



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TSJ

No: 61.282

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA:

Presidente Excmo. Sr. D.: Gonzalo Moliner Tamborero

Fecha Sentencia: 27/10/2010

Recurso Num.: CASACION 53/2009

Fallo/Acuerdo : Sentencia Estimatoria

Votación: 21/10/2010

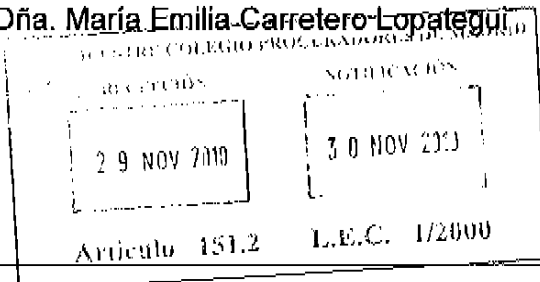
Procedencia: AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Emilia Carretero Lopategui

Reproducido por: AOL

Nota:



IV Convenio Colectivo del Sector de la Construcción. Establecimiento de la tarjeta profesional de la construcción. No vulnera el derecho al trabajo si es sólo un medio facultativo de acreditar la formación específica recibida en materia de prevención. Pero sí se produce la vulneración si es un requisito necesario para la contratación laboral. Se anula por ello la disposición transitoria cuarta. Vulneración del derecho a la intimidad, no se produce si las referencias a los reconocimientos lo son respecto a la mera existencia de éstos sin extenderse a su contenido. Vulneración del art. 84.3 ET, al excluir de la negociación en ámbitos inferiores, toda la materia de salud y seguridad en el trabajo. Se anula el punto 11 del art. 12.1.b) del Convenio.

Recurso Num.: CASACION/53/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Aurelio Desdentado Bonete

Votación: 21/10/2010

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Emilia Carretero Lopategui

**SENTENCIA NUM.:
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL**

Excmos. Sres.:

**D. Aurelio Desdentado Bonete
D. Jesús Gullón Rodríguez
D. Jesús Souto Prieto
D^a. María Lourdes Arastey Sahún
D. Juan Francisco García Sánchez**

ILUSTRE COLEGIO PROF. FISCALISTAS DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
29 NOV 2010	30 NOV 2010
Artículo 151,2	L.E.C. 1/2000

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil diez. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de casación interpuestos por la CONFEDERACION SINDICAL ELA-STV, representada y defendida por el Letrado Sr. Arriola Albizu y la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALLEGA (CIG), representada y defendida por la Letrada Sra. Martín Narrilos, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 13 de febrero de 2009, en autos nº185/2008, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la FEDERACION ESTATAL DE LA CONSTRUCCION, MADERA Y AFINES DE CC.OO. (FECOMA CC.OO.), FEDERACION ESTATAL DEL METAL, CONSTRUCCION Y AFINES DE UGT (MCA-UGT), CONFEDERACION NACIONAL DE LA CONSTRUCCION (CNC), FEDERACION DE LA CONSTRUCCION Y MADERA DE LA CONFEDERACION INTERSINDICAL GALLEGA (FCM-CIG) y el MINISTERIO FISCAL, sobre impugnación de convenio colectivo.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos, la FEDERACION ESTATAL DE LA CONSTRUCCION, MADERA Y AFINES DE

CC.OO. (FECOMA CC.OO.), representada y defendida por el Letrado Sr. Lillo Pérez, CONFEDERACION NACIONAL DE LA CONSTRUCCION (CNC), representada y defendida por el Letrado Sr. Sagardoy Bengoechea, FEDERACION ESTATAL DEL METAL, CONSTRUCCION Y AFINES DE UGT (MCA-UGT), representada y defendida por la Letrada Sra. Martínez Riaza.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **AURELIO DESDENTADO BONETE**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La CONFEDERACION SINDICAL ELA-STV, interpuso demanda en proceso de impugnación de convenios colectivos ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que ésta, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: la nulidad del siguiente contenido del IV Convenio General del Sector de la Construcción:

Preámbulo, el párrafo: "Asimismo, consecuentes con este compromiso, estas mismas partes y respecto de iguales representaciones, con objeto de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica, se han manifestado recíprocamente su renuncia expresa al ejercicio de derecho reconocido en el párrafo segundo del artículo 84 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de afectar en ámbitos territoriales inferiores a los pactos de este Convenio General durante el periodo de vigencia pactado, comprometiéndose, por tanto, no alterarlos".

Artículo 12.1.b) en los apartados "Seguridad y salud en el trabajo", "Fundación laboral de la Construcción", "Programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad del sector de la construcción", "La forma de acreditarla formación específica recibida por el trabajador referida a la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción", "Sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartido, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales" y "Diseño, ejecución y expedición de la Tarjeta Profesional de la Construcción", en relación a los convenios del sector de la construcción de ámbito inferior al estatal y superior al de empresa, que reúnan los requisitos del art. 84 ET; artículos 14.5, 17.4 y 24.5; artículo 130.d) en el inciso "...igualmente proponer la incorporación de otras materias a la tarjeta, como por ejemplo los reconocimientos médicos previos, periódicos y específicos a que son sometidos los trabajadores con alta rotación, para evitar la repetición de los mismos por cambio de empresa en periodos inferiores a un año"; artículo 136; artículos 159 a 167 (Secciones 1, 2 y 3 del Capítulo IV del Título II del Libro II), en su integridad; subsidiariamente: El artículo 159.1 en el inciso "así como la categoría profesional del trabajador y los periodos de ocupación en las distintas empresas en las que vaya ejerciendo su actividad"; el artículo 159.2 en el inciso "...se soporta en un formato físico según el modelo que figura en el Anexo IV del presente Convenio y en un sistema informático que permite a su titular acceder telepáticamente a sus datos y obtener certificaciones de los mismos"; el artículo 160, las letras b), c) y d); los

