

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO Y EVA GARRIDO PÉREZ
(DIRECTORAS)

ANA MARÍA CHOCRÓN GIRÁLDEZ, M^a DOLORES RAMÍREZ BENDALA,
E. MACARENA SIERRA BENÍTEZ Y M^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN
(COORDINADORAS)

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA ENCRUCIJADA: RETOS PARA LA DISCIPLINA LABORAL

AUTORES

Antonio Álvarez Del Cuvillo
Alberto Ayala Sánchez
Miguel Basterra Hernández
Aida Beltrán Adell
M^a Inmaculada Benavente Torres
Francisca Bernal Santamaría
David Carvalho Martins
Justo Corti Varela
Carmen Ferradans Caramés
Carolina Gala Durán
M. Belén García Romero
Daniel García San José
Thais Guerrero Padrón
María Teresa Igartua Miró
Djamil Tony Kahale Carrillo
Ramón López Fuentes
Fernando H. Llano Alonso
Belén Del Mar López Insua
Miren Edurne López Rubia

Juan Pablo Maldonado Montoya
Inmaculada Marín Alonso
Carlota Moreno Acuña
Fernando Moreno De Vega y Lomo
Natalia Ordóñez Pascua
Francisca Orihuela Gallardo
Patricia Prieto Padín
María Isabel Ribes Moreno
Mar Ridaura López
María José Rodríguez Crespo
Guillermo Rodríguez Iniesta
Victoria Rodríguez-Rico Roldán
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Alfonso Sanz Clavijo
Esperanza Macarena Sierra Benítez
Carmen Solís Prieto
Luis Ángel Triguero Martínez
Araceli Vallecillo Orellana
M^a Teresa Velasco Portero

Con la colaboración de:



El presente libro se enmarca dentro de las actividades científicas del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídicas Para Reducir el Gasto Social” DER2012-32111 y de la Red de Excelencia “Coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica” DER2015-69364, dirigidos por la Prof.^a Sánchez-Rodas Navarro.

Cristina Sánchez-Rodas Navarro y Eva Garrido Pérez
(Directoras)

Ana María Chocrón Giráldez, M^a Dolores Ramírez Bendala,
E. Macarena Sierra Benítez y M^a José Cervilla Garzón
(Coordinadoras)

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA ENCRUCIJADA: RETOS PARA LA DISCIPLINA LABORAL

*Antonio Álvarez Del Cuvillo
Alberto Ayala Sánchez
Miguel Basterra Hernández
Aida Beltrán Adell
M^a Inmaculada Benavente Torres
Francisca Bernal Santamaría
David Carvalho Martins
Justo Corti Varela
Carmen Ferradans Caramés
Carolina Gala Durán
M. Belén García Romero
Daniel García San José
Thais Guerrero Padrón
María Teresa Igartua Miró
Djamil Tony Kahale Carrillo
Ramón López Fuentes
Fernando H. Llano Alonso
Belén Del Mar López Insua
Miren Edurne López Rubia*

*Juan Pablo Maldonado Montoya
Inmaculada Marín Alonso
Carlota Moreno Acuña
Fernando Moreno De Vega y Lomo
Natalia Ordóñez Pascua
Francisca Orihuela Gallardo
Patricia Prieto Padín
María Isabel Ribes Moreno
Mar Ridaura López
María José Rodríguez Crespo
Guillermo Rodríguez Iniesta
Victoria Rodríguez-Rico Roldán
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Alfonso Sanz Clavijo
Esperanza Macarena Sierra Benítez
Carmen Solís Prieto
Luis Ángel Triguero Martínez
Araceli Vallecillo Orellana
M^a Teresa Velasco Portero*



Ediciones Laborum

Francisco Ortiz Castillo
Director editorial

Comité científico:

Antonio Ojeda Avilés
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Carlos García de Cortázar y Nebreda
*Subdirector general de Asuntos Sociales, Educativos, Culturales, Sanidad, Consumo y Deportes.
Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación*

Miguel Cardenal Carro
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Andrés Rodríguez Benot
Catedrático de Derecho Internacional Privado

Daniel I. García San José
Profesor Titular de Derecho Internacional Público

1.ª Edición Ediciones Laborum S.L. 2015
Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2015
Copyright © del texto, sus respectivos autores, 2015

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISBN: 978-84-92602-99-5
Depósito Legal: MU 1453-2015

Impreso en España - Printed in Spain

*Al Prof. Dr. D. Francisco Ortiz Castillo,
por su respaldo a la divulgación científica
en el ámbito de las Ciencias Jurídicas*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	11
--------------------------	-----------

PANEL I. REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL Y “CRISIS” DEL ESTADO DEL BIENESTAR

Capítulo I. Sinopsis de las últimas reformas legislativas en el ámbito de la Seguridad Social.....	13
---	-----------

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Capítulo II. Hacia una Desregulación Jurídica del Derecho de Seguridad Social.....	33
---	-----------

FERNANDO MORENO DE VEGA Y LOMO

Capítulo III. El impacto de las últimas reformas de la jubilación en el fomento de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión.....	47
--	-----------

CAROLINA GALA DURÁN

Capítulo IV. Papel de las Mutuas a la luz de su nueva ley y la reestructuración de las mismas.....	67
---	-----------

RAMÓN LÓPEZ FUENTES.

Capítulo V. Conciliación de la vida laboral, personal y familiar <i>versus</i> Seguridad Social en el marco de una política coherente de bienestar social.....	79
---	-----------

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Capítulo VI. Las Responsabilidades Familiares ante el Sistema de Protección Social: Desafíos y Respuestas	93
--	-----------

M. BELÉN GARCÍA ROMERO

Capítulo VII. La reforma del subsidio parental en Alemania, una acertada medida de igualdad de género	117
--	------------

M^a TERESA VELASCO PORTERO

PANEL II. DEL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL 883/2004 AL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Capítulo VIII. La Propuesta de Seguro de Desempleo Europeo. Estado de la Cuestión	127
--	------------

JUSTO CORTI VARELA

Capítulo IX. Alcance y Articulación del Principio de Igualdad de Trato Respecto de las Prestaciones de Asistencia Social	137
---	------------

THAIS GUERRERO PADRÓN

Capítulo X. La Problemática Derivada de la Aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004, y del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social al personal que presta servicios a bordo de buques	151
---	------------

MARÍA ISABEL RIBES MORENO

Capítulo XI. Las obligaciones y responsabilidades del armador en los instrumentos supranacionales	167
<i>FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA</i>	
Capítulo XII. Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social	181
<i>CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO</i>	
PANEL III. REFORMAS LEGISLATIVAS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN DERECHO DEL TRABAJO ¿BUENAS PRÁCTICAS JURÍDICAS?	
Capítulo XIII. Los Derechos Fundamentales Inespecíficos: Líneas de Tendencia Recientes en la Doctrina del Tribunal Constitucional.....	191
<i>MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ</i>	
Capítulo XIV. Análisis y valoración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores	209
<i>CARMEN FERRADANS CARAMÉS</i>	
Capítulo XV. Problemas legislativos en materia de ordenación del tiempo de trabajo: Una comparativa con el modelo italiano	223
<i>MIGUEL BASTERRA HERNÁNDEZ</i>	
Capítulo XVI. La supresión del cumplimiento del servicio militar como causa de suspensión del contrato de trabajo (¿se ha olvidado el legislador del derecho a la libre circulación en Europa?)	233
<i>PATRICIA PRIETO PADÍN</i>	
Capítulo XVII. Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral.....	247
<i>ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ</i>	
Capítulo XVIII. Problemática y Consecuencias Jurídico-Laborales Derivadas de la Colaboración en Tareas Docentes por Parte de los Ayudantes.....	261
<i>CARMEN SOLÍS PRIETO</i>	
Capítulo XIX. Evolución normativa y jurisprudencial en la consideración del empleado público. Especial referencia al empleado público laboral	271
<i>ARACELI VALLECILLO ORELLANA</i>	
Capítulo XX. La conversión de contratos temporales en indefinidos no fijos en las administraciones públicas. Viejos y nuevos supuestos	287
<i>INMACULADA MARÍN ALONSO</i>	
Capítulo XXI. Conocimiento y eficacia de los derechos a la reducción de jornada por motivos de conciliación	295
<i>MAR RIDAURA LÓPEZ</i>	
Capítulo XXII. El acoso laboral desde la óptica jurisprudencial.....	309
<i>DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO</i>	
Capítulo XXIII. La construcción jurisprudencial del concepto de la causa económica en el despido colectivo objetivo en el sector público.....	331
<i>CARLOTA MORENO ACUÑA</i>	

Capítulo XXIV. Extinción por causas objetivas y buenas prácticas sobre la carta de despido: criterio jurisprudencial.....	341
<i>LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ</i>	
Capítulo XXV. Breve Estudio Jurisprudencial sobre la Transgresión de la Buena Fe Contractual como Causa de Despido Disciplinario.....	353
<i>ALBERTO AYALA SÁNCHEZ</i>	
Capítulo XXVI. El sistema portugués de garantía de las compensaciones en caso de extinción del contrato de trabajo	365
<i>DAVID CARVALHO MARTINS</i>	
Capítulo XXVII. Implementación de la garantía juvenil en Castilla y León a la luz de las Directrices Europeas	381
<i>NATALIA ORDÓÑEZ PASCUA</i>	
Capítulo XXVIII. Los mecanismos de aplicación del convenio colectivo.....	395
<i>M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES</i>	
Capítulo XXIX. La Falta, o no, de la Integración de la Perspectiva de Género en los Criterios de Clasificación Profesional de los Convenios Colectivos más Representativos del Sector de la Industria.....	407
<i>AIDA BELTRÁN ADELL</i>	
Capítulo XXX. La conveniencia de considerar “lo tributario” en la negociación colectiva: la evitable y desventajosa fiscalidad de ciertas retribuciones previstas en convenios colectivos	423
<i>ALFONSO SANZ CLAVIJO</i>	
Capítulo XXXI. La desprotección frente a los riesgos psicosociales en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social	435
<i>MIREN EDURNE LÓPEZ RUBIA</i>	
PANEL IV. INNOVACIÓN DOCENTE Y PROMOCIÓN PROFESIONAL	
Capítulo XXXII. Auge y caída del Plan Bolonia	447
<i>DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ</i>	
Capítulo XXXIII. La precariedad de las asignaturas propedéuticas en el EEES.....	459
<i>FERNANDO H. LLANO ALONSO</i>	
Capítulo XXXIV. Limitaciones del contexto y prioridades de aprendizaje en la organización de juicios simulados como herramienta docente	465
<i>ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO</i>	
Capítulo XXXV. Innovación docente y actividades de interacción teórico-práctica en la disciplina laboral	479
<i>VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN</i>	
Capítulo XXXVI. Innovación Docente: Elemento Clave En La Mejora De La Calidad De La Enseñanza De Las Universidades Y Su Repercusión En La Carrera Profesional Del Docente Universitario.....	487
<i>MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO</i>	

Capítulo XXXVII. Mujeres y Emprendimiento Universitario.....499

FRANCISCA ORIHUELA GALLARDO

Capítulo XXXVIII. Clasificación y Promoción Profesional del Profesorado de Universidades de Titularidad Privada.....511

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA

PRESENTACIÓN

El presente libro se enmarca dentro de las actividades científicas del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídicas Para Reducir el Gasto Social” DER2012-32111 y de la Red de Excelencia “Coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica” DER2015-69364-REDT.

Ambos proyectos, de temática diferente pero complementaria, tienen entre sus objetivos la investigación y conocimiento de la normativa y jurisprudencia en el ámbito del Derecho del Trabajo y Seguridad Social tanto a nivel nacional como de la Unión Europea.

Otra de sus metas es fomentar la divulgación de los resultados obtenidos por el equipo investigador a través de monografías como la presente –financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad– y que a fin de resultar accesible a todos los operadores jurídicos interesados, es posible descargarla gratuitamente a través de internet. De esta manera se garantiza la transferencia a la sociedad de los avances en el estado del Derecho y la jurisprudencia.

La investigación de calidad precisa del establecimiento de sinergias entre investigadores de distintas universidades y disciplinas, es por ello motivo de orgullo que muchos investigadores ajenos al equipo de investigación se hayan sentidos atraídos por estos proyectos y hayan querido sumarse a esta monografía aportando sus valiosas contribuciones.

Especial mención merecen las coordinadoras de este libro, las profesoras Chocrón Giráldez, Ramírez Bendala, Sierra Benítez y Cervilla Garzón, por la eficacia con la que han desarrollado su cometido.

Y por último, pero no menos importante, hay que agradecer a la editorial Laborum S.L. la confianza depositada y su generosidad al autorizar el acceso on line al contenido íntegro de esta obra.

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Sevilla, 31 de diciembre de 2015

PANEL I. REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL Y “CRISIS” DEL ESTADO DEL BIENESTAR

Capítulo I. Sinopsis de las últimas reformas legislativas en el ámbito de la Seguridad Social

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado (supl.) Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

Resumen

Aparentemente del año 2015 lo que nos llama la atención es la publicación de un nuevo texto refundido, el tercero. Con independencia de la relevancia que quepa dar a ello y que un análisis detallado del mismo nos lleva a dudar de si estamos ante un simple texto refundido o se ha ido más allá, lo cierto es que las reformas llevadas a cabo en el sistema de Seguridad Social han sido muy importantes afectando a los sujetos de las relaciones jurídicas y a las relaciones jurídicas de afiliación, cotización-recaudación y de protección.

Abstract

2015 Apparently what catches our attention is the publication of a new revised text, the third. Regardless of the relevance fit to give it and that a detailed analysis leads us to the question of whether this is a single consolidated text or gone beyond, the fact is that the reforms in the system Social security have been important subjects affecting legal relations and legal relations affiliation, quote - collection and protection

1. Introducción

Es habitual hacer referencia a determinado año como “*marca*” o signo distintivo de una reforma legislativa de gran calado en el ámbito de la Seguridad Social. Y así, por citar algunos ejemplos y sin ánimo de ser exhaustivo, cuando se habla del año 1985 fácilmente se identifica con la reforma operada en dicho año por la Ley 26/1985, 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, más conocida como la “*Ley de reforma de las pensiones*”, que afectaba también a la reestructuración de los regímenes especiales que integraban el sistema y a las prestaciones familiares¹. O si hablamos del año 1990 nos encontramos con la Ley 26/1990, de 20 diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, también denominada “*Ley de Pensiones no Contributivas*” y que introducirá además importantes reformas en el ámbito de las prestaciones familiares². El año 1986 será el año de la atención sanitaria aprobándose la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de la que luego derivará –entre otras medidas– la ampliación de la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos en 1989 por RD 1088/1989, de 8 de septiembre. El año 1994 sería el año del segundo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RD-legislativo 1/1994, de 20 de junio y de una importante reforma en el régimen jurídico de las

¹ Véase su desarrollo reglamentario posterior en RD 1799/1995, de 2 octubre; RD 2621/1986, de 24 diciembre y OO. 20-7 y 30-11/1987; y RD 2364/1986, de 18 diciembre.

