ampliación de las normas del convenio y otras no previstas si alguna de las partes considera preciso para mantener la paz social y el buen funcionamiento de los puertos con el compromiso de someter cualquier conflicto laboral que pudiera surgir⁽²⁸⁾. Los acuerdos de la COPA, según dispone el propio Convenio Colectivo para la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena, adquieren firmeza tras el paso de 10 días naturales desde el siguiente al acta, revisado por las partes y sin formularse alegaciones.

Finalmente el conflicto colectivo frente a la anticipación del cuarto de hora en el control de disponibilidad horaria se planteará en el verano de 2016, de manera que tras realizarse el preceptivo trámite ante por el organismo de mediación de la Región de Murcia (obligación del art. 156 en relación con el art. 63LRJS, que completan las reglas del proceso del art. 153LRJS sobre la modalidad impugnatoria de conflictos colectivos que prima sobre la de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo —ya que esta otra modalidad procesal no se prevé globalmente para la acción colectiva, aunque el juez aplica la misma para dar concreción al sentido del fallo su resolución, art. 138.7LRJS—), no se alcanzó acuerdo, en ese proceso de mediación la empresa ya alega que sólo requiere la presencia de los trabajadores a las 7:30 horas no la prestación de trabajo efectivo, y se hace para que la empresa conozca el número de trabajadores de que dispone para ponerlos a «disposición» de las empresas de la estiba que operan en el puerto. Esta es la primera vez que la empresa manifiesta la justificación de las causas motivadoras de la modificación en el control de disponibilidad de horario que afecta a los trabajadores.

La primera cuestión a dirimir es la participación de una Comisión Paritaria cuando no tiene atribuidas esas funciones y además carece de la competencia o atribuciones para poder participar en el obligado periodo de consultas para conocer el cambio, conforme a la legalidad. Es suficientemente conocido cómo en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo el ordenamiento jurídico exige un periodo de consultas, que es un verdadero proceso de consulta-negociación (en tanto en cuanto en el diseño legal actual trasciende al deber de información que el empresario debe ofrecer a la representación legal de los trabajadores). La representación legal de los trabajadores en el periodo de consultas viene legalmente configurada en el alambicado y complejo apartado 4º del art. 41ET (con sus sucesivas modificaciones, según se trate de un único centro o de una pluralidad de centros de trabajo afectados por el cambio sustancial de las condiciones de trabajo, derivadas de la reforma de la Ley 1/2014). La intervención de la Comisión Paritaria en el proceso de consultas no aparece en el mencionado precepto, pero sólo excepcionalmente podría ser participe en caso de sustitución por procesos de mediación (que deben ser acordados por las partes art. 41.4ET⁽²⁹⁾). Lo que no sucede en el supuesto enjuiciado, siendo la representación legal de los trabajadores ostentada por el Delegado de Personal, que no ha tomado parte en el inexistente periodo de consultas anterior a la modificación sustancial impuesta por la empresa y que tampoco ha acordado la sustitución de aquél.

La negociación de la empresa con la COPA podría llevar a confusión, pero nunca bajo la apariencia de una *bona fides* negociadora, y también conducir a equívoco de la posible aceptación de la medida por los trabajadores (a través de los sindicatos representados en aquella comisión).

Las funciones de una Comisión Paritaria las fija en el orden legal el art. 91ET [es decir sólo se le atribuyen competencias de aplicación e interpretación del convenio (tradicionalmente denominadas de administración del convenio) y, en su caso, de mediación en la resolución de controversias si así se fija en los acuerdos interprofesionales del art. 83.2º y 3ºET⁽³⁰⁾], que luego son completadas (*rectius*) especificadas por las atribuciones que concrete el convenio colectivo respetando éste lo establecido en el art. 85.3 e) ET. No pudiendo una comisión paritaria asumir funciones negociadoras que desplieguen eficacias normativas y reguladoras de condiciones de trabajo que el art. 85ET encomienda al Convenio Colectivo⁽³¹⁾, como reiteran nuestros Tribunales⁽³²⁾. Pues la función encomendada lo es de aplicación o de interpretación del convenio sin poder innovarlo (careciendo de la posibilidad de innovar la situación pactada) ni cambiar, ni siquiera retocar su contenido normativo⁽³³⁾. Excepcionalmente la Comisión, pero ya mutando su naturaleza en comisión negociadora (desplazándose de la función de gestión que la ley le confiere), podrá realizar negociaciones, precisamente para intervenir en modificaciones sustanciales o variaciones de las condiciones pactadas⁽³⁴⁾, pero entendemos que sólo cuando la Ley permite la negociación de la COPA y en las condiciones legales exigibles para que la comisión puede asumir un papel negociador⁽³⁵⁾.