apartados 2 y 3 del art. 163; y en todo caso el inciso "informe de la vida laboral emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social dentro de los treinta días inmediatamente anteriores a la solicitud", y letras a), b), c) y d) del apartado 2; la letra c) del apartado 4 del art. 163; el párrafo tercero del art. 165.

Disposición transitoria cuarta; Anexo IV, Anexo V, los apartados del modelo de solicitud/renovación dedicados a incluir datos relativos al historial profesional así como a los reconocimientos médicos a que pudiere haberse sometido el trabajador/a solicitante y anexo VI.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de impugnación de convenio colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 13 de febrero de 2009 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente la demanda deducida por de CONFEDERACION SINDICAL ELA STV a la que se adhirió FCM-CIG frente a los demandados FEDERACION EST CONSTRUCCION, MADERA Y AFINES DE CCOO (FECOMA CCOO), FED EST DEL METAL, CONSTRUCCION Y AFINES DE UGT(MCA- UGT), CONFEDERACION NACIONAL DE LA CONSTRUCCION (CNC y MINISTERIO FISCAL en materia de impugnación de preceptos del IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, debemos de declarar y declaramos la legalidad de los preceptos impugnados y absolver a los demandados de todas las pretensiones incluidas en el suplico de dicha demanda. Firme que sea esta resolución remítase testimonio de la misma a la Dirección General de Trabajo a los efectos legalmente establecidos".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- Tras la promulgación de la Ley 31/95, de 8 de Noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley 32/2006, de 18 de Octubre vino a conformar la regulación en la materia en la subcontratación en el sector de la construcción. ---2º.- En el BOE de 17-8-07 se publica el IV Convenio General del Sector de la Construcción, siendo partes firmantes del mismo las Federaciones de CCOO y UGT y la Confederación Nacional de la Construcción, en representación empresarial CIG, aunque parte negociadora presente en la negociación, se negó a firmar el Convenio. ---3º.- ELA-STV ostenta en el ámbito de la Construcción del País Vasco un 39% y en el de Navarra el 27,25%, por lo que resulta ser lo mas representativa en ambas Comunidades Autónomas, aunque no a nivel nacional. ---4º.- Por Resoluciones de 6-10-95 y 19-12-97 se publicaron Acuerdos Interprofesionales en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre formación y prevención de riesgos laborales, respectivamente, que obran en autos y se reproducen por remisión. ---5º.- La pretensión actora se instrumenta en que el Convenio Colectivo violenta en varias disposiciones (que se considerarán en los fundamentos jurídicos):

- a) Por un lado los apartados 2 y 3 del artículo 84 del ET.

b) Por otro en la extralimitación del artículo 10-3º de la Ley 32/2006 en relación con los artículos 35-1º y 2º y 18 de la Constitución. Se han cumplido las previsiones legales."

QUINTO.- Contra expresada resolución se interpusieron recursos de casación a nombre de la CONFEDERACION SINDICAL ELA-STV y la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALLEGA (CIG). Por la representación de la CONFEDERACION SINDICAL ELA-STV, mediante escrito de fecha 24 de junio de 2009, formalizó el correspondiente recurso, autorizándolo y basándose en el siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia la infracción de los artículos 85.1 y 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 10.3 de la Ley 32/06, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de construcción y con los artículos 35.1 y 2 y 18 de la Constitución, infracción de los artículo 83.2 y 84, párrafos segundo y tercero del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 28.1 de la Constitución Española.

Por la representación de la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALLEGA (CIG), mediante escrito de fecha 31 de julio de 2009, formalizó el correspondiente recurso, autorizándolo y basándose en el siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia la infracción de los artículos 85.1 y 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 10.3 de la Ley 32/06, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de construcción y con los artículos 35.1 y 2 y 18 de la Constitución, infracción de los artículo 83.2 y 84, párrafos segundo y tercero del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 28.1 de la Constitución Española.

SEXTO.- Evacuados los traslados de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedentes los recursos, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 21 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en la instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que desestimó la demanda interpuesta por la Confederación Sindical ELA (STV), a la que se adhirió la Confederación Intersindical Gallega, impugnando determinados preceptos del IV Convenio Colectivo del Sector de la Construcción (BOE de 17 de agosto de 2007) han interpuesto recursos de casación las dos organizaciones demandantes. Los recursos, con alguna ligera variación irrelevante, son idénticos en sus dos motivos. Hay que advertir también, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, la deficiente técnica de articulación del recurso en su primer motivo. En realidad, lo que se realiza, al amparo de este motivo, es una impugnación en bloque de una larga serie de preceptos del Convenio Colectivo bajo la cobertura de los preceptos genéricamente invocados en el encabezamiento

del motivo primero, que denuncia la infracción de los artículos 85.1 y 3.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 10.3 de la Ley 32/2006, sobre la subcontratación en el sector de la construcción y con los artículos 35.1 y 2 y 18 de la Constitución. Dice el Ministerio Fiscal que el escrito no se atiene a la técnica casacional, pues "se vuelven a reproducir los mismos argumentos jurídicos de la demanda y a mencionar párrafos de un artículo jurídico", sin que se ponga claramente de manifiesto la causa de impugnación.