² Véase su desarrollo reglamentario en RR.DD 356 y 357/1991, de 15 de marzo.

incapacidades laborales llevada a cabo por la Ley 42/1994, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social³. En el año 1997 se promulgará la importante reforma llevada a cabo por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, con importantes novedades que afectaban a la separación de las fuentes de financiación, constitución de reservas, tope máximo de cotización, pensiones de jubilación, incapacidad permanente, supervivencia y favorecimiento de la permanencia en activo del trabajador⁴.

Por su parte la Ley 45/2002, de 12 diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, revisará con profundidad el régimen jurídico de esta prestación. El año 2003 nos traerá la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social⁵. Aunque no es una materia específica de Seguridad Social el año 2006 nos dejará la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Por su parte el año 2007 será el de las reformas llevadas a cabo por la Ley 40/2007, de 4 diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, con importantes novedades en las prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia. Si se habla del año 2011, nos vendrá a la memoria la Ley 27/2011, de 1 agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que introducirá importantísimas reformas (jubilación, protección familiar, viudedad, etc.) todavía pendientes algunas de su implantación y otras con entrada en vigor parcial. El año 2013, será el conocido como el “*Factor de Sostenibilidad e Índice de Revalorización*”, introducido por la Ley 23/2013, de 23 diciembre.

¿Y qué pasa si hablamos de 2015? Pues parece que ha sido un año anodino y que lo único digno de mención sería el nuevo texto refundido de la LGSS aprobado por RD-legislativo 8/2015, 30 octubre, cuya entrada en vigor se ha fijado para el 2 de enero de 2016. Normalmente la promulgación de un nuevo texto de la LGSS poco va a llamar la atención por presuponer precisamente eso, que estamos ante un simple texto refundido, es decir, una modalidad de norma jurídica en la que se refunden otras de igual rango que han sido dictadas de forma aislada y sucesiva y regulan una misma materia. Siendo su objeto, simplemente, facilitar el conocimiento de la regulación de la materia refundida ya que llevará consigo la derogación de las normas refundidas.

Sin embargo, si analizamos con detenimiento la producción legislativa en el último año (entre finales de 2014 y de 2015), veremos que no es así y que nuestro sistema de Seguridad Social ha sido objeto de profundas reformas que han afectado a los sujetos de las relaciones jurídicas de Seguridad Social y a las relaciones jurídicas de afiliación, cotización y de protección. Junto a ello, mención aparte, la atención hay que ponerla en el nuevo texto refundido pues una lectura atenta del mismo nos puede sugerir que el legislador ha ido más allá de una simple refundición de disposiciones legales. A dar cuenta resumida de estas reformas obedece este estudio.

³ Su desarrollo reglamentario se llevaría a cabo por RD 1300/1995, de 21 julio.

⁴ Véase el RD 1647/1997, de 31 de octubre.

⁵ Véase el RD 337/2004, de 27 de febrero.

2. Las reformas relativas a los sujetos de las relaciones jurídicas de Seguridad Social

Aquí debe traerse a colación la reforma del marco jurídico de las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social introducida por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, que modifica el texto refundido de la LGSS/1994 en relación con el régimen jurídico de las “*Mutuas de Accidente de Trabajo y de Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social*”. Se trata de una reforma importante cuyos aspectos más relevantes a destacar fueron⁶:

- a) El articulado de la LGSS (arts. 68 a 76) relativo a las Mutuas es sustituido en su totalidad por los recogidos en la Ley 35/2014.
- b) Un cambio en su denominación, ahora se les llamará Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.
- c) Se define la naturaleza jurídica de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, así como las funciones que las mismas desarrollan en colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a quien corresponde su titularidad. Asimismo, se detallan las diferentes contingencias o prestaciones que gestionan, en concordancia con el artículo 72 de la LGSS, que las distribuye en función de la clase de vínculo con la Mutua, convenio de asociación o documento de adhesión.
- d) Aclarar que todas las prestaciones y servicios que las Mutuas dispensan son prestaciones y servicios de la Seguridad Social y, por tanto, sujetos al régimen jurídico de aplicación común. Asimismo, se establece que la prestación de asistencia sanitaria deriva de la cobertura de las contingencias profesionales y que se trata, por tanto, de una prestación contributiva, previstas con tal carácter en el texto refundido de LGSS. También se especificarán las actividades preventivas de Seguridad Social a favor de los empresarios asociados y de los trabajadores autónomos adheridos que protejan las contingencias profesionales, entre las que se incluyen las actividades de asesoramiento a las empresas asociadas al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores que hayan sufrido una incapacidad sobrevenida.
- e) La concreción expresa de que será el orden social de la jurisdicción el que conozca controversias que se susciten en el conocimiento de las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones de la Seguridad Social, incluidas las asistenciales, o se fundamenten en la gestión de las mismas, como son las de carácter indemnizatorio.
- f) Se articulará la participación de los agentes sociales a través de las Comisiones de Control y Seguimiento, a las que se incorpora una representación de las asociaciones profesionales de los trabajadores autónomos, quizás por la relevancia de estos trabajadores como sujetos protegidos por las Mutuas.
- g) Se avanza en facilitar el aprovechamiento de los centros asistenciales adscritos a las Mutuas, facilitando su utilización por los Servicios Públicos de Salud, por las Entidades Gestoras y por otras Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. A tal efecto se establece que dichos ingresos generarán crédito en el presupuesto

⁶ La ley contiene además seis disposiciones adicionales, seis transitorias, una derogatoria y seis finales. Entre las mismas destacan la disposición final primera, que modifica el artículo 32 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y la disposición final segunda, que modifica la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

- de gastos de la Mutua que preste el servicio, en los conceptos correspondientes a los gastos de la misma naturaleza.
- h) Se regula el resultado económico y las reservas a constituir con al mismo. Se establece la obligación de limitar, con un nivel máximo de cobertura, tanto la dotación de la reserva de estabilización de las contingencias profesionales como la correspondiente a la reserva de estabilización por cese de actividad de los trabajadores autónomos y se mantiene la limitación existente en la reserva de estabilización ahora denominada de contingencias comunes. Se concretará el destino del excedente resultante para cada una de las contingencias una vez descontadas las reservas correspondientes.
 - i) Y se norman las medidas cautelares, su contenido y efectos, las causas que originan la responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados y su forma de exigirse, así como las causas de disolución y liquidación de las Mutuas y los procedimientos correspondientes.
 - j) También la Ley 35/2014, vendrá a modificar la disposición adicional undécima del texto refundido de la LGSS, que regula las particularidades de la gestión por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social en la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

3. Las reformas afectantes a la relación jurídica cotización y sus efectos indirectos en las de afiliación

Las reformas que han afectado a las relaciones jurídicas de afiliación y cotización vienen derivadas de las importantes novedades introducidas en la determinación de la base de cotización (BC), derivadas de la reforma del art. 109 de la LGSS y consecuentemente luego en su concreción reglamentaria en el art. 23 del RD 2064/1995, de 22 diciembre, que aprueba el Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RCL). Se trata en definitiva de las reformas llevadas a cabo por El RD-ley 16/2013, RD 637/2014 en el ámbito de la BC y de la Ley 34/2014, de 26 de septiembre, en el sistema de liquidación de cuotas.

3.1. Los ajustes en la cotización

La reforma del art. 23 del RCL es consecuencia de la modificación llevada a cabo por el RD-ley 16/2013, 20 diciembre, en el art. 109 de la LGSS. Su finalidad no es otra, tal y como la misma anuncia la de *“conseguir la sostenibilidad del sistema”*. Y ello buscará conseguirlo mediante: a) El incremento en la recaudación; y b) Derivación de los incentivos económicos a determinadas iniciativas empresariales al terreno fiscal.

El apartado 1º del art. 109 LGSS mantendrá prácticamente su anterior redacción salvo la indicación expresa de que dentro de la BC quedan incluidas las percepciones en especie.

Mientras que la reforma de mayor calado estará recogida en el apartado 2º del art. 109 de la LGSS destinado a recoger las excepciones a la integración en la base de cotización, viniendo a reducir al mínimo las percepciones exentas de la obligación de cotizar. Se pasará de un sistema en que la mayoría de las percepciones de carácter extra-salarial quedaban exentas de cotizar a otro en que prácticamente todas están sujetas a la obligación de cotizar.

Y finalmente el apartado 3º del art. 109 de la LGSS establecerá una obligación de comunicar a la TGSS en cada período de liquidación todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores con independencia de su inclusión o no en la BC. Con la clara finalidad de facilitar el control por parte de la TGSS y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El ajuste del art. 23 del RCL a la reforma introducida por el RD-ley 16/2013, se llevará a cabo por RD 637/2014, 25 julio. El nuevo marco jurídico de la cotización se caracterizará por lo siguiente:

A) En general: La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, está constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena, teniendo en cuenta que las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratean a lo largo de los doce meses del año; de igual modo, las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral se han de cotizar, a través de una liquidación complementaria a la del mes de la extinción del contrato. Si bien con la excepción de que no computan en la BC los conceptos de que se reflejan en el número 2 del art. 109 LGSS y en la forma que allí se indica.

B) Retribuciones o percepciones en especie y su integración en la BC. Se definirá que se entiende por ello *“La utilización, el consumo o la obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado”*. Y se fijarán unas reglas para su valoración partiendo de una general el coste medio que suponga para el empresario la entrega del bien, derecho o servicio objeto de percepción⁷.

C) Una modificación afectante a conceptos retributivos que estaban excluidos de la BC y que ahora pasarán a integrarse en ella: pluses de transporte urbano y de distancia; mejoras en las prestaciones de la Seguridad Social; asignaciones asistenciales (entregas de productos a precios rebajados, cheques comedor, etc.); y donaciones promocionales.

D) Y unos ajustes en determinadas percepciones excluidas tradicionalmente de la BC y que se mantienen con algunas matizaciones como: gastos de manutención y estancia, locomoción y ayudas a estudios.

3.2. Las reformas del proceso de liquidación de cuotas a la Seguridad Social

Hasta la reforma de 2014 en el proceso de liquidación de cuotas cabía distinguir dos sistemas.

- a) Uno caracterizado por la autoliquidación del sujeto responsable, aplicando las bases y tipos de cotización vigentes a la fecha a la que correspondiesen las cotizaciones, así como los importes de las prestaciones realizadas en régimen de

⁷ Y unas reglas especiales para las percepciones que se refieran a: servicios de educación, uso de vivienda y préstamos concedidos por el empresario.

pago delegado y las reducciones y/o bonificaciones a que se tenga derecho. Todo ello tenía su reflejo documental en los denominados boletines de cotización que eran remitidos a la TGSS vía sistema RED. Con posterioridad el servicio común procedía a su control y verificación.

- b) Un sistema singular de cálculo y determinación previo por parte de la TGSS de las cuotas de determinados colectivos y su remisión para cargo bancario en las cuentas designadas por estos.

El nuevo sistema que se implanta por la Ley 34/2014, 26 de diciembre, se caracteriza por una facturación directa por la TGSS y por un cálculo individualizado de la cotización correspondiente a cada trabajador. El nuevo sistema presenta las siguientes novedades:

- a) El cálculo y determinación de la cuantía de la cotización correspondiente a cada trabajador corre a cargo de la TGSS, que la determinará en función de la información obrante en su poder y de la que el sujeto responsable le facilite.
- b) Aparentemente supone simplificar el cumplimiento de la obligación de cotizar, suprimiéndose la duplicidad existente en la aportación de datos a la Seguridad Social por los empresarios de modo que solo han de comunicarse a la TGSS aquellos datos de los que no disponga este Servicio Común, y que resulten imprescindibles para efectuar la liquidación.
- c) Un mejor control de la aplicación de los beneficios en la cotización y de las compensaciones por pago delegado.
- d) Pretende una mayor calidad y seguridad en la información utilizada, dado que tendrá que contrastarse y conciliarse, con anterioridad a su cálculo, con los datos obrantes en la TGSS y con los facilitados por el sujeto responsable.

Por otro lado la reforma en gestión liquidatoria introducida por la Ley 34/2014, tenía un efecto indirecto que era la necesidad de ajustar a ella determinados aspectos de la LGSS y del RD-Legislativo 5/2000, de 4 agosto, texto refundido de la Ley de Infracciones en el Orden Social (LISOS). De aquí las reformas de:

- a) La gestión recaudatoria. Y así se modificaran los arts. 20, 27, 30, 31, 32 y 36 de la LGSS, relativos a los aplazamientos, recargos por ingresos fuera de plazo, reclamaciones de deudas, liquidación de cuotas, determinación de deudas por cuotas, deber de información por entidades financieras, funcionarios públicos y profesionales oficiales.
- b) Las normas comunes a las entidades gestoras y servicios comunes. Como la obligación de suministro de información a las entidades gestoras de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Dándose en consecuencia una nueva redacción al art. 66 bis de la LGSS.
- c) Los procedimientos administrativos de determinadas prestaciones como la de desempleo (Disp. Ad. 46 LGSS); notificaciones por medios electrónicos, informáticos o telemáticos (Disp. Ad. 59 LGSS).
- d) Y la LISOS, modificando diversos preceptos de la misma: arts. 21, 22, 23, 39 y 50.

3.3. Los efectos colaterales de la Ley 34/2014, de 26 diciembre

La aplicación del nuevo sistema de liquidación directa de cuotas a Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta obligará a una adaptación de varios

reglamentos que sería llevada a cabo por el RD 708/2015, de 24 de julio. Los reglamentos afectados fueron:

- a) Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y sus variaciones aprobado por RD 85/1996, de 26 de enero (RAAB). Las modificaciones afectaron a los arts. 11, 17, 18, 20, 32, 35, 37, 48, 52, 59 y 61.
- b) Reglamento General sobre cotización liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre (RCL). Las modificaciones afectaron a los arts. 9, 15, 16, 17, 18, 19, 29, 31, 32, 33, 45, 52, 55, 65, 77, 91 y DA. 2ª.
- c) Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio. Las modificaciones afectaron a los arts. 1, 6, 9, 10, 13, 25, 36, 54, 58, 59, 60, 62, 65, 85, 87, 117 y 122.
- d) Reglamento de Gestión Financiera de la Seguridad Social, aprobado por RD 1391/1995, de 4 agosto. Las modificaciones afectan al art. 7 e introduce una DT única.

4. Las reformas en la acción protectora de la Seguridad Social

Además de las consabidas actualizaciones en la cuantía afectante a las diversas prestaciones sociales públicas⁸, son varias las reformas afectantes a la relación jurídica de protección como el incremento de las pensiones por contribución a la maternidad, la ampliación de la compatibilidad de las pensiones no contributivas de invalidez con el trabajo y quizás las más relevantes que son las relativas a la incapacidad temporal.

4.1. Reformas en la incapacidad temporal

Dentro de las reformas que afectan a la incapacidad temporal sobresale la relativa a la gestión y control de la prestación de incapacidad temporal en los primeros 365 días, llevada a cabo por el RD 625/2014, 18 julio y la O. ESS/1187/2015, de 15 de junio que lo desarrolla.

Son objetivos declarados de la reforma los siguientes:

- a) La simplificación de la gestión adaptando la expedición de los partes de médicos de baja/alta al tipo de patología (estableciendo unos protocolos de temporalidad).
- b) El incremento de los mecanismos de control y seguimiento, con la finalidad de luchar contra el absentismo injustificado y prácticas abusivas.
- c) Potenciación de los mecanismos de colaboración y posibilidades de control INSS y Mutuas.
- d) Adaptación a la era de las comunicaciones vía electrónica, que deberán de hacerse todas ellas vía telemática, informática y RED.
- e) Y la adaptación de la normativa de la gestión de la IT a las sucesivas reformas, como-Ley 26/2009: modificación del art. 128.1 a) LGSS; inclusión en la LGSS de la DA 52ª (por la Ley 35/2010); o las modificaciones en la DA. 40ª LGSS (Leyes 51/2007 y 35/2010).