Esta sentencia nos aporta un elemento clave para avanzar en la delimitación de las atribuciones de las Comisiones Paritarias, ya que tampoco una Comisión Paritaria puede suplantar a la representación de los trabajadores, a la que se encomienda legalmente ser interlocutora de la empresa en el trámite de periodo de consultas de las modificaciones sustanciales colectivas y se proyecta también sobre todos los periodos de consultas de flexibilidad exorbitante, interna o externa⁽³⁶⁾, (incluidas tanto la representación legal como las comisiones *ad hoc* y las comisiones híbridas a las que se refiere el precepto⁽³⁷⁾, art. 41.4ET, tras las modificaciones que introdujo la Ley 1/2014). La tramitación del periodo de consultas corresponde a la representación de los trabajadores, la llamada legalmente. Esta imposibilidad de participación de la Comisión Paritaria en las consultas se proyecta tanto sobre la designación de la representación de los trabajadores para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo (art. 41.2, .4 y .5 ET) como sobre la inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3ET).

El convenio colectivo en este caso era el que delimitaba, mediante sus arts. 11 y 12, el horario de distribución y adscripción de los trabajadores, fijándolo a las 7:45 horas. Es decir, se fijaba en convenio colectivo estatutario (aquí cobra relevancia el apartado 6 del art. 41ET que reenvía en caso de modificación de convenio colectivo estatutario a las reglas del art. 82.3ET, al que por cierto la sentencia dedica muy poco interés en la resolución del asunto, pero que sin duda refuerza el sentido del fallo). A la Comisión Paritaria se le otorgan funciones extensas (interpretación y ampliación) pero no alcanza que la COPA pueda modificar, cambiar o «chocar» (expresión coloquial que utilizará el juzgador) con la previsión convencional, que fijaba un control de disponibilidad de trabajadores a las 7:45 horas. De manera que las funciones atribuidas a la Comisión Paritaria como sabemos (*ut supra*) no pueden ser modificativas de lo pactado en el convenio colectivo. En el análisis pormenorizado recogido en la sentencia se delimita hasta dónde están concretadas las funciones de la COPA, también ha tenido el Tribunal Supremo reiteradas ocasiones para indicar que la comisiones paritarias no puede asumir funciones negociadoras, que por ley se atribuyen a los sujetos negociadores del Convenio Colectivo, diferenciando así la comisión aplicativa de la comisión negociadora —aun siendo la paritaria—, y ahora evidenciamos, tras la lectura de la Sentencia que se comenta, que la comisión paritaria tampoco puede sustituir a la representación de los trabajadores en los procesos de flexibilidad

interna (y externa) que por imperativo legal exigen de una consulta-negociación, tramitada a través de un periodo de consultas.

Por otro lado, la pretendida ratificación de la medida empresarial por acuerdo, en el seno de la COPA del Convenio Colectivo, no es sucesiva en el tiempo a la adopción del cambio empresarial, sino que acontecerá con bastante posterioridad en el tiempo, casi dos años después (subrayará el juez en la Sentencia). Este elemento temporal también influye, a mayor abundamiento, en la apreciación judicial del incumplimiento de las exigencias del art. 41ET y su desconocimiento empresarial para solventar el pleito del conflicto colectivo.