SEGUNDO.- No obstante, en la medida en que esta impugnación del primer motivo pueda ser establecida con alguna claridad, la Sala procederá a dar respuesta a los recurrentes. Para ello comenzaremos precisando el esquema general de la impugnación. Las denuncias del primer motivo se refieren, como ya hemos dicho, de forma principal a los artículos 85.1 y 3.3 del Estatuto de los Trabajadores. Pero ambos artículos lo que establecen es la regla general de subordinación del convenio colectivo a la ley: respeto de los convenios colectivos a las normas estatales de derecho necesario (artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores) y obligado respeto a las leyes por los convenios colectivos (artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores). Parece entonces que los preceptos legales -en sentido amplio, también los constitucionales- no respetados serían el artículo 10.3 de la Ley 32/2006 y los artículos 35 y 18 de la Constitución.

Pero la alegación de la infracción del art. 10.3 de la Ley 32/2006 se utiliza para mantener no la existencia de una violación directa de este precepto, sino simplemente para sostener que esta norma no habilita legalmente al convenio colectivo para limitar el derecho al trabajo, lo que reconduce esa alegación a la correspondiente al artículo 35 de la Constitución.

No obstante, en el confuso desarrollo del motivo, la parte va estableciendo algunas consideraciones críticas que podrían implicar alguna denuncia directa del artículo 10 de la Ley 32/2006. Así, afirma que la implantación de la tarjeta profesional es ilegal por transformar un sistema de acreditación de los deberes preventivos del empresario en un sistema de acreditación profesional para los trabajadores. La afirmación carece de fundamento. Lo que se crea es una tarjeta profesional de la construcción, que es un documento que tiene la finalidad de "acreditar, entre otros datos, la formación específica del sector recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales" (artículo 160 del Convenio). Los titulares de esta tarjeta son los trabajadores, que podrán solicitarla o no (artículo 161 del Convenio) y que la mantienen en su poder. Pese a la confusión que puede derivarse del artículo 10.3 de la Ley 32/2006, que establece que "reglamentariamente o a través de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, se regulará la forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción", resulta claro que lo que regula el convenio no es la única forma de acreditación de la formación, sino sólo una forma de acreditación que puede realizarse por el trabajador y que queda a su disposición. El sistema regulado en el capítulo IV del Título I del Libro II del Convenio no afecta, por tanto, a la carga procesal de los empresarios de acreditar en su caso el



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

cumplimiento de sus obligaciones de formación en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 19 de la LPRL y artículo 10.1 de la Ley 32/2006); materia que, como es obvio, se rige por las reglas generales de la LEC sobre la distribución de la carga que no han sido alteradas por el Convenio.

La parte recurrente realiza también algunas alegaciones complementarias. La primera señala que la tarjeta profesional no satisface la deuda mínima exigible de seguridad, pues sólo acredita la "formación inicial" (artículo 160.a) del Convenio). Pero, aparte de que no es cierto, pues se acredita también "la formación de todo tipo recibida por su titular (apartado d) del mismo precepto), se vuelve a desconocer con esta alegación que no se está regulando el único sistema de acreditación de la formación, sino sólo una modalidad específica de acreditación y que tampoco se juzga la corrección técnica de esta regulación, sino únicamente su conformidad con el ordenamiento jurídico. La misma consideración lleva a rechazar la observación relativa a que la tarjeta no puede ser el instrumento idóneo para que las empresas acrediten el cumplimiento de sus obligaciones, pues no tiene por qué serlo. Se alega también la existencia de extralimitaciones en la regulación del Convenio, al contemplar la acreditación de extremos distintos a la formación profesional, como son los relativos a la categoría profesional y los contenidos formativos no vinculados a la prevención de riesgos, materias no contempladas en la habilitación del art. 10 de la Ley 32/2006. Pero, al regular la acreditación de estos datos, el convenio está dentro de la esfera propia de su competencia normativa conforme al art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores y no necesita una habilitación legal específica para ello, con independencia de las limitaciones aplicables a las que luego nos referiremos.

Hay que rechazar, por tanto, la denuncia de la infracción del artículo 10.3 de la Ley 32/2006.

TERCERO.- Debe examinarse ahora la denuncia de la vulneración del derecho al trabajo; denuncia que parte de la afirmación de que la tarjeta profesional no es un documento que se limite a acreditar el cumplimiento de las obligaciones de formación por parte del empresario, sino que se orienta a convertirse en un auténtico requisito de habilitación de la contratación y ello tanto porque crea una ventaja a favor de los ya formados en la prevención de riesgos del sector frente a los que carecen de esa formación, como porque la disposición transitoria cuarta del Convenio prevé expresamente su carácter exigible.