⁸ Véase Ley 48/2015, 29 noviembre y RD 1170/2015, 29 diciembre.

El nuevo régimen jurídico de la gestión de la IT presenta las siguientes novedades:

- Afecta a todos los procesos de IT tanto por contingencias comunes como profesionales.
- Su ámbito temporal comprende del día 1 al día 365 de la baja.
- Su ámbito personal afecta a todos los trabajadores por cuenta ajena o propia de cualquier régimen de Seguridad Social. Quedando excluidos los sujetos comprendidos en el campo de aplicación de los regímenes especiales de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, Fuerzas Armadas y Personal al Servicio de la Administración de Justicia
- La declaración de baja queda vinculada a la ocupación del trabajador a través de protocolos de temporalidad, que se materializan en tablas de duración media óptima según diagnóstico, ocupación y edad del trabajador.
- La tramitación se caracteriza por: el envío por vía telemática al INSS por parte del SPS y las Mutuas de los datos personales del trabajador, etc. El INSS centraliza los datos de todos los procesos de IT que remite a la MUTUAS y al ISM para sus trabajadores protegidos.
- Se establece un nuevo sistema de partes médicos basado en cuatro grupos de procesos de IT derivados de cualquier contingencia según la duración estimada: muy corta (inferior a 5 días naturales); corta (de 5 a 30 días naturales); media (de 31 a 60 días naturales); larga (de 61 o más días naturales). Será el facultativo que emita el parte de baja el que determinará al inicio del proceso la duración estimada, sin perjuicio de que en un momento posterior pueda modificarlo.
- También deben destacarse como novedades del nuevo régimen jurídico las afectantes: a) Solución de diversas incidencias durante la situación de la IT como las relativas a las controversias sobre la contingencia determinante de la IT; b) a las propuestas de altas médicas impulsadas por Mutuas; c) actuaciones de seguimiento y control de la prestación económica de IT; y d) regulación de los requerimientos a los trabajadores para someterse a reconocimientos médicos y las consecuencias de su incumpliendo.
- Y finalmente la reforma también afectará a: determinados aspectos de los informes médicos complementarios y de control; al contenido del parte de alta médica; a las obligaciones de trabajadores, empresas, mutuas, Servicios Públicos de Salud e INSS, en relación con la presentación y remisión de los partes y sus datos.

El marco sustantivo de la IT también se verá afectado por una nueva reforma del art. 131 bis de la LGSS llevada a cabo por la disposición final 4.3 de Ley núm. 22/2013, de 23 diciembre, que consistirá básicamente en clarificar las causas de extinción, la duración de la IT en casos de recaída y la actuación de la entidad gestora tras la extinción una vez alcanzados los 545 días de duración de la IT.

4.2. Reformas en el ámbito de las pensiones

La Ley 48/2015, de 29 octubre de Presupuestos Generales del Estado, incorpora un nuevo artículo 50 bis a la LGSS/1994, mediante el cual se norma un complemento por maternidad en las pensiones contributivas que tiene como finalidad el reconocimiento de la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Son beneficiarias aquellas mujeres que hayan tenido hijos naturales o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación (salvo jubilación anticipada por voluntad de la interesada y jubilación parcial), viudedad e incapacidad permanente para hechos causantes a partir del 1 de

enero de 2016. El complemento consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las pensiones ampliables, un porcentaje que dependerá del número de hijos que se tenga antes del momento del hecho causante de la pensión, según la siguiente escala: 2 hijos: 5%; 3 hijos: 10% y 4 o más hijos: 15%. También se regula la incidencia de dicho complemento en caso de que la pensión a complementar se cause por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, y cómo ha de calcularse el complemento cuando por aplicación de los porcentajes referidos se supere el límite máximo de pensiones públicas, o para supuestos de concurrencia de pensiones o de complementos por mínimos de las pensiones.

También la LPGE para 2016 dará una nueva redacción al art. 147 LGSS, modificando la regla de compatibilidad de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva para los casos de personas que tuvieran esa consideración antes de iniciar una actividad lucrativa. Y así a partir de hora Así, a partir de 1 de enero de 2016, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del IPREM, excluidas las pagas extraordinarias y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento (hasta ahora el límite anual para la suma de pensión e ingresos se sitúa en el importe, también anual, del IPREM vigente). En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en la cuantía que resulte necesaria para no sobrepasar dicho límite. Hasta el 31 de diciembre de 2015 para los casos en que se sobrepasara la cuantía límite, se minoraba el importe de la pensión en el 50 % del exceso sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pudiera superar 1,5 veces el IPREM.

4.3. Otras reformas en la acción protectora.

Otras reformas recogidas en la Ley 36/2014, de 26 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, que afectan a la acción protectora fueron la:

- DF 3ª. Que unifica la forma de cálculo de la base reguladora de la prestación por IT para trabajadores a tiempo parcial al ordenar la modificación DA 7ª.1 a) TRLGSS (normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial). Dos nuevos párrafos:
- DA 91ª. De integración en el RETA de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles que ingresen en tales cuerpos a partir del 1 de enero de 2015
- DD Única. De derogación de la DA 58ª TRLGSS y, por tanto, suprime la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales en el RETA (RDL 4/2013: voluntario para autónomos menores de 30 años, ahora todos)
- DA 10ª. Régimen excepcional de disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social: flexibiliza el límite cuantitativo para disponer de sus activos.

También en la Ley 35/2014, de 36 diciembre, relativa a la modificación del régimen jurídico de las Mutuas también se recogen otras reformas relativas a la acción protectora, como la DF 2ª que modificará de forma sustancial el sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. A partir de la reforma se va a configurar bajo el principio de voluntariedad desvinculado de la cobertura de los riesgos profesionales y se introduce el mecanismo de la invitación al pago para el caso de que el trabajador autónomo no esté al corriente en el pago de sus cuotas sin exigir

que se tenga cubierto el período mínimo de cotización. Y finalmente se modificarán las causas de situación legal de cese en la actividad y su acreditación.

5. Las reformas en los Regímenes Especiales

La Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, recogerá en un solo texto legal la protección social de todos los trabajadores del mar, tanto la propia de la Seguridad Social como la específica al margen de ella, manteniendo la unidad de gestión a través del ISM. Vendrá a suponer la derogación del texto refundido de las Leyes 116/1969 y 24/1972, aprobado por D. 2864/1974; y también del Reglamento para su aplicación aprobado por D. 1867/1970.

Las líneas básicas de esta nueva ordenación de la protección social de los trabajadores del sector marítimo pesquero serán:

- La actualización y puesta al día de la normativa existente, definiendo mejor y con más detalle los trabajadores integrados en este Régimen Especial, separados entre aquellos por cuenta ajena y por cuenta propia.
- Respecto del campo de aplicación del sector de trabajadores por cuenta ajena, podrían destacarse las siguientes:
 - a) Se suprime el colectivo de trabajadores asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena, ya que se considera que son trabajadores por cuenta propia embarcados.
 - b) Se mantiene la asimilación de los prácticos de puerto que para la realización de su actividad se constituyan en empresas titulares de licencia para practicaje en puerto.
 - c) Se incluye a colectivos como: trabajadores que prestan servicios a bordo de plataformas fijas o artefactos o instalaciones susceptibles de realizar operaciones de exploración o explotación de recursos marinos, sobre el lecho del mar, anclados o apoyados en el mismo (no oleoductos, gasoductos, cables submarinos, emisarios y cualquier tipo de tuberías o instalaciones de carácter industrial o de saneamiento; trabajadores de la acuicultura (si la actividad se lleva a cabo en zona marítima); buceadores profesionales (no los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas); trabajadores de estiba y desestiba (se delimita la figura del estibador portuario); Trabajadores que realicen trabajos administrativos de empresas estibadoras (siempre que lo desempeñen en el ámbito portuario); rederos y rederas (en realidad ya estaban); y personal de investigación, observadores de pesca y personal de seguridad.
- Como novedades respecto a los trabajadores por cuenta propia, las novedades más significativas son:
 - a) La inclusión de las actividades marítimo-pesqueras a bordo de las embarcaciones o buques dedicados a (siempre que el trabajador o armador figure en el Rol como técnicos) en las siguientes actividades: marina mercante; pesca marítima en cualquiera de sus modalidades; de tráfico interior de puertos; deportivas y de recreo; buceadores extractores de recursos marinos; buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación.

- b) Quedan excluidos: los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas; Prácticos de puerto; los familiares colaboradores de la persona trabajadora por cuenta propia, y por tanto, estarán incluidas como personas trabajadoras por cuenta propia en el Régimen Especial, el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, de cualquiera de las personas trabajadoras por cuenta propia a que se refiere este artículo, que trabajen con ellas en sus explotaciones de forma habitual, convivan con el cabeza de familia y dependan económicamente de él, salvo que se demuestre su condición de asalariados (similar a como ocurre en el RETA).
- Otros aspectos a destacar son:
 - a) En este Régimen Especial, las embarcaciones son consideradas como centros de trabajo, por lo que debe existir una conexión o vinculación entre el registro de embarcaciones que se gestiona por el Instituto Social de la Marina y el Registro de Buques de Marina Mercante, coordinación que se recoge en la ley incorporándose la obligatoriedad de que las embarcaciones nacionales figuren inscritas en el Registro de Buques de Marina Mercante con carácter previo a la inscripción de la embarcación en el Instituto Social de la Marina.
 - b) La Ley incluye el elemento de territorialidad entre los requisitos para estar incluido en el mismo, al exigir que ejerzan su actividad en territorio nacional, o sean residentes españoles que trabajen, o bien a bordo de un buque con pabellón de un Estado Miembro de la UE o con el que España haya firmado un convenio de seguridad social que se recoja la excepción a ese principio y les remunere una empresa con sede o domicilio en España, o bien en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el registro oficial.
Se prevé la posibilidad de inscribir embarcaciones extranjeras en el registro del Instituto Social de la Marina en el supuesto de que los tripulantes deban quedar encuadrados en este régimen.
 - En el ámbito de la cotización se incluye como novedad la incompatibilidad de aplicar los coeficientes correctores de la cotización junto con cualquier otra reducción o bonificación en la cotización, salvo que expresamente se disponga lo contrario.
 - En el terreno de la acción protectora el título II de la ley regula la protección social específica de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero que no tienen la consideración de prestaciones de Seguridad Social.
 - Y finalmente el título III recoge una serie de disposiciones sobre la gestión llevada a cabo por el Instituto Social de la Marina como entidad encargada de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, así como su régimen económico y financiero. Destacándose la doble dimensión de sus competencias: a) Organismo encargado de la atención social del sector marítimo pesquero; y b) Entidad gestora del RETM.

Curiosa es el dato que unos días después de la promulgación de la Ley 47/2015, haya tenido que ser objeto de modificación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, con la finalidad de ampliar el campo de aplicación del Régimen

Especial del Mar incluyendo ahora a las trabajadoras neskatillas y empacadoras como una especialidad de la provincia de Vizcaya.

6. El tercer texto refundido de la Ley de Seguridad Social.

Desde la entrada en vigor del texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 21-4-1966 en 1 de enero de 1967 hemos tenido la ocasión de conocer dos textos refundidos el de 1974 y el segundo veinte años después en 1994. El tercer texto refundido, con entrada en vigor el día 2 de enero de 2016⁹, ha sido aprobado por RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Las razones para la elaboración de este nuevo texto refundido son:

- El incremento de la producción legislativa en materia de Seguridad Social desde 1994 consecuencia de los Pactos Sociales y Políticos producidos tras el Pacto de Toledo de 1995.
- Los cambios legislativos impuestos por las medidas contra la crisis económica.
- Los derivados de las necesidades de gestión.
- Los errores y defectos en la técnica legislativa empleada para atender los anteriores retos como han sido la utilización de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado anuales y uso excesivo de Disposiciones Adicionales incorporadas a diversas leyes o al propio texto refundido en las que se regulaban aspectos sustantivos del sistema¹⁰; o la incorporación al propio texto refundido de nuevas prestaciones o ampliación de las existentes mediante artículos “bis, ter,...”, etc.

De aquí que la Disposición Final vigésimo quinta de la Ley 27/2011, facultara al Gobierno para que en el plazo de 2 años procediere a elaborar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizados, aclarados y armonizados los textos legales vigentes. El plazo no se cumplió y la Ley 20/2014, delegó en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, entre ellos el de Seguridad Social.

Un aspecto sobre el que se quiere advertir, sin perjuicio de que más adelante se volverá sobre ellos, es el sentido y alcance que deba darse al art. 1 de la Ley 20/2014:

“Se autoriza al Gobierno para aprobar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de esta ley, sendos textos refundidos en los que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, las leyes y demás normas que se enumeran a continuación, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado y las que, afectando a su ámbito material, puedan, en su caso, promulgarse antes de la aprobación por Consejo de Ministros de los textos refundidos que procedan ...”.

¿Es una simple refundición? o ¿se autoriza a ir más allá? bajo la excusa de aclarar y armonizar el texto a refundir.

⁹ Salvo el denominado complemento por maternidad que entrará en vigor el día 1 de enero de 2016 y la aplicación del factor de sostenibilidad que se aplicará a las pensiones de jubilación se causen a partir del día 1-1-2019 (Disposición final única).

¹⁰ El texto refundido de 1994 tenía en su redacción original 24 Disposiciones Adicionales (alcanzando 66 y otras más numeradas como bis); 13 Disposiciones Transitorias (alcanzando 22 y otras más numeradas como bis); y 7 Disposiciones Finales.

El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se **estructura** en la forma siguiente:

Título I: Normas generales del sistema de la Seguridad Social.

Título II: Régimen General de la Seguridad Social.

Título III: Protección por desempleo.

Título IV: Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Título V: Protección por cese de actividad.

Título VI: Prestaciones no contributivas.

Y 26 disposiciones adicionales, 29 disposiciones transitorias y 8 disposiciones finales.

La primera impresión que se tiene importante **incremento** de artículos y disposiciones en el nuevo texto refundido respecto del anterior, tal como se recoge en el cuadro siguiente:

PRECEPTOS	TEXTO REFUNDIDO 2015	TEXTO REFUNDIDO 1994
Títulos	6	3
Artículos	373	234
DA	26	66
DT	29	22
DR	-	1
DF	8	7
Total	436	336

Las razones de este incremento hay que verlo en:

- La incorporación al texto de la LGSS la regulación del Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos, en el título IV recogiendo en el mismo numerosas disposiciones adicionales y complementarias con rango legal relativas a autónomos, circunstancia que venía generando una gran dispersión normativa. Además se dedica un nuevo título el V a la regulación de la prestación por cese de actividad. A lo anterior también se ha sumado la incorporación al texto refundido de la regulación de los sistemas especiales de los trabajadores agrícolas por cuenta ajena y de los empleados de hogar.
- Por otro lado en el articulado de la LGSS se han integrado numerosas disposiciones adicionales del texto de 1994.
- También se ha añadido al articulado de otros aspectos no recogidos en el texto refundido de 1994, como por ejemplo, al título I (disposiciones de general aplicación en el sistema) se le ha incorporado un capítulo específico el VIII dedicado a la regulación de los “*Procedimientos, notificaciones en materia de Seguridad Social*”.