La empresa adoptó la medida anticipando el horario de control de disponibilidad, y lo hace sin esgrimir ni justificar causas para proceder a la modificación sustancial que supone un cambio de la jornada laboral de los trabajadores de estiba del puerto de Cartagena. La medida afecta a todos los trabajadores, siendo 19 los de la empresa, y lo hace sin proceder a realizar el preceptivo periodo de consultas previo (exigencias no sólo del ordenamiento interno sino también del comunitario, por mandato de la Directiva 2002/14/CE que establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad europea⁽³⁸⁾), y del art. 27 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea). De manera que el cambio empresarial ignora a la representación legal de los trabajadores al adoptar la modificación de la jornada que implica el cambio del horario del control de disponibilidad.

La empresa no procura alcanzar el acuerdo (pese a la exigencia legal de la finalidad de las consultas: « *con vistas a la consecución de un acuerdo* » ⁽³⁹⁾), ni tan siquiera abre las consultas. Ello significa no sólo que ha descuidado el nivel adecuado para la consulta, sino también (y, sobre todo) que no ha realizado la consulta con la suficiente antelación que exige el derecho vigente. Sólo casi dos años más tarde busca la empresa que la COPA ratifique la decisión adoptada por ella, sin haber tenido en cuenta el parecer de la representación legal de los trabajadores. Sin tampoco haber procedido a penetrar en lo que significa la consulta, sin analizar la causa que siempre debe concurrir (por muy laxa que sea la actual dicción legal del vigente art. 41.1ET: « *cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción; se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa* » que permite no sólo acudir a ella en casos de crisis de empresa sino para la mejora y consecución de objetivos y posicionamiento en el mercado⁽⁴⁰⁾), sin tampoco dar a conocer cómo surge la necesidad de ese anticipo del control horario de disponibilidad. Abundando en el desprecio empresarial a la legalidad, incidirá el juzgado, recordando que la regulación del horario del control de disponibilidad proviene de un convenio colectivo de empresa, que no es ajeno a la realidad de la empresa, que ya desde 2005 (año de inicio de la vigencia temporal del convenio) regula la disponibilidad de los trabajadores. Por lo cual, el juzgador considera que no se ha producido ninguna variación sobrevenida que ampare la modificación operada, que es otro de los presupuestos básicos para la acometer las empresas la flexibilidad de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (lo sean en virtud del contrato de trabajo, de acuerdos colectivos, decisiones unilaterales del empresario concedidas a los trabajadores o del régimen de condiciones contenidas en el convenio colectivo estatutario).

No obstante conviene recordar siquiera que nuestro Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de permitir a los convenios colectivos regular las pautas que se han seguido en el caso de modificaciones sustanciales colectivas, de manera que se reconoce como válidas las cláusulas del pacto colectivo en los supuestos que, por ejemplo, afectando a la jornada de trabajo el convenio colectivo autoriza al propio empresario a tomar modificaciones siempre que concurran las circunstancias descritas por el propio convenio colectivo y la medida sea adoptada de acuerdo con esas previsiones y sobre la condición permitida en dicho pacto⁽⁴¹⁾.

VII. APORTES PARA UN DEBATE NECESARIO

La nulidad por falta de procedimiento es la lógica consecuencia del reproche jurídico de la actuación empresarial. El empresario debió seguir las reglas procedimentales establecidas en el art. 41ET (incluida la remisión que su apartado 6º hace al art. 82.3ET), y destaca el juzgador que son susceptibles de modificación por este procedimiento tanto condiciones de origen contractual, como las que traigan causa de una decisión empresarial de efectos colectivos, de un acuerdo o pacto colectivo, reproduciendo la redacción que contiene el precepto mencionado, apartado 2º del art. 41ET.