Una de las vertientes fundamentales del derecho al trabajo que consagra el artículo 35.1 de la Constitución es la que se refiere a la libertad de trabajo y a la libre elección de profesión u oficio; libertades que implican: 1º) que nadie puede ser obligado a realizar un determinado tipo de trabajo en contra de su voluntad y 2º) que no existen trabajos cerrados o reservados a determinadas personas o grupos de personas. Se expresa así un principio básico de la sociedad moderna, que rompe con los criterios de adscripción propios de la sociedad estamental, entre ellos, los de carácter gremial, en los que el empleo en una actividad quedaba monopolizado por los miembros del gremio. La única excepción a este principio general de libertad es la que se

deriva de la regulación de las profesiones tituladas a que se refiere el propio artículo 36 de la Constitución Española para el ejercicio de determinadas profesiones, en las que, por razones de interés general, puede exigirse una determinada titulación académica o profesional e incluso la colegiación en las correspondientes organizaciones corporativas. El establecimiento de este tipo de limitaciones a la libertad de trabajo ya no es propia de la negociación colectiva y está reservado a la Ley, debiendo además justificarse por razones de interés general (sentencia de la Sala de 3ª de este Tribunal de 19 de noviembre de 2007, que cita las SSTC 42/1986 y 142/1989). En este sentido nuestra jurisprudencia ha distinguido entre la exigencia de título como un requisito inexcusable para la realización de una actividad profesional que impide que puedan realizarse, aun accidentalmente, las funciones correspondientes, y las previsiones de los convenios colectivos sobre titulación en determinadas categorías; titulación que "no constituye elemento legal necesario para ejercitar una actividad laboral, sino que su imposición por convenio colectivo tiene el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada» (sentencia de 18 de marzo de 2003 y las que en ella se citan).

Pues bien, un examen de la regulación contenida en el capítulo IV, Título I, Libro II del Convenio no permite sostener que con carácter general estemos ante el establecimiento de una forma de habilitación de la contratación laboral que impida que sean contratadas las personas que no estén en posesión de la tarjeta profesional y, desde luego, nada se dice a este respecto en los artículos 14 a 18 del Convenio que regulan el ingreso en el trabajo y la contratación. La finalidad de la tarjeta se limita a acreditar la formación específica del sector en materia de prevención de riesgos y los datos a que se refiere el artículo 160 del Convenio; su solicitud es facultativa para el trabajador (artículos 161 y 162); no da ningún derecho exclusivo o preferente a la contratación (artículo 165 en relación con los artículos 14 a 18 del Convenio).

La parte recurrente argumenta que la posesión de la tarjeta crea, sin embargo una preferencia de hecho "al ser preferibles los ya formados en prevención frente a los que no poseen esos conocimientos", que tendrán que "adquirirlos por su cuenta y a costa de peores condiciones salariales". No hay ninguna base para esta afirmación de diferencia de trato en materia salarial. Pero sí es cierto que en materia de oportunidades de empleo quienes cuentan con una mayor formación en prevención pueden tener, a igualdad de las restantes circunstancias, una ventaja en las expectativas de empleo. Pero esto no es una consecuencia derivada de la tarjeta, que se limita a acreditar la formación, sino que es un efecto que obedece a las diferencias reales de posición competitiva en el mercado que se producen en función de las diferentes cualificaciones de los trabajadores; diferencias que no pueden eliminarse por la norma y que la norma no ha creado. Es cierto también que este sistema puede tener consecuencias negativas sobre las oportunidades de colocación de las personas en busca de empleo que no han tenido un trabajo previo en la construcción, pues el artículo 161 limita el acceso a la tarjeta a los trabajadores en activo -o en situaciones suspensivas equivalentes- y a los desempleados que tengan acreditados al menos treinta días de trabajo en el

sector. Pero también estamos en este caso ante un efecto inevitable que corresponde a la realidad, pues la tarjeta acredita la formación recibida en el sector y ésta sólo se obtiene por quienes han trabajado previamente en la actividad. Lo que podría plantearse es si un sistema de estas características puede ser financiado con fondos públicos, pero esta cuestión no se ha suscitado, aparte de que un convenio colectivo no puede crear obligaciones de financiación para terceros, como son las Administraciones públicas, y no las crea, pues el artículo 122 se limita a referirse a las subvenciones que se puedan obtener de las Administraciones públicas.