- Además el texto refundido integra en un título específico para regular de todas las prestaciones no contributivas las familiares (económicas), las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación; y unas disposiciones comunes a todas ellas.

De un breve examen de cada uno de los títulos del nuevo texto refundido pueden apreciarse las siguientes novedades:

A) Título I. Normas Generales del Sistema

-Se introduce una nueva sección en el capítulo II relativa a las disposiciones aplicables a determinados colectivos: familiares (art. 12), trabajadores con discapacidad (art. 13); y socios trabajadores y socios de trabajo de cooperativas (art. 14).

-Se prevé expresamente la posibilidad de la inclusión de los deportistas de alto nivel en el sistema de la Seguridad Social como medida para su plena integración social y profesional (art. 7.4).

-Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos (art.16 –antiguo art.13–) Una importante novedad es su apartado 5º, relativo a las obligaciones del empresario en las contratas o subcontratas,

“Sin perjuicio de lo previsto en el art 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se prestaren de forma continuada en sus centros de trabajo deberán de comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad o subcontratada, la afiliación y alta en Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el período de ejecución de la contrata o subcontrata”.

La novedad está en lo subrayado, ya que no se ha transcrito literalmente el precepto que refunde, ni tampoco el art. 5 del RD-ley 5/2011.

-Enumeración expresa de las entidades gestoras (art. 66 –antiguo art. 57.1–). No hay novedad significativa. Quizás lo único que llama la atención es –aparentemente– el olvido de la previsión de la desaparición de las mismas previsto en la Disposición Adicional séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, con la futura creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social.

-Procedimientos y notificaciones en materia de Seguridad Social (arts. 129-132)

-Los arts. 129 y ss. introducen como novedad incorporar al texto de la Ley normas relativas a los procedimientos y notificaciones. Quizás lo que más pueda llamar la atención es el art. 132 *“Notificaciones de actos administrativos por medios electrónicos”* –concretamente su apartado 1– y su encaje o no a lo previsto en el art. 59.1 de la Ley 30/1992, 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo referente a la práctica de la misma.

Título II. Régimen General

En lo referente a la extensión del campo de aplicación del Régimen General (art. 136), pueden señalarse como novedades las siguientes:

-El apartado 2.a) incluye en el campo de aplicación del RG los trabajadores incluidos en el sistema especial para empleados de hogar y en el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios.

-El apartado 2.b) se refiere a “sociedades de capital” en lugar de “sociedades mercantiles capitalistas”, adaptándose a la terminología a la Ley de Sociedades de Capital (RD. Legislativo 1/2010).

-En los apartados 2.d) y 2.e) se incluyen como trabajadores por cuenta ajena y como asimilados, respectivamente, a los socios trabajadores de las sociedades laborales.

-En el apartado 2.g) se integra el apartado 1 de la disposición adicional 29ª de la LGSS: trabajadores dedicados a las operaciones de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano.

-En los apartados 2.k) y 2.l) se incluye al personal al servicio de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, incluido, en su caso, el periodo de prácticas (salvo que estén incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado o en otro régimen en virtud de una ley especial).

-El apartado 2.m) se incluye al personal a que se refiere la DA 3ª LGSS (funcionarios y otro personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011).

-En el nuevo apartado 2.q) se mantiene la habilitación legal para la inclusión en el régimen general de cualesquiera otras personas que, por razón de su actividad, sean objeto de asimilación a trabajadores por cuenta ajena mediante real decreto, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Junto a estas inclusiones específicas también se recogen en el art. 137 LGSS las exclusiones del campo de aplicación del R. General, incorporando como novedad las relativas a:

-Los profesores universitarios eméritos de conformidad con lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional 22ª de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades)

-El personal licenciado sanitario emérito nombrado al amparo de la disposición adicional 4ª de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre (se integra en parte, la DA 43ª LGSS/94).

El capítulo IV, en su art. 166 recoge las situaciones asimiladas al alta de la que se ha eliminado la referencia a la suspensión del contrato de trabajo por Servicio Militar o Prestación Social Sustitutoria. Ahora bien, no debería olvidarse que en realidad estas

prestaciones obligatorias no han desaparecido, sino que están en suspenso su obligación desde diciembre de 2001¹¹. El art. 167 que recoge el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones, sustituye la referencia al SMI por la del IPREM, tal y como ya se estableció en el art. 2.3 del RD-ley 3/2004, de 25 de junio.

El concreto ámbito de las prestaciones podría destacarse algunas novedades o aspectos llamativos, por ejemplo:

- En relación con la incapacidad temporal el art. 169 relativo al concepto de la misma, viene a incorporar el contenido del art. 128 de la LGSS/1994 –salvo los párrafos 2 a 5 del apartado 1.a) que se integran en el art. 170 relativos a la competencia sobre procesos de IT– y también el concepto de recaída del art. 131 bis 1, 2º párrafo LGSS/1994.
- En la protección a la maternidad arts. 177 y ss. se han tenido en cuenta las modificaciones incorporadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- El art. 194 de la LGSS relativo a los grados de incapacidad permanente hay que ponerlo en relación con la disposición transitoria vigésimo sexta que permite la vigencia temporal de la redacción anterior¹², si bien –y este es el dato relevante– adviértase que es *sine die*.
- Los arts. 204 y ss. regulan la jubilación en su modalidad contributiva y se integran las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 23/2013 y RD-ley 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Se sustituye la referencia a “sesenta y cinco o más años” por la de “sesenta y siete o más años” en aquellos preceptos en los que era necesario (a tenor de la reforma operada por la Ley 37/2011).
- El art. 223 de la LGSS que lleva como rúbrica la de “*Compatibilidad y extinción de las prestaciones de viudedad*” extiende las mismas a la prestación temporal de viudedad, cosa que en el anterior texto refundido no estaba previsto, suponiendo realmente un exceso que no parece que esté amparado por disposición legal alguna.
- En el capítulo XV arts. 235 a 237 de la LGSS ordena las diversas ficciones de tener por cotizados determinados períodos de tiempo: por parto, por cuidado de hijos o menores y la prestación familiar contributiva. Se incluye parcialmente el contenido de la disposición adicional 60ª de la LGSS/1994.
- El capítulo XVII arts. 245 y ss. es novedoso al incluir en el texto articulado de la LGSS previsiones específicas normativas relativas a los trabajadores contratados a tiempo parcial, para formación y aprendizaje, empleados de hogar y trabajadores agrarios por cuenta ajena.
- Además se han tenido en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, realizando las correspondientes adaptaciones terminológicas y suprimiendo las referencias al acogimiento preadoptivo y al acogimiento permanente o simple.

¹¹ Ley Orgánica 13/1991, 20 diciembre.

¹² Es decir de la existente antes de la reforma introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio en el texto refundido de 1994.

B) Título III dedicado a la “Protección por desempleo”.

Presenta como novedades las siguientes:

- Al definir el objeto de la protección se incluye la referencia expresa a la suspensión del contrato y no sólo la pérdida de empleo y a la reducción de jornada (art. 262.1).
- Se sustituye la referencia al “subsidio para mayores de 52 años” por la de “subsidio para mayores de 55 años”.
- Se elimina la referencia al “subsidio para mayores de 45 años” al haber sido suprimido por el Real Decreto-Ley 20/2012 (arts. 276 y concordantes).
- Se incluye un nuevo capítulo V relativo a disposiciones especiales aplicables a determinados colectivos: trabajadores incluidos en el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios (arts. 286-289), trabajadores contratados para la formación y aprendizaje (art. 290), trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (art. 291) y militares profesionales de tropa y marinería (art. 292).

C) Títulos IV y V que regulan el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Propia o Autónomos y el de la prestación de cese de actividad.

Es una de las grandes novedades al incorporar a la Ley General de la Seguridad Social las previsiones relativas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) (Título IV, artículos 305-326). Si bien no debe olvidarse que el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del RETA, continúa vigente en lo que no se oponga a las previsiones de la LGSS. Un aspecto a tomar en consideración es que el concepto de trabajador por cuenta autónomo que asume es el recogido en el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 julio, que aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo que no coincide exactamente con el previsto en el art. 2.1 del D. 2530/1970.

Un detalle del nuevo marco jurídico es el relativo a las normas aplicables a la protección a la familia que se remite a lo previsto en el capítulo XV del título II, sin mayor precisión. Surgiendo la duda acerca de la viabilidad de cómo reconocer la prestación no económica a un trabajador autónomo.

Se incorpora la protección por cese de actividad (Título V), cuya regulación quedaba fuera del anterior texto refundido en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, que queda derogada salvo las disposiciones adicionales décima y undécima.

D) Título VI “Prestaciones no contributivas”.

La novedad está en agrupar en un mismo título todas las prestaciones no contributivas, familiares y pensiones no contributivas de invalidez y jubilación. La razón no es otra que las mismas están desvinculadas de la pertenencia a cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, por lo que carecía de sentido que se incluyeran entre las prestaciones del Régimen General.

7. Otras reformas con incidencia en Seguridad Social o en otras formas de protección social pública

En este apartado podría destacarse la incidencia que han tenido dos Leyes relativas a la protección a la Infancia y la Adolescencia recogidas en la Ley 26/2015, de 28 de

julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia; y la LO 8/2015, de 22 julio, que introduce los cambios necesarios en aquéllos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en los arts. 14, 15, 16, 17 y 24 CE. Las modificaciones más importantes afectan a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, al Código Civil, a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y a la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 entre otras¹³. El objetivo de la reforma es adaptar los instrumentos de protección de menores a los cambios sociales, en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 CE y los instrumentos internacionales ratificados por España. Por lo que respecta al ámbito de la protección social la reforma presenta las siguientes novedades:

- Se modifica la Ley 40/2003, de 18 noviembre, de Protección de Familias Numerosas, para asegurar que éstas conserven el título mientras que al menos uno de los hijos cumpla los requisitos y la edad establecida (veintiún años o veintiséis años si está estudiando).
- Se introducen en la Ley 43/2006, de 29 diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo determinadas bonificaciones para los empleadores que contraten indefinidamente o con carácter temporal a víctimas de trata de seres humanos.
- Se reforma la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, para declarar inembargables las prestaciones económicas establecidas en virtud de esta norma.
- Se modifica la LGSS para impedir el acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia a quienes sean condenados por la comisión de un delito doloso de homicidio cuando la víctima sea el sujeto causante de la prestación y para aumentar la pensión de orfandad de los hijos de la persona asesinada, que podrán cobrar la pensión de orfandad absoluta.

También como novedades a tomar en consideración, previstas en la Ley 48/2015, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, deben recordarse en cuenta el nuevo retraso en la aplicación de varias de las reformas previstas en la Ley 27/2011, a saber:

- Se aplaza, de nuevo *sine die*, la previsión de incremento hasta el 60% de la base reguladora, de la pensión de viudedad a favor de pensionistas con 65 o más años que no perciban otra pensión pública, contenida en la disposición adicional 30ª de Ley 27/2011 (disp. adic. 28ª).

¹³ - Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
 - Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.
 - Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
 - Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
 - Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas
 - Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
 - Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa.
 - Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.
 - Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.
 - Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
 - Real decreto Legislativo 670/1987, por el que se aprueba la Ley de Clases Pasivas
 - Ley de Enjuiciamiento Criminal.
 - Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.
 - Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril

- Queda sin efecto, un ejercicio más, lo previsto en el artículo 2 ter. 4 de la LO Extranjería de manera que tampoco en 2016 se financiarán los programas de acción para reforzar la integración social de los inmigrantes con cargo a un fondo estatal que podría incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo (disp. adic. 75).
- Se suspende la aplicación de los artículos 7.2, 8.2 a), 10 y 32.3, párrafo primero y de la disposición transitoria primera de la Ley 39/2006, de Dependencia (disp. adic. 76^a).
- Se aplaza la aplicación de lo establecido en la disposición adicional 28^a de la Ley 27/2011 donde se fija el plazo de un año para que el Gobierno presente un proyecto de ley que establezca un sistema de compensación a la Seguridad Social para que por ésta pueda reconocerse, a favor de las personas interesadas, un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización ocasionada por tales circunstancias (disp. adic. 88^a).
- Se demora un año más (hasta 1 de enero de 2017) la entrada en vigor de la ampliación de la duración del permiso por paternidad previsto en la disposición final 2^a de la Ley 9/2009 a la que se da nueva redacción (disp. final 11^a).
- Se retrasa un año (hasta 1 de enero de 2017) la entrada en vigor de las modificaciones de la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo que, incluyendo la posibilidad de desempeño de actividades a tiempo parcial, fueron establecidas por la disposición final 10^a de la Ley 27/2001 la (disp. final 14^a).
- Se deroga la disposición adicional décima de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, donde se preveía que el auxilio por defunción se incrementaría en un 50 % en 5 años (a partir del 2008), a razón de un 10 % anual y que, a partir de ese momento, en cada ejercicio, se actualizaría con arreglo al IPC.

Y finalmente y en relación con el acceso a la asistencia sanitaria la disposición final 5^a de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, modifica el art. 3 apartado 2 letra d) de la Ley 16/2003, 28 mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en relación a supuestos que definen la condición de asegurado, para aquellos que hayan agotado prestación por desempleo u otra de naturaleza similar, especificándose que a solos efectos –de la condición de beneficiario–, “... *la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un período inferior a 6 meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo, a efectos de tener la condición de beneficiario.*”

8. Consideración final

A tenor de lo noticiado no puede concluirse que este último año haya sido un año anodino y que lo único reseñable sea la publicación de un nuevo texto refundido. Sin olvidar la trascendencia de contar con una nueva Ley General de Seguridad Social en 2015, lo cierto es que las reformas en materia de Seguridad Social han afectado a los sujetos de las relaciones jurídicas, en este caso al nuevo marco jurídico de las Mutuas; y a las relaciones jurídicas de afiliación, cotización-recaudación y de protección.

Es muy pronto para valorar el resultado de las mismas ya que apenas si se ha puesto en marcha. Es el caso de la nueva gestión de la IT que en la práctica ha entrado en vigor diciembre de 2015, o del nuevo sistema de liquidación de cuotas con operatividad todavía muy limitada.

En lo remanente al nuevo texto refundido, apenas unos días en vigor, es “una refundición” que está por ver si simplemente se ha limitado a ello o ha ido más allá de lo que se esperaba.

Capítulo II. Hacia una Desregulación Jurídica del Derecho de Seguridad Social

FERNANDO MORENO DE VEGA Y LOMO
Profesor Titular De Derecho Del Trabajo Y Seguridad Social
Universidad De Salamanca

Resumen

No es lo mismo hablar de Seguridad Social que de un Derecho de Seguridad Social. Esta contribución tiene como objetivo una reflexión personal y crítica sobre las deficiencias en la aplicación de la causa jurídica a esta realidad protectora, condición inexcusable para reestructurar su modelo y materializar las expectativas de su cuestionada eficacia.