Sin embargo nada dice la Sentencia sobre la importancia que tiene que el Convenio colectivo sea estatutario y tampoco que en el caso de autos lo es (al acudir a la lectura del texto convencional observaremos que efectivamente lo es⁽⁴²⁾), y ante esta evidencia la única posibilidad de modificación por la empresa SESTICARSA era acudir a la inaplicación del convenio colectivo de empresa siguiendo las pautas del art. 82.3ET, para estos casos es el art. 82.3ET la norma rectora de la modificación de condiciones sustanciales; precepto este último que no sólo exige las consultas previas sino el acuerdo con la representación legal de los trabajadores (bajo sanción de nulidad de la medida que eluda el acuerdo), porque en este caso el periodo de consultas debe concluir con acuerdo o excepcionalmente, no alcanzado aquel acuerdo, para su modificación será ineludible acudir a las posibilidades sustitutivas del acuerdo contempladas en el propio precepto (tras las notables reformas introducidas mediante la Ley 3/2012). De manera que al ser una cuestión regulada en convenio colectivo estatutario la tramitación mediante el procedimiento del art. 82.3ET es la que debe llevarse a efecto⁽⁴³⁾ (por remisión expresa del art. 41.6ET⁽⁴⁴⁾). Se tratará de una cuestión fundamental también para la resolución aun cuando la parte impugne por falta de procedimiento de modificación sustancial. Por otra parte, no puede olvidarse, que tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, la inaplicación convencional sólo produce efectos a partir del momento en que se acordó la inaplicación de la norma convencional, y no consiente que puedan reconocerse efectos retroactivos al descuelgue⁽⁴⁵⁾.

La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo que se regulan en un convenio colectivo estatutario es una modificación marcadamente protegida por el ordenamiento jurídico (más que la modificación sustancial de condiciones no contempladas en convenio colectivo estatutario) pues el descuelgue convencional exige que se alcance acuerdo por la empresa con la parte social⁽⁴⁶⁾ (o que, en su defecto, la decisión sea tomada por el trámite legal en caso de falta de acuerdo⁽⁴⁷⁾), ya por someter la discrepancia a la comisión paritaria, ya por recurrir a los procedimientos de solución alternativas de conflictos o finalmente someter la resolución ante la CCNCC u organismo equivalente de la correspondiente Comunidad Autónoma en atención a la dimensión territorial del conflicto colectivo⁽⁴⁸⁾).

El reproche de la actuación empresarial que conlleva la nulidad de la decisión empresarial se produce al desconocer o ignorar el procedimiento e, igualmente, se centra en la ausencia de ofrecimiento de la causa justificativa para proceder a la alteración del horario de control de disponibilidad, cambio que no puede separarse de la falta de procedimiento, con alegación en él de las causas « *existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción* » y éstas además estén debidamente probadas⁽⁴⁹⁾. No respetar el procedimiento legal que debió llevarse a cabo implica esta nulidad.

La sentencia que se comenta es un ejemplo más de mal entendimiento de las facultades de flexibilidad interna conferidas a la empresa tras las últimas reformas laborales. Refleja, sin duda, una creciente patología muy visible en las más recientes resoluciones judiciales. Las últimas reformas reconocen la apuesta en favor de la flexibilidad interna y ciertamente los poderes exorbitantes del empresario posibilitan una mejor gestión y cambios en las condiciones laborales, pero dotar de instrumentos flexibles no supone desprover de las debidas garantías procedimentales y causales. Las transformaciones jurídicas acontecidas en los últimos años no han supuesto des-causalizar la modificación sustancial, pero parece que la empresa no lo ha entendido así, tampoco una falta de tramitación procedimental de la medida (o la negación de procedimiento) que permite sin más una novación con la mera decisión de la empresa. El notorio no ya abuso sino fraude reiterado en el uso de las citadas facultades empresariales de la flexibilidad (novatorias), precisamente en los temas atinentes a tiempo de trabajo y jornada⁽⁵⁰⁾, hace necesario recomendar que cuando tengamos un legislador con auténtica capacidad legislativa, se plantee una reforma para el cumplimiento de la normativa laboral evitando las decisiones empresariales contra la Ley y el desconocimiento de la tutela laboral en materia de jornada y tiempo de trabajo. La infracción empresarial en este ámbito debilita los poderes concedidos por el ordenamiento jurídico y horada la ya maltrecha normativa laboral, desconoce el principio de seguridad jurídica y niega a la empresa las capacidades de cumplir buenas prácticas de gestión de las relaciones laborales. Ello perjudica a la empresa que ante su práctica contraria a la Ley recibe la sentencia judicial que declara la nulidad de la medida y, finalmente, dificulta llevar a la práctica las utilidades y ventajas que ofrece la flexibilidad interna.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALEMÁN PÁEZ F. (2014) «El papel de las comisiones paritarias en la solución del conflicto laboral. Una visión de-constructiva», en XV Jornadas de la Fundación SIMA.