A diferentes conclusiones hay que llegar en relación con la disposición transitoria cuarta del Convenio. En ella se establece que "teniendo en cuenta el tamaño del sector y la obligación establecida en la Ley 32/2006, 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la construcción, las partes consideran imprescindible la obtención progresiva de la Tarjeta Profesional de la Construcción por parte de los trabajadores y su exigencia por parte de las empresas, proceso que se desarrollará a lo largo del período de vigencia del presente Convenio y que adquirirá carácter obligatorio a partir del 31 de diciembre del año 2011". Pese a la ambigüedad de la redacción y su presentación como una "consideración" de las partes hay que concluir que lo que se pretende con esta norma es que al menos a partir de 31 de diciembre de 2011, sea obligatoria la obtención de la tarjeta profesional y las empresas deberán exigirla. No se dice para qué será obligatoria la obtención y la exigencia, pero no cabe descartar, sino todo lo contrario, que esa obligatoriedad se proyecte sobre las contrataciones, pues no parece posible que la no obtención de la tarjeta profesional por el trabajador pueda determinar su despido o la pérdida de derechos en su relación laboral, aparte de que la extinción del contrato por esta causa también vulneraría preceptos legales de Derecho necesario y el propio derecho al trabajo. Desde esta perspectiva es claro que el convenio se ha excedido en su regulación. En primer lugar, porque la disposición examinada supone una limitación del derecho al trabajo que tendría que ser establecida por la ley en virtud de la reserva que consagra el artículo 53.1 de la Constitución, y la Ley 32/2006, como hemos visto, no contiene tal restricción, pues se limita a regular una forma de acreditación de la formación específica. No es invocable la doctrina de las SSTC 280 y 341/2006, porque, aparte de referirse a supuestos de jubilaciones forzosas, en los que hay compensaciones sociales a la pérdida de empleo, se trata de convenios que se dictaron con la necesaria habilitación legal al hallarse vigente la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores en su versión anterior a la derogación de la misma por el Real Decreto-Ley 5/2001. Por otra parte, la pretendida compensación del sacrificio en términos de la libertad de trabajo tampoco se produciría por una hipotética tutela de los derechos a la integridad, la salud y la seguridad en el trabajo, porque lo que aquí está en juego no es una medida material de prevención de riesgos, sino algo formal: la mera acreditación de la formación recibida en esta materia, lo que nunca podría compensar una restricción de la libertad de trabajo. Tampoco es posible argüir que la exigencia de que el trabajador acredite una formación preventiva se justifica por los objetivos de prevención cuando lo que se crea es un sistema cerrado de forma que sólo quienes han trabajado en la construcción pueden obtener la tarjeta, con lo que una persona que hubiere obtenido en el

sistema educativo una formación en materia de prevención no podría obtener la tarjeta si no hubiese sido previamente trabajador del sector. En segundo lugar, el efecto que se produciría como consecuencia de una norma como la contenida en la disposición transitoria cuarta sería el de una reserva de empleo, que, aparte de exigir ley para su establecimiento (artículo 17.2 del Estatuto de los Trabajadores), llevaría al absurdo de hacer imposible la contratación de quienes no han sido previamente trabajadores del sector de la construcción. En tercer lugar, es clara la falta de competencia del convenio colectivo para introducir esta regulación que afecta no a la mera acreditación de una formación laboral, sino a la creación en práctica de un título habilitante de la contratación, lo que no es materia propiamente laboral a efectos del artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Por todo ello, hay que estimar el recurso en este punto y anular la disposición transitoria cuarta del convenio.

CUARTO.- La denuncia del artículo 18.1 de la Constitución, que garantiza el derecho a la intimidad personal, se vincula: 1º) con la función de la tarjeta de acreditar que su titular ha sido sometido a los reconocimientos médicos previstos en el Convenio (artículo 160.c)) y 2º) con la aportación entre la documentación precisa para la obtención de la tarjeta profesional de los certificados relativos a los reconocimientos médicos expedidos por la entidad que los realizó (artículo 163.4.c)) y 3º) con la referencia en el modelo de solicitud al reconocimiento médico (Anexo V).

Dice la parte recurrente que incorporar esa información a la tarjeta profesional constituye una agresión al derecho a la intimidad de los trabajadores afectados. El derecho a la intimidad se ha definido por la doctrina constitucional como la garantía "de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"; es una garantía que "confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido". De ahí que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga "una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno" (STC 70/2009 y las que en ella se citan).

En consecuencia y en una primera aproximación, podría entenderse que no puede afectar a la intimidad personal una información que en el artículo 163.4 del Convenio tiene un carácter opcional, lo que significa que son los trabajadores los que deciden sobre la aportación de los datos médicos en cuestión. Pero lo cierto es que la información sobre la salud se configura en la legislación de protección de datos como un dato sensible que tiene un régimen especial de protección. Así, conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, esos datos "sólo podrán ser recabados, tratados y

cedidos cuando por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente". Por su parte, el art. 22 de la LPRL establece en su nº 2 que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. El nº 3 de este artículo prevé que "los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados", pero la comunicación a terceros está sometida a importantes limitaciones, pues, según el nº 4 del precepto citado, "el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador". El empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención sólo son "informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva".

Las previsiones del Convenio en esta materia, si se entienden referidas al contenido de los reconocimientos, no se ajustan a las exigencias derivadas del respeto a la intimidad y esta invasión de la intimidad no puede justificarse en el presente caso en el función del consentimiento del trabajador. En primer lugar, porque no hay ningún interés general que justifique el que se recaben estos reconocimientos médicos confidenciales, se hagan constar en una tarjeta profesional y se remitan a un organismo paritario -la Fundación Laboral Construcción- que no tiene una configuración técnico-sanitaria. La remisión de estos datos carece de interés en términos tanto sanitarios, como de prevención, pues lo importante es que los reconocimientos se realicen y que sus conclusiones se tengan en cuenta por el empresario y los órganos competentes en materia de prevención para adoptar las medidas de protección oportunas, lo que ninguna relación tiene con la remisión de esos reconocimientos a un organismo paritario sin ninguna finalidad específica en orden a la adopción de medidas preventivas en atención al contenido de los reconocimientos y muchos menos con la mera circulación de esa información en una tarjeta profesional. La única función a la que parece apuntar esa ruptura de la confidencialidad a través de la circulación de los reconocimientos sería el objetivo de evitar la repetición de los informes en caso de rotación (artículo 130.d) del Convenio), lo que es contrario a la doctrina de la STC 70/2009. En segundo lugar, porque el consentimiento del trabajador a la hora de proporcionar esta información puede verse perturbado por las consecuencias que la negativa a aportar los informes pueda tener sobre sus posibilidades de ser contratado a partir de la posible clasificación de los trabajadores distinguiendo entre quienes aportan los reconocimientos y los que no lo hacen.