Abstract

It is not the same to talk about Social Security and Social Security Law. This article is a personal and critical reflection about the deficiencies in the application of legal cases to this situation of protection, an indispensable condition for restructuring its model and realizing the expectations of its questioned effectiveness.

1. INTRODUCCIÓN

Tomando como referencia temporal el cambio de siglo y de manera más específica el culmen de la primera década en la actual centuria, se revela como un dato ciertamente evidente el que el Derecho de Seguridad Social sufre una sensible crisis de identidad.

Conforme a la casuística de lo que cabría representar como un argumento silogístico, junto a una primera proposición que presenta al Derecho –con mayúscula– como un elemento de sistematización de la realidad social con especial llamamiento a situaciones de conflicto, y una segunda proposición que institucionaliza la Seguridad Social como un presupuesto integrador de ciertas situaciones de necesidad, emerge como conclusión el que ésta, la Seguridad Social, comporta un perfil temático que claramente debe verse amparado por la causa del Derecho; expresado en otros términos, resulta preceptiva la existencia de un Derecho de Seguridad Social. Así ha venido aconteciendo, además, a lo largo de más de una centena de años, presentando de este modo una dinámica paralela a la de su compañero de viaje, el Derecho del Trabajo.

Sin embargo y de manera inversa a esta tendencia, en los últimos lustros se viene apreciando que, junto al Derecho, son otros condicionantes los que inspiran y dominan el abordaje de la cuestión; señaladamente dos: la Economía y la Sociología.

En lo que concierne a la Economía son múltiples las transformaciones del sistema encaminadas a controlar un ahorro en los costes que genera la operativa del sistema institucional. Tan es así que al igual que resulta común el leer o escuchar sobre una economía laboral en el plano de la regulación por cuenta ajena, lo ha de ser el acoger un postulado de economía social aunque, cuidado, sin por ello caer en el error de confundirlo con el entramado de las cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales.

En aquello que atiende a la Sociología y frente a la apuesta conceptual base a cuyo tenor el Derecho materializa la norma jurídica más la realidad social por ella acotada, no puede en ningún momento olvidarse el axioma según el cual un buen modelo jurídico ha de pasar necesariamente por definir con nitidez los sujetos sobre los que se proyecta la propia norma: la sociedad humana. Claro, ahí la Sociología ostenta plena autoridad.

Llegados a este punto, ¿se diluye la identidad jurídica de la Seguridad Social?, ¿contribuye ésta hoy día a la institucionalización de un mapa social o, por el contrario, es este mismo modelo parapetado en ciencias externas a lo jurídico el que toma el mando en cuanto al espíritu y obra de aquella?

2. ANÁLISIS DE PROPUESTAS CONCEPTUALES

Ya que toda construcción que se precie ha de estar asentada sobre unos firmes cimientos, el metafóricamente hablando edificio jurídico debe enraizar su base en torno a una declaración conceptual que obre como necesario punto de partida. He aquí, sin lugar a dudas, una de las mayores complejidades del universo jurídico.

El tratamiento de la Seguridad Social, de buenas a primeras ofrece pie a poder expresarse sobre el todo y la nada de una manera coetánea. La Seguridad Social como estandarte de un Estado Social –política y constitucionalmente hablando– de un Estado tuitivo –jurídicamente hablando– o de un Estado del Bienestar –económica y sociológicamente hablando– sufre los designios, no obstante, de soportar un concepto abstracto y heterogéneo que, sin temor a la hipérbole, carece de vida propia: El Derecho de Seguridad Social es el sistema de principios y normas, de origen estatal, orientado a ofrecer cobertura frente a una serie de situaciones de necesidad contempladas por la ley. Pues bien, esta dogmática que hasta hace bien poco podría erigirse como la única contribución clara, a día de hoy ha dejado de serlo pues los problemas interpretativos emanan como si de una fuente inagotable se tratara. Es necesario algo más; deviene preceptivo un tratamiento a nivel causal y humano que habilite una exégesis teleológica a toda esta amalgama de aspectos temáticos de origen científico, sin duda, aunque pertenecientes a las más diferentes ramas del saber. Arribamos, de este modo, al Derecho de Seguridad Social.

El presupuesto originario, casi genético, de cuanto concierne a Seguridad Social, aparece retratado en el artículo 41 CE, el cual se adscribe sistemáticamente al Capítulo III del Título I, esto es, *De los Principios Rectores de la Política Social y Económica* que, libres por completo del estigma que en sus comienzos supuso la acusación de ostentar una eficacia meramente programática, postulan *in fine* un mandato a los poderes públicos para que, a su vez, mecanicen una red de apoyo a según qué ciudadanos y en según qué circunstancias. ¿Cuáles son esas situaciones de necesidad que ha de amparar la Seguridad Social? La respuesta la encontramos en la necesaria diferencia entre las que presentan un talante individual y aquellas otras que revisten carácter colectivo, pero no tanto con fundamento en criterios gramaticales de número, es decir, si tan solo uno o por el contrario varios los sujetos pasivos que se ven afectados, sino más bien por el modo a través del cual se pueden intentar restañar las negativas consecuencias que la misma ha de implicar; así, situación de necesidad individual es aquella que el propio damnificado puede autosatisfacer en tanto que la colectiva exige la presencia de un tercero, ajeno al conflicto cual si se tratara de un procedimiento de composición heterónomo, para poder neutralizarla. Sólo estas últimas son las que demandan nuestra atención, siendo el poder público ese tercero cuya interacción deviene inexcusable una vez que el legislador constituyente ha elevado dicha situación de necesidad al rango de Derecho Social de la ciudadanía; su *modus operandi*, ejecutar una política social que satisfaga al mencionado Derecho de Seguridad Social.

Así las cosas, el fundamento espiritual para legitimar una Seguridad Social y más intencionalmente un Derecho de Seguridad Social, es claro y loable; los problemas

surgen a la hora de esquematizar sus contenidos. El Derecho de Seguridad Social, ¿postula un aseguramiento de rentas mínimas ante la contingencia que representa la suspensión o extinción de una relación laboral o se implica en un objetivo mucho más profundo como es el de la pelea contra los efectos de una insuficiencia de recursos económicos que técnicamente vendría a identificarse con el denominado umbral de pobreza? Del primer fin, se encarga la Previsión Social; del segundo, la Asistencia Social. Así, pues, son dos nuevas propuestas conceptuales que se incorporan a nuestra particular encrucijada de corte semántico. Sea como fuere, la gran controversia llega en términos resultadistas y es que si bien el Derecho de Seguridad Social ha estado siempre más próximo al régimen de Previsión o Seguros Sociales, ahora ese objetivo queda diluido en el nuevo propósito del acercamiento a las últimas realidades de exclusión social, lo cual hace del sistema un engranaje más cercano a las rentas universales de subsistencia que a las mínimas para reincorporación al mercado laboral.

En este punto, debemos volver al concepto de Seguridad Social que se proponía al comienzo de este apartado y confirmar así que, lo que otrora parecía meridianamente claro, resulta que ahora ya no lo es tanto; varias razones pueden dar fe de ello: el ideal de sistema, jurídicamente hablando, no concurre en la actualidad particularmente gracias al Real Decreto Legislativo 8/2015 y su técnica de Texto Refundido para el entramado jurídico de la Seguridad Social; parece disolverse también el tenor público como consecuencia de incipientes pero decididos propósitos de privatización del sistema asegurador; finalmente, se ha visto claramente alterado el catálogo de situaciones legales de necesidad por cuanto, de un lado, hay algunas que salen de dicho círculo de influencia mientras que otras acceden –o debieran de hacerlo– al mismo.

Seguridad Social, Derecho de Seguridad Social, Instituciones de Seguridad Social, Estado del Bienestar, Asistencia Social, Previsión Social o Seguros Sociales conforman tan solo una selección de múltiples voces para un, pretendidamente, único concepto. La realidad lo confirma; no converge una definición técnica y absoluta de Derecho de Seguridad Social, quizá porque el origen de todo –recuérdese, el artículo 41 CE– no facilita una ligazón de reglas a desarrollar por el jurista sino, a lo sumo, un programa abierto para la toma de decisiones políticas y, claro, cuando no se aviene un presupuesto definitorio concluyente de una determinada institución jurídica, ya podemos ir derivando que todo lo que venga después, esto es, el correspondiente edificio jurídico, aparece enmohecido.

3. EXAMEN DE LOS PRINCIPALES CONTENIDOS

3.1. La estructura del sistema

En el marco de las tres formulaciones temáticas que institucionalizan la estructura del sistema –léase modelos, regímenes y niveles– es sin lugar a dudas la segunda de estas propuestas la que ahora más importa. Desde hace ya bastantes años, se vienen promoviendo modificaciones en esa gran superficie triangular cuyos vértices conforman el Régimen General, los Regímenes Especiales y los Sistemas Especiales; como principales manifestaciones de ello, la desaparición de los Regímenes Especiales Agrario y de Empleados del Hogar tras su integración, bajo el formato de Sistema Especial, en el Régimen General y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en el caso del colectivo agrario, y exclusivamente en el Régimen General de la Seguridad Social, para el supuesto de Empleados de Hogar.

Sin entrar en el análisis de sus respectivos armazones normativos, es precisamente la ausencia de apoyo jurídico lo que cimienta tal proceder y, por ende, esta reflexión. Hay que convenir en el dato de que la legislación existente sobre sendas relaciones de ocupación profesional no se ha modificado de manera estructural en tiempo, de manera que no puede ser tal causa, la jurídica, aquella que opere como el hilo conductor de la metamorfosis en materia de Seguridad Social; no son criterios de racionalización jurídica los que instruyen este expediente, sino otros de orden sociológico y económico, como a continuación se demuestra.

Sociológicamente y en aquello que concierne a las actividades agrícolas y pecuarias, es un hecho comprobado que el sujeto pasivo responde al perfil del género masculino y edad madura, aspectos que, asociados al alarmante descenso del índice de natalidad y al proceso de emigración del campo a la ciudad, simbolizan una cercana fecha de caducidad. Por su parte y en aquello que atiende al sector de empleados de hogar, resulta igualmente una evidencia el que la inmensa mayoría de sus protagonistas son mujeres, un género que con la supresión de la licencia marital y, de manera remarcada, gracias a la gran novedad legislativa que marca la Ley de Igualdad, está plenamente en boga al objeto de garantizar la completa eficacia a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de igualdad.

Económicamente, nos hallamos ante dos Regímenes Especiales que suponen un lastre para el sistema. En el trabajo agrario hay cada vez menos cotizantes y, proporcionalmente, más pensionistas; en el ramo de empleados de hogar, a ciencia cierta ni una cosa ni la otra debido al apabullante índice de trabajo sumergido que inunda esta *praxis*, razón primaria por la que el legislador decide reestructurar –que no mejorar– de manera sensible la acción protectora de tales empleados a cambio de ampliar considerablemente el trasvase, en términos de encuadramiento administrativo, desde la categoría B hacia la A y, por consiguiente, la ganancia del sistema en aplicación de la carrera de seguro de las respectivas partes contratantes.

En fin, la estructura del sistema se mantiene en dos de sus terceras partes. Pervive la distinción entre modelos –obligatorio y complementario–, perdura igualmente la separación en cuanto a niveles de cobertura –contributivo y asistencial– y tan sólo hay novedades en la dimensión intermedia que materializan los regímenes de protección. El problema es que dichas transformaciones vienen exclusivamente sustentadas en un determinado plano interpretativo de la realidad social, echándose en falta la perspectiva de la norma jurídica que es la que, en última instancia, legitima la articulación de Derecho Natural a cuyo tenor a tal supuesto de hecho viene asociada tal consecuencia jurídica; la que humaniza en última instancia el valor fundamental que representa el Derecho, con mayúscula.

3.2. La gestión del sistema

Con el tránsito desde los Seguros Sociales y su impronta en el Derecho Mercantil hacia la germinación del sistema público de Seguridad Social, se posibilita un novedoso y destacable continente jurídico a la propia Seguridad Social; el Real Decreto Ley 36/1978 levanta el velo en favor de una serie de nuevas instituciones con personalidad jurídica y capacidad de obrar –a la sazón, entidades gestoras– que marcan un antes y un después en la operativa. Escasamente dos décadas más tarde, una interpretación política materializada en el *Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social* de 2001 en irradiación de otra como la recomendación séptima del *Pacto de*

Toledo de 1995, prevé la creación de una *Agencia de Seguridad Social*, declaración de intenciones que a la postre se escenifica legislativamente en la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011 por la que se faculta al gobierno para la creación de una *Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social*, la cual y todo sea dicho, una década más tarde continua sin ver la luz como un exponente más de tantas otras promesas incumplidas.

En el núcleo de la cuestión, ¿converge un razonamiento jurídico en esta propuesta? Teniendo en cuenta que se trata de instituciones con casi cuarenta años de vigencia, permítanme que lo ponga en duda; una vez más se demuestra que el verdadero espíritu que late en el trasfondo de la cuestión es el de orden económico. No hay que olvidar que, como proyecto de futuro, esta nueva Agencia conllevará la extinción, por fusión, del Instituto Nacional de Seguridad Social, del Instituto Social de la Marina, de la Tesorería General de la Seguridad Social así como, finalmente, la de los acólitos de esta última que representan la Gerencia de Informática y los Servicios Jurídicos, lo cual generará un ahorro financiero en dotaciones competenciales y, lo que seguramente reviste mayor relevancia peyorativa, en recursos humanos, ello a costa de sobresaturar a una sola Dirección General de Administración Institucional con el trabajo de garantizar la eficacia en dimensiones tan importantes como el régimen de acción protectora de las principales prestaciones del nivel contributivo o todo cuanto concierne a los aspectos de gestión contable y financiación del entero sistema institucional de Seguridad Social.

Finalmente, una reflexión en términos interrogativos que acrecienta los perversos efectos de una evidente ausencia de tracto jurídico: ¿cómo encajan en este particular rompecabezas de simplificación de entes gestores la cada vez más acentuada descentralización en favor de las Comunidades Autónomas o el incremento de poder de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social en la dinámica de algunas prestaciones? La respuesta es fácil; no encaja. Frente al intento de concentrar el poder de gestión, hay una irradiación geográfica y funcional que denota evidentes dudas en el legislador así como las consecuentes lagunas y gazapos en el Derecho.

3.3. La constitución y formalización de la relación jurídica

De entrada, se reedita uno de los dilemas endógenos a la idiosincrasia de la Seguridad Social, cual es la precariedad conceptual y semántica. ¿Cabe considerar como sinónimos los términos constitución y formalización de la relación jurídica o responden, de manera complementaria aunque independiente, a realidades diferenciadas?

En opinión personal, se trata de mociones autónomas. Mediante la constitución se produce la identificación, en abstracto pero a través del ministerio de la ley, de todos aquellos sujetos pasivos que precisamente pasan a serlo por caer bajo los designios de ésta; primer paso que actúa como condición inexcusable para la tutela del Derecho. Por su parte, la formalización procede a la verificación específica de tal elemento subjetivo –con nombre y apellidos– así como idéntica prerrogativa sobre las actividades productivas que entre los mismos se entablan, aspecto jurídico que claramente se manifiesta como la antesala del más específico nexo de protección en espera del cumplimiento de los concretos requisitos que cada prestación haya de exigir.