BALLESTER PASTOR I. (2014), La relación laboral especial de los estibadores portuarios, Tirant lo Blanch, Valencia.

CAVAS MARTÍNEZ F. (2007), «Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo», Rev. del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 68.

GARCÍA MURCIA J. (2014), «Naturaleza y fuerza vinculante de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: a propósito de las previsiones sobre información y consulta en materia laboral», Revista española de derecho europeo-Civitas, núm. 52.

GARCÍA QUIÑONES J.C. (2014), «La dimensión actual de las comisiones paritarias», localizable en <http://fsima.es/wp-content/uploads/CONFERENCIA-SIMA.JUAN-CARLOS-GARCIA-QUINONES.pdf>

GIL Y GIL J. L. (2009), «La Directiva 2002/14/CE, de 11 de Marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores» en MOLINA DEL POZO C. F.: Treinta años de integración europea, Ed. Juruá, Lisboa-Portugal.

GONZÁLEZ ORTEGA S. (2013), «La comisión paritaria del convenio colectivo», Temas Laborales, núm. 120.

NAVARRO NIETO F. (2016), «Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente», Rev. Española de Derecho del Trabajo, núm. 190, (BIB 2016, 80285).

(1) Actual Texto Refundido, aprobado por RDLegislativo 2/2011, que mantiene la importante reforma operada en 2010 en relación con la Relación Laboral Especial.

(2) Que expresamente se contenía la derogación del art. 2. h) ET, así como de nuevo se deroga por el RD Ley 8/2017.

(3) Tampoco el respeto al art. 49 del TFUE y la implicación que de él deriva de libertad de establecimiento, libertad de competencia y libertad de contratación, en el sentir de la STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13, impide la presencia de estas relaciones especiales. Por otro lado, ya se ha avanzado en la legislación y en los acuerdos sociales entre el reparto de esta singular prestación de servicios de la continuidad de la RLE y la creciente presencia en los puertos de relación laboral común en las labores de estiba, en este último caso los trabajadores eran contratados por cada empresa estibadora.

(4) En atención a lo que preceptuaba el RD Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, y el RD 371/1987, concretamente en el Puerto de Cartagena se concibe la RLE para «asegurar la profesionalidad de los trabajadores que desarrollen actividades portuarias y la regularidad en la prestación de servicios, proporcionando obligatoriamente a las Empresas estibadoras de manera temporal los trabajadores de la plantilla de SESTICARSA que sean necesarios para la realización de determinadas tareas que no pueda la Empresa cubrir con su personal propio»; se trata de una disposición hoy derogada por la disp. derog. única.1 de la Ley 33/2010, de modificación de la Ley de puertos 48/2003, pero en vigor todavía hoy en aplicación del art. 142 de la Ley de puertos mientras no se apruebe una nueva regulación laboral para esta prestación de servicios. Por otro lado, para profundizar en la justificación de la RLE de estiba, puede consultarse BALLESTER PASTOR I. (2014), La relación laboral especial de los estibadores portuarios, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 23 y ss.

(5) Ahora, tras la aprobación del RD Ley 8/2017, de 12 de mayo, reconducida bajo la creación de «centros portuarios de empleo» (CPE), centros encargados del empleo regular y de la formación de los estibadores y de su cesión temporal a las empresas estibadoras, operando el nuevo CPE como empresa de trabajo temporal (que, además, por cierto conforme al art. 4.2 del RD Ley 8/2017 deben obtener la autorización como ETT, cumpliendo las exigencias de la Ley 14/1994, por lo cual el CPE es una ETT con singularidades por el lugar en el que se realiza el prestamismo laboral, los puertos).

(6) Desconociéndose no sólo el periodo de la consulta-negociación que actualmente se fija en un máximo de 15 días, sino el tiempo fijado para notificar la modificación individual a los trabajadores de también, en este caso del art. 41ET, 15 días y sin tener tampoco en cuenta el periodo de 7 días para los efectos de la modificación colectiva adoptada sin acuerdo.