Las consideraciones anteriores afectan lógicamente al contenido de los reconocimientos médicos, pero no al mero dato que se limita a constatar que éstos se han realizado sin aportar información sobre su contenido o



resultados. No es, por tanto, necesario anular las referencias que se contienen en el apartado c) del art. 160, en el apartado c) del número 4 del art. 163 y en el modelo de solicitud del Anexo V, siempre que se entienda que informan sobre la mera existencia de los reconocimientos sin constancia, registro, certificación o expresión de su contenido. Debe, sin embargo, anularse la mención contenida en el inciso final del art. 130.d), sobre las propuestas relativas a la forma de evitar la repetición de los reconocimientos de los trabajadores de alta rotación, porque para evitar esa repetición de los informes sería necesario el conocimiento de su contenido.

QUINTO.- Denuncia el segundo motivo la infracción de los artículos 83.2 y 84.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores por entender que el artículo 12.1.b) del IV Convenio Colectivo impugnado cuando declara las materias no negociables en ámbitos convencionales inferiores vulnera la regla de preferencia del convenio sectorial de ámbito inferior que establece el art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores y desconoce la relación de materias no negociables que relaciona el párrafo tercero de ese artículo.

El artículo 12 del convenio, bajo el título "articulación de la negociación colectiva" determina, en su número 1, los criterios en base a los que queda fijada esa articulación en el sector. Estos criterios son los siguientes:

"1º) Como regla general, las materias contenidas en el Convenio serán de preferente aplicación sobre cualesquiera otras disposiciones, salvo en aquellas en las que exista remisión a otros ámbitos de negociación. En estos supuestos habrá que estar al carácter, contenido y alcance con que esté contemplada la remisión.

2º) En aquellas materias en que así se establece expresamente, el presente Convenio tendrá carácter de norma exclusiva, en atención a su singular naturaleza. A estos efectos, las siguientes materias no podrán ser negociadas en ámbitos inferiores:

Periodo de prueba. Modalidades de contratación. Clasificación profesional. Movilidad geográfica. Régimen disciplinario. Seguridad y salud en el trabajo. Fundación Laboral de la Construcción. Programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad del sector de la construcción. La forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador referida a la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartito, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Diseño, ejecución y expedición de la Tarjeta Profesional de la Construcción".

En el número 2 del art. 12 se hace constar que "las representaciones sindicales y empresariales firmantes expresan su voluntad de que este Convenio General constituya referencia eficaz para establecer las relaciones laborales en todo el sector de la construcción. A tal fin propondrán que los ámbitos inferiores al estatal se remitan a este Convenio General en todas las



materias aquí reguladas, así como en calidad de derecho supletorio en el caso de que se alcancen convenios o acuerdos de ámbito supraempresarial, conformes con los términos y requisitos del art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores”.

Lo que viene a sostener la parte recurrente es que el precepto convencional ha ampliado ilegalmente la relación de materias no negociables en los convenios sectoriales del art. 84.3 del Estatuto de los Trabajadores, frente a lo que la sentencia de instancia razonó que tal ampliación venía autorizada por las reglas especiales de reserva a la negociación colectiva estatal que contiene la Ley 32/2006. En esta cuestión insiste el motivo con la denuncia a que se ha hecho referencia.

Para dar una adecuada respuesta al motivo es necesario comenzar precisando que el art. 12 del Convenio se dicta en el ejercicio de la facultad que el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores otorga a los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos suscritos por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas para articular la negociación colectiva en un determinado sector, estableciendo reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios, determinando los principios de complementariedad de las distintas unidades de negociación y fijando en su caso las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores. La articulación permitía modificar la regla general de concurrencia -la prioridad temporal del convenio- del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo nuevas fórmulas de concurrencia. Pero con la reforma de la Ley 11/1994 se estableció, en el número 2 de ese artículo, una regla a favor de los convenios sectoriales que permite, con un plus de legitimación, modificar las previsiones de los convenios de ámbito superior, aunque manteniendo como innegociables en caso de concurrencia determinadas materias que se relacionan en el número 3.

La doctrina de la Sala, a partir de la sentencia de 22 de septiembre de 1998, dictada en el convenio de la madera, ha venido declarando que “el párrafo segundo del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este art. 84” y además se ha precisado que “el mandato establecido en la referida disposición «no es disponible a través de los instrumentos contractuales» de ámbito superior, “siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional» y ello en atención a que “la redacción y las expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases «en todo caso» y «a pesar de lo establecido en el artículo anterior», dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales” (sentencia de 7 de noviembre de 2005 y las que en ella se citan).