Partiendo de este paso y centrado el punto de interés en el trámite de formalización, la pregunta del millón que desde hace años inunda los corrillos doctrinales y los tribunales de justicia es la de si tales procederes a instancia de parte son constitutivos o

meramente declarativos del bastión tuitivo que escuda a la relación de obra o servicio. Hay quienes opinan que sí son absolutamente necesarios por cuanto su incumplimiento viene tipificado como infracción –leve o grave– en el Real Decreto Legislativo 5/2000 por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social* (artículos 21 y 22), sin embargo la mayoría se decanta por su tenor voluntarista, obra y gracia fundamentalmente del prototipo de alta presunta o de pleno derecho que es garantía, en última instancia, del principio de automaticidad de las prestaciones y evita, al final del camino, que la protección de un profesional quede condicionada a la competencia actuarial de un tercero –el empresario– más que a la constancia real de los pilares de hecho que identifican a un trabajador como tal.

Último paso de la reflexión; si los actos administrativos de encuadramiento ofrecen vida a una semblanza simplemente declarativa respecto al embalaje de la relación, ¿cabe considerar que son obsoletos y sobrantes? A mi entender, desde luego que sobrantes no puesto que tanto la inscripción de estructuras productivas como la afiliación de sujetos implican la oficialización de nuevos empresarios y de nuevos trabajadores; asimismo, la alta y la baja postulan idéntico cometido respecto a las relaciones productivas que sendas partes contratantes han de fructificar.

Frente a esta declaración de hechos, harina de otro costal constituye el no tanto posible sino más bien apreciable halo de anacronismo en cuanto a su regulación jurídica. Como demostrativo, dos muy recientes exponentes normativos:

En primer término, el Real Decreto 708/2015, en tanto la última gran reforma normativa en la materia, presenta dos novedades de contenido:

- 1ª. La reducción del plazo a efectos de comunicación al sistema de las bajas así como cualquier variación de datos que afecte a éste o al resto de trámites de formalización de la relación jurídica de Seguridad de Social.
- 2ª. La obligación de comunicar el código/s del convenio colectivo que resulta de aplicación a los trabajadores.

Insisto en el último sustantivo que transcribía antes de esta enumeración; por razones de contenido, resulta sensiblemente escaso –por no decir inexistente– el bagaje jurídico que informa el actual devenir de la Seguridad Social. La primera propuesta, asentada sobre el argumento de un recurso cada vez más frecuente, masivo, a la transmisión electrónica de datos a través del sistema RED, hace que esta reducción a la mitad de los plazos hasta ahora preceptuados se convierta en una pura formalidad sin sustancia de exégesis para el jurista, como lo demuestra el hecho de que, si no se hubiere producido, tampoco habría ocurrido nada más digno de mención. La segunda propuesta, acaso sí, alberga una lectura más de contenido que de continente, pero, ¿para poder instrumentalizar una relación jurídica inter-partes?, ¿razones de economía procesal en un posible conflicto colectivo, acaso? Sinceramente no; son argumentos de peso científico, sí, pero apegados a la ciencia contable, a la doctrina del cuánto más puedo sacar si controlo mejor el cómputo de las primas y las cuotas por causa de cotización.

En segundo lugar, el Real Decreto 708/2015 provoca la modificación del sempiterno Real Decreto 84/1996 pero, éste, no tiene ninguna influencia en el efecto dominó sobre el nuevo Texto Refundido de 2015; ¿para qué, entonces, esta técnica legislativa? Es obvio que nos encontramos ante una mera yuxtaposición de regulaciones jurídicas pero

no ante lo que, en última instancia, hubiera sido lo deseable, no otra cosa que una presentación coordinada, armonizada, codificada; *in fine*, un verdadero Derecho de Seguridad Social.

3.4. La financiación del sistema

Sin lugar a dudas, el centro de imputación temático y normativo de mayor relevancia en materia de Seguridad Social pues, si verdaderamente ésta quiere cumplir con su función protectora, resulta no solamente lógico sino además inexcusable el que, previamente, se dote del empaque económico suficiente que, *a posteriori*, le permita articular el contenido de las prestaciones. Dicho esto, hay que convenir en que aun cuando el factor económico, específicamente financiero, es el que obviamente predomina en este encuadre, resulta que el elemento de técnica jurídica es casi más importante para mecanizar el entramado de la propia financiación.

Sabemos que, en la actualidad, son dos las principales fuentes de suministro: las aportaciones privativas a instancia de las partes contratantes y las de carácter público mediante Presupuestos Generales del Estado. Ahora bien, ¿existe una meridiana claridad de ideas respecto a la esencia jurídica que informa cada una de las mismas? En el trasfondo de este interrogante late la clásica alternativa de separación absoluta de brotes de financiación, implicando ello como principal novedad la limitación mediante aportaciones privativas de las partes contratantes al nivel contributivo y reservando la alimentación estrictamente pública al bloque asistencial, siempre en el marco de la línea de ruta que representa la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; en otras palabras, un reforzamiento del modelo BISMARCK (afiliados) para el ámbito profesional y lo propio respecto al modelo BEVERIDGE (ciudadanía) para sufragar el presupuesto de corte no contributivo.

En contra de esta tendencia de opinión sobre legislación de futuro, mi sentir personal es favorable al mantenimiento de sistemas de dotación mixtos al amparo del presupuesto de interpretación y disertación jurídica, por la clara influencia de dos ideales:

En primer lugar, el legislador constituyente promueve la instauración, con carácter explícito, de un sistema público de Seguridad Social, un arquetipo en el que, por consecuencia, es el Estado quién lleva la voz cantante en tal política social y económica. Así las cosas y con independencia de cuál haya de ser el nivel de protección al que se refiera, una financiación basada en las aportaciones privadas que salen del patrimonio de las partes contratantes no tiene cabida en términos de exclusividad.

En segundo término, la influencia del ideal de solidaridad intergeneracional. Conforme a la reciente incidencia de experiencias comparadas, la capitalización financiera de las cotizaciones no puede ser, a día de hoy, pilar fundamental del cimiento financiero en un sistema de Seguridad Social moderno. Asimismo, un proyecto de reparto puro habrá de perder su sentido en escasas décadas al ritmo que avanzan los dictados de la Economía Laboral y la Sociología demográfica.

En conclusión, carácter mixto en cuanto a los modelos de financiación por niveles estructurales y específicamente en el reglaje del nivel profesional al objeto de aunar virtudes y repudiar defectos. Sin embargo, hasta ahora el legislador ha sido incapaz de dar un paso adelante; éste decide perderse en grandes normas y escasos resultados.

Para finalizar este apartado y al efecto de que no todo sea negativo, una mención en términos positivistas hacia un sector de las reformas arbitradas en cuanto a los sistemas de recaudación. Hasta ahora, esta temática ha venido siendo citada en sus clases magistrales por quien esto escribe como uno de los principales ejemplos de regulación harto deficiente en materia de Seguridad Social; errores de sistematización en el antiguo Texto Refundido de 1994, multitud de normas de desarrollo, etc. Pues bien y sin que ello haya de ser considerado un prodigio de técnica jurídica, en los novedosos artículos 21 y siguientes del nuevo Texto Refundido de 2015 el legislador no sólo reordena formalmente sino que arbitra jurídicamente el sota, caballo y rey de aquello que una ley ordinaria, sin el opcional complemento de un reglamento ejecutivo, ha de prescribir al respecto: sujetos protagonistas (activo y pasivo), modalidades y recibos de liquidación así como periodos de ejecución más las consecuencias aplicables, en su caso, para cada uno de los supuestos contemplados. Es cierto, sí, hay una novedad cualitativa en el nuevo operativo de liquidación directa que parece lindar más con el interés político del control económico y, por ende, de lucha contra la economía sumergida, sin embargo, no creo que ello sea suficiente como para empañar la labor jurídica de asegurar el control sobre posibles conflictos en una temática tan compleja como la presentada.

3.5. La acción protectora del sistema

El campo de acción protectora es el más importante en el examen del Derecho de Seguridad Social en tanto en cuanto es el que, en su más pura esencia, ofrece contenido a la causa de esta componenda jurídica. A continuación, se pasa revista a los diferentes bloques prestacionales, siempre bajo el prisma crítico de los problemas que actualmente plantea la atonía respecto a la necesaria interpretación jurídica.

3.5.1. La imposibilidad para la práctica laboral

A. La Incapacidad Temporal

La prestación frente a la incapacidad temporal para la práctica laboral es una de las más prominentes en nuestra experiencia doméstica y, por ende, una de las que mayor atención presupuestaria exige. No resulta en consecuencia extraño el que el legislador trate de aquilatar al máximo su régimen jurídico.

La reciente experiencia normativa que conforma la O.ESS/1187/2015 de desarrollo del Real Decreto 625/2014, enmarca una propuesta valiente por cuanto acomete uno de los aspectos de regulación más controvertidos en el régimen de la IT, cual es el concerniente al reconocimiento efectivo del derecho a la misma así como la gestión y el control durante el ciclo vital. Positivamente, el legislador incorpora una nueva clasificación sobre tipologías de IT conforme al patrón de su duración y plasma novedades en la operativa de los diferentes partes médicos que gobiernan el proceso. Sin embargo y en el plano negativo, no se persigue –casi se alienta– un problema de rancio abolengo: el papel de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Es un hecho comprobado el que las mismas van progresivamente –a buen seguro por méritos propios– ganando poder, pero no se puede enmascarar que son entidades colaboradoras en la gestión cuya naturaleza jurídica es propia del Derecho Privado. Así las cosas y dado que las Mutuas disponen de un amplio campo competencial en el marco de la IT, no hubiese estado de más el que el legislador hubiera regulado con más detalle esta novedosa, por extendida, relación de suplemento entre Mutuas y Servicios Públicos de

Salud, al objeto de evitar potenciales inquietudes y reglamentar una mejor política social, que es lo que el ciudadano, *in fine*, demanda.

B. La Maternidad y la Paternidad

Acaso nos encontramos ante uno o dos, según se quiera mirar, de los presupuestos temáticos en los que más crítica se pueda hacer al legislador, y ello no tanto bajo el prisma de un déficit en su régimen regulador sino más bien un paso antes, esto es, en la procedencia o no de tales prerrogativas en el Derecho de Seguridad Social. Si esta rama del ordenamiento tiene finalidad protectora, ¿el hecho de convertirse en padre o madre ha de ser técnicamente catalogado como de contingencia? Es más, si pensamos en un exponente de filiación legal en régimen de adopción o acogimiento, ¿dónde cabe ubicar la alteración de salud que imposibilita para una práctica laboral por causa física o de cuidado de un menor y que requiere de asistencia sanitaria, máxime si tenemos presente que estas prestaciones son generalmente reservadas en su integridad para el momento ulterior a la filiación propiamente entendida?

Sinceramente, creo que estas prestaciones no tienen un asiento jurídico sino más bien sociológico. Es cierto que a nivel de Derecho hay una causa de suspensión obligatoria del contrato de trabajo por razón de maternidad, sin embargo, no comparto que esta detracción temporal de ingresos salariales haya de ser neutralizada por el Derecho de Seguridad Social por cuanto, siendo la voluntad propia de los sujetos interesados la que ofrece carta de naturaleza a esta tesitura, no puede ni debe hablarse en puridad de una situación de necesidad. No afirmo, en última instancia, que no deba converger una ayuda, ya económica ya en especie, para tales potenciales interesados; asevero que habrían de ser otras ramas del saber no específicamente jurídicas, como la Sociología y el Trabajo Social, las que tomaran partido. Como prueba de ello, un argumento semántico: se habla más de madre –no de trabajadora–, de padre –no de trabajador–, de hijo –no de descendiente legal– y de familia –no de unidad económica de convivencia–. Así las cosas, observo en este supuesto una nueva desconexión de orden jurídico pero que no viene materializada en un error por defecto sino por exceso, esto es, no se trata tanto de que el legislador obvie la regulación de ciertos contenidos sino más bien que se excede al penetrar en según qué núcleos temáticos que, exceptuando la opción de un previsible criterio sancionador, escapan a su ámbito de influencia.

C. El Riesgo durante el Embarazo y por Lactancia Natural

Bajo la genérica rotulación de *protección a la maternidad* –a estas alturas desfasada e incorrecta a tenor de su propio contenido– el artículo 26 de la Ley 31/1995 de *Prevención de Riesgos Laborales*, en sus tres primeros apartados, regula de una manera coherente y sencilla los pasos a seguir. Cuando una mujer trabajadora embarazada o que recientemente haya dado a luz no pueda desempeñar las funciones propias de su clasificación profesional por incompatibilidad con dicha situación personal, el empresario debe, primero, reorganizar las condiciones de dicho puesto, segundo y en el caso de que ello no fuere posible, ejecutar una movilidad funcional y, en tercer lugar y por defecto respecto a todo lo anterior, suspender el contrato de trabajo de la interesada. Frente a esta dogmática normativa, ¿qué ocurre en la práctica?; pues que se suelen saltar los dos primeros pasos y acudir directamente al tercero, ya que es una opción que beneficia a sendas partes contratantes: a la trabajadora porque frente al reclamo que, dependiendo de la persona, puede representar el no tener que desarrollar una actividad física o psíquica, se

le debe adicionar el percibir un subsidio económico que, no siendo salario, se aproxima mucho a éste en términos de peso, de cuantía, pues representa el 100 por cien de la base de cotización por riesgos profesionales; al empresario, por su parte, le ha de resultar fascinante el ahorrar costos en materia salarial y de cotización por la trabajadora al Régimen General de la Seguridad Social y particularmente sugerente, me atrevería a manifestar, el no tener que ser diligente en términos absolutos con el dislate que puede llegar a representar un expediente de prevención de riesgos laborales.

En suma, se trata de una práctica ilícita por abuso pero donde la culpa no ha de revertir en el Estado por una falta de regulación sino, en todo caso, por una cierta desidia en la actualización, en aras de que este *modus operandi* de las partes contratantes quede institucionalizado. La prueba está en que ciertas medidas puestas en marcha para desincentivar estas actuaciones tienen un claro aroma economicista de ahorro de costes más que jurídico de regulación de supuestos de hecho, control y aplicación de consecuencias jurídicas en forma de sanción ante incumplimientos probados mediante procedimientos de composición heterónomos, ya sea en vía judicial o extrajudicial.

D. La Incapacidad Permanente

Sin lugar a dudas, la prestación estrella del sistema de Seguridad Social; el tratarse de una pensión que concede una cuantía económica notable además de limpia en tanto resulta exceptuada de tributación fiscal, así lo acredita. Sin embargo y al dictado de una desdichada regla directamente proporcional, parece que cuanto mejor es la prestación mayores son los problemas de falta de sintonía jurídica en la misma; a saber:

Desde un punto de vista de base conceptual, el carácter *previsiblemente definitivo* ¿debe aplicarse a la alteración de salud o a la consecuencia de incapacidad laboral que la misma trae aparejada? El Tribunal Supremo aboga por la primera tesis; ciertos sectores de la doctrina especializada así como la lógica más evidente, cabría decir, por la segunda opción y es que hay ejemplos reales de secuelas físicas perpetuas que no generan una imposibilidad absoluta para la práctica laboral.

Si pensamos en la clasificación o tipología de modalidades de IP según grado de afectación, ¿dónde está el desarrollo legal programado por la Ley 24/1997 y cuya ausencia determina, nada más y nada menos que dos décadas después, la pervivencia de una regulación actual cogida con alfileres?