(7) La SAGEP son las Sociedades anónima de gestión de estibadores portuarios, que regula la Ley de puertos, y que pasaban de una participación estatal y privada a ser privadas, con participación obligada de las empresas estibadoras. La Sociedad del puerto de Cartagena fue la única sociedad portuaria de España que no consiguió convertirse en SAGEP en el tiempo determinado por la norma, debido a su conflictividad social.

(8) Es preciso diferenciar entre la mediación que sustituye el proceso de consultas (y se asimila) y la mediación preprocesal y preceptiva exigible como trámite obligatorio antes de acudir a la sede judicial para impugnar la medida empresarial de modificación sustancial, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 3950).

(9) Y en el marco de lo dispuesto por el art. 91.3ET (pero en referencia a las tareas de gestión del convenio que se atribuyen a la Comisión Paritaria), exigencia que luego reiterará el Convenio Colectivo para la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena con mayor amplitud.

(10) El Tribunal Supremo consideró que retrasar en media hora la entrada y salida del trabajo no era una modificación sustancial en STS de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7877), lo que suponía el retraso en la entrada media hora para salir del trabajo media hora más tarde, medida que afectaba a una parte de calendario laboral, la jornada de verano, y consideró que objetivamente no puede calificarse de más oneroso para el trabajador y que ni siquiera era una transformación de un aspecto fundamental de la relación laboral.

(11) Y tanto más si el cambio altera las posibilidades de compatibilizar la vida laboral con la vida familiar y personal del trabajador afectado por la alteración introducida.

(12) Son demasiadas las malas prácticas empresariales que, arropándose en la flexibilidad del tiempo y la jornada de trabajo, ignoran el procedimiento de modificación sustancial. Así la STS de 5 de noviembre de 2013 (RJ 2014, 1212) o por ejemplo STS de 11 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 1837) se fija con claridad la imposibilidad de modificar unilateral condiciones y sustancialmente de trabajo establecidas en convenio colectivo estatutario, pues la empresa debe acudir a lo regulado en el art. 83.2ET. Antes que el examen de la causa hay que analizar el procedimiento y qué tipo de modificación se lleva a cabo, no siendo posible que el empresario altere el régimen jurídico convencional de forma unilateral. En este caso además hay afectación del derecho a la negociación colectiva, soslayando a la parte social, SSTC 208/1993 (RTC 1993, 208), 225/2001 (RTC 2001, 225) y 238/2005 (RTC 2005, 238).

(13) Publicado BORM de 21 de octubre de 2005 y localizable en la URL <http://www.carm.es/cef/PDF/LEGISLACION/borm11739-2005.pdf>

(14) La literalidad del precepto es la siguiente: « Las empresas estibadoras solicitarán de SESTICARSA los trabajadores portuarios que precisen para la realización de sus actividades, en los horarios que más adelante se establecen y esta deberá proporcionárselos organizando diariamente la distribución y adscripción de sus trabajadores mediante el sistema de rotación de conformidad con las normas de la propia sociedad, a las 07,45 y a las 13,45 horas».

(15) BOE de 30 de enero de 2014.

(16) Ratificando el parecer de la SAN de 1 de junio de 2009 (AS 2009, 1873).

(17) Como apunta BALLESTER PASTOR I. (2014), La relación laboral especial..., op. cit., pág. 142, el Acuerdo Marco no contiene cuestiones relativas a la jornada, sino que se remite a los convenios colectivos, y de esta materia sólo regula los turnos de trabajo, las jornadas especiales y el momento de inicio y fin de los turnos o algunos aspectos vinculados a las vacaciones (como su retribución o planificación).

(18) Así el apartado 10.4.7 del IV Acuerdo fijará como se inicia la jornada desde el momento en que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo y finalizará en el mismo, exigiendo a la empresa que facilite los medios de transporte necesarios.

(19) Apartado 10.7.7 del IV Acuerdo. Igualmente recoge algunas reglas relativas a la disponibilidad de los trabajadores de la relación laboral especial.