No desconoce la sentencia recurrida esta doctrina ni los términos que en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores introdujo la reforma de 1994, pero señala que la solución del convenio está avalada por las reservas a favor del convenio estatal que contiene la regulación especial de la Ley 32/2006.

Para valorar si es así conviene tener en cuenta los siguientes puntos de las regulaciones a comparar:

1º) La delimitación de las materias no negociables en ámbitos inferiores en el art. 84. 3 del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere al periodo de prueba, las modalidades de contratación, los grupos profesionales, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de seguridad e higiene y la movilidad geográfica.

2º) La delimitación de las materias no negociables en el art. 12 del Convenio Colectivo en los términos reproducidos más arriba. Esta comparación pone relieve, según el recurso, la existencia de discrepancias en la materia de prevención de riesgos laborales, pues mientras que el art. 84.3 del Estatuto de los Trabajadores se refiere exclusivamente a "las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo", el convenio no contiene esa limitación a lo mínimo, sino que se refiere genéricamente a "la seguridad y salud en el trabajo" (1) y además menciona, dentro de esta materia, las siguientes: la Fundación Laboral de la Construcción (2), los programas formativos específicos de prevención en el sector (3), la forma de acreditación de la formación específica recibida (4), los sistemas de representación de los trabajadores para promover el cumplimiento de la normativa de prevención (5) y lo relativo a la tarjeta profesional de la construcción (6).

En resumen, la materia seguridad y salud en el trabajo se incluye en el convenio con una formulación distinta y más amplia que la que se contempla en el artículo 84.3 del Estatuto de los Trabajadores, y, por otra parte, ninguna de las materias relacionadas en los puntos 2 a 6 está incluida en el precepto legal citado.

Si examinamos ahora la regulación específica de la Ley 32/2006, comprobamos que:

1º) Según el art. 9.2 de la Ley 32/2006, por convenio colectivo sectorial de ámbito estatal podrán establecerse sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio. Esta competencia coincide con la que el convenio declara materia excluida para la negociación de ámbito inferior en el punto 5. La competencia podría ser, sin embargo, dudosa pues no se trata de una cláusula de atribución exclusiva de la competencia al convenio estatal, sino una simple habilitación a éste para abordar la regulación ("... podrán establecerse"), lo que en principio admite la concurrencia con convenios sectoriales de ámbito inferior. Pero no parece que

haya sido ésta la intención del precepto, pues la simple habilitación es innecesaria, ya que cualquier convenio colectivo puede abordar esa regulación en virtud del art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores. La norma sólo tiene sentido en orden a reservar esta competencia al convenio estatal para crear un sistema general en esta materia en todo el sector.

2º) El art. 10.2 de la Ley 32/2006 prevé que "en la negociación colectiva estatal del sector se podrán establecer programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad". La atribución de competencia cubre el punto 3 de la relación de materias excluidas a las unidades de negociación inferiores en el art. 12 del Convenio. Hay que reiterar lo ya dicho en relación con el empleo del término *podrán* que en este contexto debe entenderse como una reserva de competencia exclusiva a favor del convenio estatal.

3º) El art. 10.3.1º de la Ley 32/2006 dispone que "reglamentariamente o a través de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, se regulará la forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador referida a la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción". La redacción de la norma es aquí más clara y no deja lugar a dudas que estamos ante una reserva excluyente a favor del convenio estatal y que sólo se comparte con el reglamento estatal. La reserva cubre la declaración de materia exclusiva en el punto 4 en relación con la regulación de la forma de acreditar la formación específica.

4º) En el párrafo segundo del art. 10.3 de la Ley 32/2006 se aclara que el sistema de acreditación que se establezca podrá consistir en la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador, y se añade que ese sistema "será único y tendrá validez en el conjunto del sector, pudiendo atribuirse su diseño, ejecución y expedición a organismos paritarios creados en el ámbito de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, en coordinación con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo". En este precepto se da cobertura a las exclusiones de los puntos 6 (tarjeta profesional de la construcción) y 2 (Fundación Laboral de la Construcción) y a las correlativas reservas a favor de la regulación en un convenio de ámbito estatal.

Las habilitaciones anteriores han sido correctamente interpretadas por la sentencia recurrida. No cabe alegar frente a ella que esas habilitaciones tendrían que haberse instrumentado mediante una modificación del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores, porque, aparte de la libertad técnica del legislador para elegir la forma de la modificación, se trata de una regulación especial que no afecta a la subsistencia de la general. También es errónea la referencia a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, porque no estamos en este supuesto, sino en el de la ordenación de la concurrencia de convenios colectivos, aparte de que la competencia autonómica en materia laboral se refiere a la ejecución; no al desarrollo legislativo. Es ajeno además al presente debate la posible existencia de acuerdos colectivos concurrentes en esta materia, pues no estamos debatiendo un problema concreto de concurrencia entre convenios, sino la

impugnación del establecimiento de una regla general de articulación en un determinado convenio.