Urge articular una respuesta jurídica a la siguiente proposición: ¿resulta factible cerrar un círculo de razonamientos jurídicos que permitan explicar el hecho de que una práctica laboral sea compatible con una medida que se denomina Incapacidad Permanente *Absoluta*?

Finalmente, creo con firmeza que la adecuada comprensión de la dogmática jurídica que posibilita calcular, al margen de aplicaciones telemáticas, la cuantía de la prestación, es merecedora de un Grado Universitario.

En fin, retornemos al comienzo del apartado. La IP es una prestación lo suficientemente influyente como para no dejarse abanderar en exclusiva por criterios de moderación, como las nuevas opciones de coexistencia para disminuir cuantías y consiguiente aumento de las cotizaciones, ni tampoco sociológicos, pues para ello ya está la vertiente no contributiva que atiende más a la situación de un ser humano que al

achaque de su capacidad laboral. La IP requiere un renovado modelaje jurídico que arroje de forma fehaciente la propuesta de orden social que en su seno se contempla.

3.5.2. La Jubilación

Vejez y jubilación, ¿son términos sinónimos, no ya desde el punto de vista estrictamente gramatical de lengua castellana, sino del correspondiente a la dialéctica y ortografía jurídica? Resulta evidente que cualquier analítica en torno a un régimen de cobertura frente a la causa de vejez parte de parámetros sociológicos –señaladamente demográficos– y económicos.

En lo que concierne a los dictados de la Sociología, hoy en día se aprecia un descenso tanto de la variable de natalidad, germen de menos nuevas generaciones, como del índice de mortalidad, consecuencia lógica del incremento de la esperanza de vida poblacional que acarrea la presencia de más personas de edad avanzada; la inevitable consecuencia revierte en una disminución de potenciales trabajadores –léase cotizantes– y en un aumento de beneficiarios de la tutela prestacional que abre el debate en torno al jaque a la financiación y, por extensión, al propio ciclo vital del sistema.

Desde un punto de vista de la ciencia económica cabe preterir, como primer y central argumento, que el objetivo último de la política social asentada en el artículo 41 CE es la *suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad*. Así las cosas, las reformas normativas suscitadas en el círculo de la Seguridad Social desde hace prácticamente una década han multiplicado los parches que, con mayor o menor diplomacia, sitúan su estrategia en el campo de la austeridad; por citar algunos de los paradigmas más representativos, el cómputo de cotizaciones hasta el *mes previo al del hecho causante*, el incremento del abanico temporal desde los 15 hasta los 25 años a efectos del cálculo de la base reguladora, el retraso de dos años en materia de edad para el acceso a jubilación ordinaria y, no podía faltar, el ya famoso aunque todavía inactivo factor de sostenibilidad como elemento corrector y garantía, en última instancia, del principio de proporcionalidad entre lo carenciado y lo que se haya de disfrutar. Todo ello sin contar los múltiples torpedos a la línea de flotación de las variadas modalidades de jubilación *ante tempus* como, por citar tan solo un exponente acaso de los más sangrantes, la cotización a tiempo completo en los supuestos de jubilación parcial.

¿Y dónde queda en todo este océano científico la dimensión jurídica? El argumento en cuestión pasa por un error de médula conceptual al no existir claridad respecto al fin último, la causa jurídica, que ha de guiar el edificio normativo de esta prestación: ¿se ofrece carta de naturaleza a una tutela económica que compensa la pérdida de salario que sufren todos aquellos trabajadores que, por razón generalmente de edad, cesan en su vida laboral activa, o se trata por el contrario de un premio a todos aquellos sujetos que han completado, en los tramos de tiempo según ley, una extensa carrera laboral y, por tanto, de seguro, a la Seguridad Social? Sendas opciones tienen su lógica, pero ninguna de las dos es absoluta, perfecta, en consecuencia, si no concurre un ideal meridianamente claro sobre a dónde se quiere caminar, cualquier acometida por una vertebración jurídica está condenada al fracaso.

3.5.3. Muerte y Supervivencia

El gran problema en el colectivo de prestaciones que actúan al albur de esta discutible rotulación, es que la causa social que originariamente la inspiró no afluye hoy

día, al menos en la generalidad de los casos. Frente al modelo de linaje nuclear propio sobre todo de la segunda mitad del siglo XX en la que se erigía un cabeza de familia, varón, del que dependían un cónyuge, mujer, así como una pluralidad de hijos hasta el límite, casi mínimo, de aquello que hoy viene institucionalizado como familia numerosa de grado general, actualmente las familias son bastante menos pobladas en lo que a la línea descendiente se refiere y, sobre todo, no hay una dependencia absoluta entre cónyuges o miembros de la pareja de hecho, con independencia de su género, básicamente motivado por la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo. En otras palabras, hoy en día a menudo no acrece la situación de necesidad que prevé el legislador para dar de paso a esta tutela cuando fallece uno de los integrantes de la familia y, sin embargo, el resto de tales alcanzan las prestaciones correspondientes.

Así las cosas y permítaseme el oxímoron, la nebulosa es meridianamente clara. La realidad social que ha de inspirar la regulación jurídica en este perfil, es muy distinta a la que convergía hace unas décadas. Es obvio que nos encontramos ante, quizá, el presupuesto donde, con mayor nitidez, el legislador debe efectuar un esfuerzo y no limitarse a remendar coyunturalmente sino crear, *ex novo*, un nuevo plan jurídico estructural para esta causa objeto de cobertura. La objetividad inspiradora está desfasada, la identificación formal resulta equívoca y el módulo de acción protectora desequilibrado si atendemos a los nuevos potenciales beneficiarios así como a las diferencias entre porcentajes aplicables a la base reguladora.

Sea como fuere, no me resisto a la aportación de alguna que otra pequeña pincelada sobre el carácter economicista, no jurídico, que mueve al legislador en las últimas reformas y que, de alguna manera, contribuye al sentido y contenido de esta reflexión. Una primera, ya un clásico, tiene que ver con el irrisorio Auxilio por Defunción en el espectro de la actividad real presupuestaria que contemporáneamente impera en el sector; es posible que desde un punto de vista estrictamente contable no resulte factible incrementar esta cuantía, pero quizá sí jurídicamente el legislador debiera pensar en una alternativa para cubrir esta contingencia sin por ello caer en lo que, a juicio totalmente personal, resulta casi una humillación. Un segundo ejemplo, el retraso *sine die* de la posibilidad de incrementar hasta un 60 por cien el porcentaje aplicable a la base reguladora en ciertos supuestos de viudedad, prerrogativa que, recuérdese, debiera de haber estado en vigor con efectos de 1 de enero de 2012.

3.5.4. Prestaciones Familiares

Bajo previsión *stricto sensu* del artículo 39.1 CE, la Administración ha de garantizar la protección de la institución familiar en tres ámbitos: social, económico y jurídico. Siendo precisamente esta lectura la que inspira la presente reflexión, la pregunta cae por su propio peso: ¿debe existir un Derecho de Seguridad Social familiar?

Es lo cierto que en las legislaciones europeas –en algunas de ellas de manera especialmente remarcada como es el caso de las nórdicas– la familia no es un riesgo sino una contingencia; ello es precisamente lo que trataba de hacer ver cuando, en el supuesto de maternidad, el hecho mismo de la filiación no puede ser considerado como una fuente de problemas sino, como mucho y llegado el caso, de protección. En consecuencia, la reflexión ha de ser prácticamente idéntica: se trata de prestaciones fundamentadas en una causa exclusivamente sociológica respecto a la que carece de sentido su inclusión en el Derecho de Seguridad Social porque, al hacerlo, se comete un error por exceso.

En cualquier caso, un argumento novedoso en este perfil temático. Desde su gran reforma en 2005 que implica, incluso, un cambio formal de su denominación, esta tutela pasa de tener un carácter predominantemente profesional a otro asistencial y es que, en efecto, sólo permanece una prestación no económica contributiva mientras se configuraban originariamente cuatro –en la actualidad tres– aportaciones en dinero no contributivas. Ese desapego al ámbito profesional, lo separa del Derecho de Seguridad Social para acercarlo a lo que sería una acción social externa al sistema y, en todo caso, circuncidada de la asistencia social complementaria que es inherente a éste, evidencia que, sin lugar a dudas, contribuye a reforzar la reflexión presentada.

3.5.5. Desempleo

Conceptualmente, ¿el desempleo es una renta sustitutiva de salarios dejados de percibir o se trata más de un incentivo para fomentar la más pronta reincorporación al mercado laboral? Planteado en otros términos, ¿el montante económico por causa de paro legal debe ser canalizado como una política pasiva de empleo, de protección y, por ende, ser incluida en el Derecho de Seguridad Social, o más bien es una propuesta de política activa y, por tanto, debe ser institucionalizada en la guía social de empleo que ampara como perfil temático y normativo el Derecho del Trabajo? Si a esta gran duda le sumamos el por qué el subsidio asistencial ha de apellidarse así cuando está condicionado al previo disfrute de la modalidad contributiva y no tiene carácter indefinido o la complejidad que representa el concluir la naturaleza así como finalidad exacta de las nuevas modalidades como la Renta Activa de Inserción, el Plan PREPARA o el Programa de Activación para el Empleo, parece más que evidente que tenemos un problema.

El artículo 41 CE condiciona, consciente o inconscientemente, a un sistema universal de protección por causa de desempleo. El problema reside en que, tras casi cuatro décadas de vigencia de la Constitución, este modelo se revela como inadecuado y peca de numerosas deficiencias como una esquematización formal de contenidos de cada uno de los dos niveles en individual (contributivo y asistencial) así como de la debida conexión entre los mismos y, de manera más externalizada, de las relaciones entre éstos y las anteriormente presentadas nuevas fórmulas de política activa. Mientras ello no se corrija, la protección por desempleo continuará representando, según casos *ad hoc*, una amalgama de medidas presuntamente protectoras debido a un entramado evidentemente mal estructurado en vez de un exponente representativo del Derecho de Seguridad Social.

4. CONCLUSIONES

De cuanto se ha venido comentando, es notorio que el movimiento de Seguridad Social es enormemente complejo, modelable, transitorio –en ocasiones efímero– e inestable, de tal manera que el continente jurídico que lo debe institucionalizar, el Derecho de Seguridad Social, es prácticamente un imposible. Podemos decir que al margen de mayores o menores, mejores o peores contribuciones, hemos creado un ente que ahora resulta imposible extinguir y sobre el que, por si fuera poco, no cristalizan buenas expectativas en un futuro a corto-medio plazo más allá del *iter* coyuntural, asentado en los dictados de la rigurosidad, hasta que termine cayendo por su propio peso.

Como jurista, siento la obligación de aportar mi visión personal sobre aquello que ha de acometerse desde ahora mismo al amparo de lo que el Derecho comporta, es decir y

según la RAE, del *conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.*

Desde un punto de vista de aquello que podríamos considerar la parte general de esta rama del ordenamiento jurídico, el legislador debe aclarar los aspectos sobre constitución de la relación jurídica y formalización de la relación protectora pues, aunque constitucionalmente sea un Derecho Social, en la realidad empírica es más inteligible como un derecho de personas. Complementariamente, creo que no debería prestar tanto interés a la financiación del propio sistema pues, aun siendo una temática fundamental, su atención mediante Presupuestos Generales del Estado y aportaciones cuasi-impositivas de las partes contratantes lo aproximan más al Derecho Fiscal.

Desde la dimensión de la parte especial, la acción protectora, hay prestaciones que no debieran tener acomodo en el mismo, como las relacionadas con el ámbito familiar; otras, cuanto menos postulan un replanteamiento causal y coherente de régimen jurídico que debiera ser inminente, como IP, Jubilación, Desempleo o Muerte y Supervivencia. En todas ellas habría que tomar en consideración, con el adecuado grado de influencia, dos nuevas realidades que tienen una lectura y traslación claramente jurídica como son la prevención de riesgos laborales, en tanto vía de anticipación a la contingencia y, en segundo término, la situación legal de exclusión social, con especial mención a la dependencia en materia de incapacidad, el cese laboral *ante tempus* a la hora de la jubilación o el fomento de la ocupación en ciertos colectivos como protagonismo de políticas activas de empleo.

Seguramente sean malos tiempos para todo el controvertido mundo del Derecho, sin embargo ello no es razón ni excusa suficiente para dejar de pelear por una debida y adaptada instrumentalización jurídica. El Derecho, en suma, es lo que a todos nos afecta y además nos une.

Capítulo III. El impacto de las últimas reformas de la jubilación en el fomento de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión¹

CAROLINA GALA DURÁN

*Profesora Titular (acreditada a cátedra) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

Resumen

El impacto de las últimas reformas en materia de jubilación recogidas en las Leyes 27/2011 y 23/2013 supondrá, probablemente, una reducción progresiva del importe de la pensión de jubilación. Ante tal situación será necesario planificar la futura jubilación y entre las alternativas posibles alcanzan una especial importancia las vías que permiten compatibilizar el trabajo y el cobro de la pensión de jubilación (la jubilación flexible, la jubilación activa...). El objetivo de este trabajo es analizar, desde una perspectiva crítica, las medidas que actualmente permiten esa compatibilidad así como proponer posibles reformas que mejoren su eficacia.

Abstract

The impact of recent pensions reforms contained in the Laws 27/2011 and 23/2013 will probably gradually reduced the amount of pension. In this situation it will be necessary to plan future retirement and between possible alternatives achieve particularly important pathways that allow combining work and collection of the retirement pension (retirement flexible, active retirement...). The aim of this paper is to analyze, from a critical perspective, measures that currently allow this compatibility and to propose possible reforms to improve its effectiveness.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las consecuencias derivadas de la aplicación combinada de las últimas (e importantes) reformas aprobadas en materia de jubilación (recogidas en las Leyes 27/2011² y 23/2013³) es, muy probablemente, la reducción del importe de la correspondiente pensión. Efecto de recorte que se irá manifestando de una forma progresiva (el impacto de la Ley 27/2011 se inició el día 1 de enero de 2013 y se prolongará hasta el día 1 de enero de 2027), adquiriendo una especial trascendencia a partir del día 1 de enero de 2019, que es cuando se empieza a aplicar el denominado factor de sostenibilidad, incorporado por la citada Ley 23/2013 y regulado actualmente en el artículo 211 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁴.

Obviamente, si las previsiones auguran una pensión de jubilación con una cuantía más baja y una esperanza de vida que, como elemento muy positivo, sigue incrementándose⁵, es necesario abrir vías para poder hacer frente a tal situación, con el

¹ El presente trabajo forma parte de los resultados del proyecto “El impacto de las últimas reformas en materia de jubilación: Envejecimiento activo, sostenibilidad financiera y planes de pensiones (Perspectivas laboral y fiscal)”, financiado por la Fundación Mapfre en el marco de las Ayudas a la Investigación Ignacio Hernando de Larramendi 2014.

² De 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

³ De 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Al respecto, MONENERO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, 2014, pág. 79 y ss.

⁴ En adelante TRLGSS.