(20) Así el punto 10.2.6, fija la obligación de estos trabajadores de mantenimiento de la plena disponibilidad para su ocupación (de acuerdo con el sistema de turnos de trabajo) e, indicará, la obligación de comparecer físicamente y mostrar su disponibilidad en los nombramientos en los términos que se establezcan en los Convenios Colectivos de ámbito inferior. Además, recoge el IV Acuerdo marco estatal que la presencia física en los nombramientos deberá efectuarse, como mínimo, una vez por semana. Se delimita finalmente este mínimo (semanal) pactado como inmodificable y no permite su sustitución por medios de presencia virtual.

(21) Siendo además responsables de las infracciones laborales que pudieran cometerse en esta materia la empresa estibadora, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 151.7 Ley de puertos.

(22) Siguiendo aquí la jurisprudencia consolidada sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que recogen las ya clásicas SSTS de 6 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4379), 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 5112), 9 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 2003) o de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 816). A las que se podrían añadir las STS de 17 de julio de 1986 (RJ 1986, 4181) o de 11 de noviembre de 1997, que no cita el juez, pero se pronuncian en el mismo sentido.

(23) De contornos difusos se califica, lo que hace necesario acudir a cada caso concreto no pudiendo adoptar un concepto dogmático de modificación sustancial de condiciones

de trabajo, pero ese casuismo también en ocasiones se convierte en ambigüedades para identificar en cada caso la modificación y la sustancialidad de la misma, así lo manifiesta NAVARRO NIETO F. (2016), «Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente», Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 190, pág. 6 (BIB 2016, 80285)

(24) Por todas, STS de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7877).

(25) En este caso apoyándose en la STS de 7 de febrero de 2007, que considera como elemento útil de medición de la modificación no favorable a los trabajadores la impugnación, constatando esta cuestión por la obvia impugnación.

(26) Con cita de la STSJ de Castilla La Mancha de 18 de diciembre de 1998 (AS 1998, 4861).

(27) Trayendo ahora tanto el sentir de su confirmación en la SAN de 13 de junio de 2011 (AS 2011, 2322) y anteriormente por STS 29 de diciembre de 2010. Aunque se trate de 15 minutos, son 15 minutos que suponen incrementar el tiempo de presencia.

(28) Art. 7.4 del Convenio Colectivo para la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena.

(29) «El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período».

(30) Por ejemplo, la STSJ de Extremadura de 11 febrero de 2010 (AS 2010, 942) resume las funciones de la COPA en cuestiones referidas a la interpretación, vigilancia y aplicación del propio convenio, indicando que no es necesario someter previamente a ella las divergencias cuando se plantea un conflicto, ya que éste no se refiere a la gestión del convenio (interpretación, vigilancia y aplicación) sino, precisamente, ante la denuncia del convenio el comienzo e inicio de las negociaciones para su revisión o sustitución por otro.

(31) SAN de 21 diciembre de 2009 (AS 2010, 5), niega la posibilidad de atribuir funciones negociadoras a la comisión paritaria.

(32) Por todas, SSTs 25 de mayo de 1993 (RJ 1993, 5533) y de 18 de febrero de 2012.

(33) Como sostiene la doctrina estudiosa de esta cuestión, entre otros, GARCÍA QUIÑONES J.C. (2014), «La dimensión actual de las comisiones paritarias», págs. 18 y ss., localizable en http://fsima.es/wp-content/uploads/CONFERENCIA-SIMA_JUAN-CARLOS-GARCIA-QUINONES.pdf

(34) Remarcando la posibilidades negociadoras de la COPA, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA S. (2013), «La comisión paritaria del convenio colectivo», Temas Laborales, núm. 120, págs. 305 y ss. o, también para conocer sus posibilidades, limitaciones y acercarse hoy a la realidad de los convenios que atribuyen esta funcionalidad en ALEMÁN PÁEZ F. (2014) «El papel de las comisiones paritarias en la solución del conflicto laboral. Una visión de-constructiva», en XV Jornadas de la Fundación SIMA.