5º) Mientras que el art. 84.3 del Estatuto de los Trabajadores se refiere como materia excluida de la negociación colectiva en ámbitos inferiores a "las normas mínimas en materia de seguridad e higiene del trabajo", el art. 12 del Convenio se refiere de forma más amplia a "seguridad y salud en el trabajo" y aquí no hay una regulación específica de la Ley 32/2006 que ofrezca la necesaria cobertura. Sin embargo, es necesario hacer una precisión. La referencia a las normas mínimas surge en el marco de lo que la doctrina científica ha denominado relación de complementariedad en la concurrencia de normas; relación que se produce en la regulación de condiciones de trabajo cuando una norma mínima concurre con otra, estableciendo la primera un techo que sólo puede ser mejorado por la segunda, que tiene que ser necesariamente una norma más favorable. Esta relación de complementariedad está reconocida en el art. 2.2 de la LPRL cuando establece que las disposiciones de la propia LPRL y sus normas reglamentarias tienen carácter de Derecho necesario mínimo e indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas por la negociación colectiva. Lo mismo cabe decir de los convenios colectivos en caso de concurrencia autorizada conforme al art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, pues la norma mínima de un convenio estatal sectorial podrá ser mejorada por un convenio autonómico, provincial o por un convenio de empresa. Ahora bien, para que juegue la relación de complementariedad es necesario que exista una norma mínima que pueda ser mejorada. Pero eso no ocurre en todos los casos pues hay materias en que no pueden ser objeto de mejora en otros niveles de negociación, pues no admiten una comparación en términos de mejora, como ocurre con las normas organizativas o las administrativas, que, a diferencia de lo que sucede con las normas que establecen niveles de protección, no son valorables en términos de mejora. Con todo, en materia de prevención de riesgos siempre existe un espacio para la complementariedad y en este sentido, puede entenderse que la exclusión de la negociación que efectúa el art. 12.1.b) respecto a la negociación en ámbitos inferiores es contraria al art. 84.3 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto impide que en las unidades de negociación inferiores se pacten medidas de prevención que mejoren los niveles de protección de riesgos establecidos en el ámbito nacional.

Por otra parte y frente a lo que se afirma de contrario, la parte recurrente no tiene por qué identificar las normas del convenio impugnado que no tienen carácter de mínimas; basta para fundar suficientemente su pretensión con lo que ha alegado, es decir, que con la formulación del punto 6 del art. 12.1.b) se priva a los convenios sectoriales de ámbito inferior de la posibilidad de mejorar a las normas mínimas del convenio estatal, cualquiera que sean éstas. También es importante aclarar, frente a las objeciones de la Confederación Nacional de la Construcción, que no se han impugnado las normas de salud y seguridad del Convenio -los artículos 171 a 240-, alegando que no son normas mínimas. La impugnación se ha limitado a establecer que, al excluir de forma total las regulaciones de las unidades de negociación inferiores en esta materia, se priva a esas unidades, sin la necesaria cobertura legal, de la posibilidad de mejorar la regulación del convenio estatal. Se trata

de un planteamiento jurídico que no puede obviarse con consideraciones de conveniencia en orden a la superioridad de la regulación del convenio estatal.

Con este alcance ha estimarse el motivo para de anular la mencionada exclusión.

SEXTO.- Procede, por tanto, estimar los recursos para casar la sentencia recurrida y, con estimación parcial de la demanda, anular los preceptos a que se ha hecho referencia en los anteriores fundamentos. De acuerdo con el art. 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no procede la imposición de costas. Debe ordenarse la correspondiente comunicación a la autoridad laboral a los efectos previstos en el art. 164 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos los recursos de casación interpuestos por la CONFEDERACION SINDICAL ELA-STV y la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALLEGA (CIG), contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 13 de febrero de 2009, en autos nº185/2008, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la FEDERACION ESTATAL DE LA CONSTRUCCION, MADERA Y AFINES DE CC.OO. (FECOMA CC.OO.), FEDERACION ESTATAL DEL METAL, CONSTRUCCION Y AFINES DE UGT (MCA-UGT), CONFEDERACION NACIONAL DE LA CONSTRUCCION (CNC), FEDERACION DE LA CONSTRUCCION Y MADERA DE LA CONFEDERACION INTERSINDICAL GALLEGA (FCM-CIG) y el MINISTERIO FISCAL, sobre impugnación de convenio colectivo. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, anulando sus pronunciamientos y, con estimación parcial de la demanda, declaramos la nulidad de los siguientes preceptos del IV Convenio Colectivo del Sector de la Construcción (BOE de 17 de agosto de 2007):

1º) El punto sexto, "Seguridad y salud en el trabajo", del apartado b) del número 1 del artículo 12.

2º) La referencia a la propuesta en materia de reconocimientos médicos que a título de ejemplo se contiene en el apartado d) del art. 130.

3º) La disposición transitoria cuarta.

Las referencias a los reconocimientos médicos que se contienen en el apartado c) del artículo 160, en el apartado c) del número 4 del artículo 163 y en el Anexo V no son nulas, siempre que entienda que afectan a la mera existencia de los reconocimientos sin constancia, registro, certificación o expresión de su contenido.



Desestimamos las restantes pretensiones de la demanda en cuanto excedan de la anterior declaración.

De la presente sentencia se remitirá copia certificada a la Autoridad Laboral (Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría General de Empleo, Dirección General de Trabajo) a los efectos previstos en el art. 164 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.