(35) Art. 91.2ET y la obvia exigencia de la conformación con función negociadora en la que estén presentes los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo y se sigan y respeten las reglas de legitimación (inicial, plena y de toma de acuerdos) de los arts. 87, 88 y 89ET. Al respecto CAVAS MARTÍNEZ F. (2007), «Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo», Rev. del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 68, págs. 126 y ss. Y en la jurisprudencia, dejando claro que al asumir la función negociadora tienen derecho a integrarse cualquier sujeto legitimado para negociar convenios colectivos, por todas, SSTs de 11 de julio de 2000 (RJ 2000, 7208), o de 8 de abril de 2013 (RJ 2013, 4149).

(36) Art. 40.2ET, art. 47.1 y 2ET, art. 82.3ET y art. 44.9 y 10ET y 51.2 ET y 64 de la Ley concursal.

(37) Estas últimas, las híbridas, plenamente admitidas por la jurisprudencia, por todas, STS de 16 de julio de 2015 (RJ 2015, 5750).

(38) Para profundizar en las implicaciones y sobre la transcendencia y eficacia del derecho de consulta puede consultarse GARCÍA MURCIA J. (2014), «Naturaleza y fuerza vinculante de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: a propósito de las previsiones sobre información y consulta en materia laboral», Revista española de derecho europeo-Civitas, núm. 52, págs. 91-116, con el comentario que parte de la STJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, y GIL Y GIL J. L. (2009), «La Directiva 2002/14/CE, de 11 de Marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores» en Molina del Pozo C. F.: Treinta años de integración europea, Ed. Juruá, Lisboa-Portugal, págs. 333-360.

(39) Art. 41.4ET.

(40) Hemos pasado con la Ley 3/2012 a una regulación menos exigente en las causas y su acreditación, de manera que antes se atendía a lo patológico de la empresa en crisis y ahora también acoge la posibilidad de motivar una modificación sustancial lo que se denomina *fisiológico*, por todos, NAVARRO NIETO F., (2016), «Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras...», op. cit., pág. 7.

(41) Sobre esta cuestión véanse las referencias que recoge NAVARRO NIETO F. (2016), «Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna...», op. cit., pág. 16; citando el autor la STS de 17 de diciembre de 2014 (RJ 2015, 1259) y STSJ de Asturias de 16 de febrero de 2016 (JUR 2016, 45990). O más recientemente, con similares argumentos, STS de 23 de junio de 2015 (RJ 2015, 4100).

(42) Lo cual se deduce de la lectura de los firmantes, así como de la descripción del ámbito personal de aplicación que recoge el art. 2 del Convenio colectivo para la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena.

(43) Así lo fijará, por ejemplo, la STS de 30 de junio de 2016 (RJ 2016, 3939).

(44) «La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título VIII deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3».

(45) Así la STS de 7 de julio de 2015 (RJ 2015, 3245).

(46) Mucho antes de las reformas de 2010 y 2012 ya se admitía por la jurisprudencia del Tribunal Supremo la modificación del convenio colectivo estatutario por acuerdo negociador con la empresa pues se entendía que entraba dentro de las competencias negociadoras atribuidas a los sujetos de la negociación colectiva en la empresa, así STS de 11 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5157).

(47) En referencia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos la STS de 15 septiembre 2015 (RJ 2015, 4734), nos recuerda que su intervención es subsidiaria y opera tras el fracaso de las vías previas de negociación y, además, siempre que haya mediado buena fe en las negociaciones.

(48) Que dilucidarán la inaplicación convencional si la causa alegada concurre y se cumplen los requisitos procedimentales que incluye también seguir el obligado procedimiento del período de consultas, procedimiento sustitutivo del acuerdo entre los negociadores que, por su carácter excepcional, ha sido declarado por las SSTC 119/2014 (RTC 2014, 119) y 8/2015 (RTC 2015, 8) conformes a la Constitución.

(49) El control judicial se extenderá no sólo a constatar la causa alegada sino también el juicio de adecuación, es decir, la razonabilidad de la causa esgrimida en relación con la medida de modificación sustancial adoptada.

(50) Que en las anteriores regulaciones sí encontraba una fuerte protección de esta institución raíz en el Derecho del Trabajo y, en la mayoría de las situaciones, sólo se permitía la modificación si mediaba el acuerdo entre las partes, cuando éste acuerdo no afectaba a derecho necesario ni a derecho indisponible por encontrarse regulado en convenio colectivo.