⁵ En palabras de Desdentado Bonete: “... el nuevo sistema llevará a una reducción sensible del nivel de protección: de una manera bastante inexorable, aunque a largo plazo, en la cuantía de las (...)”

objetivo de que los futuros pensionistas puedan “planificar” con el tiempo suficiente su jubilación. En este sentido, cabe pensar en dos posibles alternativas, plenamente compatibles, no obstante, entre sí:

- 1^a. Recurrir a instrumentos que permitan al futuro pensionista de jubilación contar con unos ingresos adicionales que sumar a la correspondiente pensión pública, lo que implica acudir a fórmulas como los planes de pensiones y figuras análogas (contratados a título individual o bien fundamentados también en aportaciones empresariales «el caso, por ejemplo, de los planes de pensiones del sistema de empleo»), pero también recurrir a otras figuras como el ahorro, la inversión inmobiliaria, la inversión en bolsa, la hipoteca inversa, etc. En este punto no cabe ignorar, sin embargo, que se requerirá una cierta capacidad económica para poder poner en marcha o mantener esta alternativa; y,
- 2^a. arbitrar y fomentar las vías que permitan la compatibilidad –plena o parcial– del cobro de la pensión de jubilación con el desempeño de un trabajo o actividad profesional. De este modo, el pensionista de jubilación (siempre que lo considere conveniente o necesario) complementa su pensión con los ingresos derivados de su actividad laboral o profesional; opción que, por otra parte, resulta beneficiosa para el propio sistema de Seguridad Social, ya que éste, en la gran mayoría de los casos, se ahorrará parte del importe de la pensión y podrá incluso seguir percibiendo –total o parcialmente– las correspondientes cotizaciones.

Ambas posibilidades plantean algunos interrogantes y no cuentan en nuestro país con el desarrollo legislativo necesario como para cumplir adecuadamente el papel que las reformas en materia de pensión de jubilación les atribuyen a medio y largo plazo. Sin embargo, nos centraremos exclusivamente en la segunda de ellas, con el objetivo de abordar dos cuestiones: a) analizar, desde una perspectiva crítica, las diversas vías que actualmente permiten compatibilizar el trabajo y el cobro de la pensión de jubilación; y, b) plantear posibles reformas con el objetivo de mejorar su papel.

En todo caso, cabe tener presente que esas vías se enmarcan dentro de lo que, a nivel internacional⁶ e interno, se ha denominado fomento del envejecimiento activo, entendido éste como el fomento, en los diversos campos, de la presencia social activa de las personas mayores. En efecto, se pretende lograr una sociedad en la que las personas mayores no quedan relegadas sino que, por el contrario, continúan activas en todos los aspectos de su vida y, entre ellos, el laboral o profesional.

pensiones de jubilación, al minorar éstas en función del aumento de la esperanza de vida, y de forma aparentemente más aleatoria... mediante la eliminación de la garantía de la revalorización por el IPC...”, en SUÁREZ CORUJO, B.: *El sistema público de pensiones: Crisis, reforma y sostenibilidad*, Lex Nova Thomson 2014, pág. 16. También DESDENTADO BONETE, A.: “Reflexiones sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones”, *Documentación Laboral*, 2013, pág. 14.

⁶ Especialmente, a nivel de la Unión Europea, cabe citar el “Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” de 2012, y el “Libro Verde. En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros” de 2010. Y en el marco de la OIT cabe mencionar “Derechos, empleos y seguridad social: Una nueva visión para hombres y mujeres de edad avanzada”.

2. LAS VÍAS ACTUALES DE COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y EL COBRO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

2.1. Aspectos generales

Cabe partir del hecho de que si bien la compatibilidad entre el cobro de la pensión de jubilación y el desempeño de un trabajo no es nueva –está presente desde hace muchos años en determinados colectivos de profesionales colegiados (abogados, médicos...) y desde el año 2002 con un carácter más general a través de la figura de la jubilación flexible–, sí ha sido objeto de una especial atención e incentivo en los últimos años. Y ello, a pesar de que el artículo 213.1 del TRLGSS sigue disponiendo que el disfrute de la pensión de jubilación “será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen”. Y en la misma línea se manifiesta el artículo 16 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, así como los apartados 2º y 3º del mencionado artículo 213, donde se establece la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el desarrollo de un puesto de trabajo en el sector público (delimitado en los términos del artículo 1.1 párrafo 2º de la Ley 53/1984⁷, con la excepción de los profesores universitarios eméritos y del personal licenciado sanitario emérito) y el desempeño de los altos cargos previstos en el artículo 1 de la Ley 3/2015, de 30 de mayo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado⁸.

Como consecuencia de esa continuada labor de fomento, en estos momentos un pensionista de jubilación que opte por compatibilizar el cobro de su pensión con el trabajo puede recurrir a varias vías: a) la jubilación flexible, regulada en el artículo 213.1 párrafo 2º del TRLGSS e implantada en el año 2002; b) a la vía, prevista en el artículo 213.4 del TRLGSS, que permite compatibilizar la pensión con un trabajo por cuenta propia con ingresos escasos; c) a la modalidad de la jubilación parcial regulada en el artículo 215.1 del TRLGSS y pensada para personas que han alcanzado la edad de jubilación ordinaria; y, d) a la jubilación activa, regulada actualmente en el artículo 214 del TRLGSS e implantada en el año 2013 por el RDL 5/2013. Y, en fin, también cabe tener presente alguna medida sólo prevista para algunos colectivos –profesionales colegiados de determinadas áreas como la abogacía o la medicina–. Se trata, por otra parte, de fórmulas compatibles entre sí, aunque no están coordinadas, y su alcance y sus efectos para el pensionista (y para el propio sistema de Seguridad Social) son diferentes.

2.2. La jubilación flexible

Esta medida se implantó, como decíamos antes, en enero del año 2002⁹ y se encuentra recogida actualmente en el artículo 213.1 párrafo 2º del TRLGSS. Se concreta en que un pensionista de jubilación puede compatibilizar el cobro parcial de su pensión

⁷ De 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. En este caso, el propio artículo 213.2 prevé que la percepción de la pensión queda en suspenso por el tiempo que dure el desempeño del puesto de trabajo, sin que ello afecte a sus revalorizaciones.

⁸ El efecto es el mismo, suspensión de la pensión durante el desempeño de ese puesto de alto cargo.

⁹ Figura incorporada por el RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, sustituido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, y desarrollada en el RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación flexible.

con un trabajo a tiempo parcial, formalizado a través de un contrato a tiempo parcial con una jornada de entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100. En concordancia con ello, se minora la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable definido en los términos del artículo 12.1 párrafo 2º del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁰.

En cuanto a la dinámica de esta figura cabe señalar lo siguiente:

- 1) A diferencia de otras vías de compatibilidad, a ésta puede acudir todo tipo de pensionista de jubilación (jubilación ordinaria, anticipada o postergada) y con independencia del porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora y de la cuantía que se perciba de pensión. Lo único que se exige es que se parta de una situación de jubilación total, siendo indiferente la edad a la que se haya accedido a la pensión (incluida la jubilación bonificada y la postergada más allá de la edad ordinaria) y el momento en que se decide optar por esta fórmula (pudiendo solaparse incluso el momento de la jubilación total y el paso a la jubilación flexible). Asimismo, se aplica en todos los regímenes de la Seguridad Social, salvo los regímenes especiales de los funcionarios públicos¹¹, y no está sujeta a ningún límite temporal.
- 2) Se trata de una fórmula muy restrictiva ya que sólo admite el trabajo por cuenta ajena y a tiempo parcial (se excluye, pues, el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo). Asimismo, como veíamos antes, los límites de la jornada están entre el 25 y el 50 por 100 (artículo 12.6 del TRET). La jornada se puede ampliar o reducir dentro de esos márgenes y resultarán aplicables, también dentro de dichos límites, las horas complementarias pactadas y voluntarias (artículo 12.5 del TRET). En fin, de tratarse de un trabajo a tiempo parcial que supere el límite del 50 por 100 de la jornada no puede acudirse a esta vía, pudiéndose recurrir, no obstante, a la jubilación activa, de la que trataremos más adelante.
- 3) El pensionista, antes de iniciar la actividad laboral, debe comunicarlo al INSS, adjuntando una copia del contrato celebrado a los efectos de calcular la cuantía de pensión que pasará a percibir a partir de ese momento.

Obviamente, ese contrato puede realizarse en cualquier sector de actividad o empresa, incluso en la misma en la que prestaba servicios el pensionista antes de jubilarse (sin que compute la antigüedad anterior¹²), pero, en todo caso, debe tratarse de un contrato de trabajo nuevo. Asimismo, este contrato a tiempo parcial puede ser indefinido o por duración determinada.

En caso de incumplimiento se aplicará el artículo 24.1 de la LISOS, incurriéndose en una infracción leve, sancionable con la pérdida de la

¹⁰ En adelante TRET.

¹¹ Disposición adicional 1ª del RD 1132/2002, que excluye a los regímenes especiales de funcionarios civiles del Estado, Fuerzas Armadas y personal al servicio de la Administración de Justicia.

¹² VIVERO SERRANO, J.B.: “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo lucrativo: Todo por el envejecimiento activo”, *Documentación Laboral*, 2015, pág. 12.

pensión durante un mes. No obstante, dado que la no comunicación supondrá también la no reducción de la correspondiente pensión, también cabe aplicar la infracción grave del artículo 25.1 de la LISOS que recoge el supuesto en que un pensionista efectúa trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de su prestación cuando exista una incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida. En este caso, la sanción consiste en la pérdida de la pensión durante un período de tres meses. Y, por su parte, el empresario incurrirá en una infracción muy grave prevista en el artículo 23.1.a) de la LISOS, al haber dado empleo a un pensionista de jubilación en una situación incompatible con el trabajo. La multa en este caso va de 6.251 a 187.515 euros¹³. Y junto a lo anterior, el pensionista debe reintegrar la cantidad de pensión percibida indebidamente durante el tiempo en que haya desarrollado el trabajo a tiempo parcial¹⁴.

- 4) Como ya hemos señalado, el importe de la pensión de jubilación se reduce en proporción inversa a la reducción de la jornada de trabajo; produciendo efectos desde el día en que se inicia la actividad laboral.
- 5) La jubilación flexible es incompatible con la pensión por incapacidad permanente que pudiera corresponder por la actividad desarrollada, con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación, cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que se cause aquélla. Por el contrario, sí es compatible con las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad o paternidad, derivadas de la actividad a tiempo parcial.
- 6) Durante la jubilación flexible se mantiene la cotización a la Seguridad Social prevista con carácter general, salvo que resulte de aplicación la exención parcial de cotización recogida en el artículo 152 del TRLGSS, que se refiere a los trabajadores mayores de 65 años. Se continúa, pues, con la contribución al sistema de Seguridad Social, lo que resulta positivo desde la perspectiva de su sostenibilidad financiera.

Asimismo, cabe tener presente que las cotizaciones efectuadas surten efectos para mejorar la pensión de jubilación, una vez se cesa en el trabajo a tiempo parcial. De este modo, una vez comunicado dicho cese al INSS, se restablece el cobro total de la pensión de jubilación, resultando de aplicación las siguientes reglas:

- a) Se calcula de nuevo la base reguladora de la pensión computando las nuevas cotizaciones y aplicando las reglas vigentes en el momento en que se interrumpe la actividad, salvo que esto suponga una reducción del importe de la mencionada base, en cuyo caso se mantiene la anterior, aplicando las correspondientes revalorizaciones. En este ámbito cabe pensar que, salvo situaciones excepcionales en que lo cobrado a tiempo parcial supere lo percibido con anterioridad, lo habitual será que se mantenga la base reguladora anterior.
- b) Las cotizaciones realizadas pueden modificar, incrementándolo, el porcentaje aplicable a la base reguladora (salvo, lógicamente, que este porcentaje ya sea del 100 por 100).

¹³ Artículo 40.1.c) de la LISOS.

¹⁴ Artículo 6.3 del RD 1132/2002.

- c) Las cotizaciones computan para disminuir o, en su caso, suprimir, el coeficiente reductor aplicado en los supuestos de jubilación anticipada; y,
- d) Durante la jubilación flexible se mantiene la condición de pensionista a los efectos de las prestaciones sanitarias y los servicios sociales.

Todas esas reglas producen efectos favorables para el pensionista, lo que pretende fomentar el recurso a esta vía de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Sin embargo, cabe tener en cuenta que en este ámbito no resultan de aplicación los porcentajes adicionales establecidos en el artículo 210.2 del TRLGSS (que pueden alcanzar hasta el 4 por 100 por año), vinculados exclusivamente con la jubilación postergada más allá de la edad de jubilación ordinaria.

Y, en fin, si el pensionista fallece durante la situación de jubilación flexible, a los efectos del cálculo de las correspondientes prestaciones por muerte y supervivencia, los beneficiarios pueden optar porque aquéllas se calculen desde la situación de activo del sujeto causante o, en su caso, desde la situación de pensionista. En este último caso se toma como base reguladora la que sirvió para la determinación de la pensión de jubilación, aplicándose las revalorizaciones correspondientes.

Y, 7º) desde una perspectiva práctica, cabe destacar que esta figura ha tenido un muy escaso éxito, ya que en el ejercicio 2009 las altas de jubilación flexible fueron sólo 769, en 2010, 707 y en 2011, 789¹⁵. Ello se debe, muy probablemente, a que, hasta el momento, la edad media de jubilación en el país no ha alcanzado siquiera los 65 años de edad (más del 40 por 100 de los pensionistas se jubilan antes) y a que la tasa de sustitución (importe de la pensión en relación con las últimas retribuciones) sigue siendo elevada (supera el 80 por 100). A lo que cabe añadir que hasta ahora son pocas las personas que optan u optarían de tener la oportunidad por continuar trabajando tras alcanzar la edad ordinaria de jubilación: así, según los resultados del Módulo de transición de la vida laboral a la jubilación de la Encuesta de Población Activa 2012¹⁶, sólo al 34,42 por 100 de las personas de 65 a 69 años que estaban cobrando una pensión de jubilación les hubiera gustado seguir trabajando, lo que resulta perfectamente comprensible desde el punto de vista humano. Ya se ha trabajado suficiente y es el momento de jubilarse y dedicarse a otras actividades o a ninguna. Como ya adelantamos páginas atrás, esa tendencia puede verse alterada, a medio o largo plazo, como consecuencia del impacto de las últimas reformas en materia de jubilación.

2.3. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia con ingresos escasos

Como una importante novedad incorporada por la Ley 27/2011¹⁷ se sitúa esta segunda vía de compatibilidad, regulada actualmente en el artículo 213.4 del TRLGSS y carente todavía del correspondiente –y necesario– desarrollo reglamentario.

Conforme a dicho precepto, el cobro de la pensión de jubilación es compatible con la realización de un trabajo por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. No se cotizará a la

¹⁵ “Informe sobre la compatibilidad...” (2012), pág. 6.

¹⁶ www.ine.es

¹⁷ Disposición adicional 31ª.

Seguridad Social y, en consecuencia, no se generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

Esta figura, muy escasamente regulada (lo que resulta muy discutible) y que entró en vigor en agosto de 2011, presenta las siguientes características:

- a) Se puede acceder a esta vía con independencia de que se trate de una pensión por jubilación anticipada, ordinaria, parcial o flexible, o postergada, y del porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora. Durante esta situación el pensionista continúa cobrando el total de la pensión de jubilación.
Y esta figura se aplica a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social, no sólo al régimen especial de los trabajadores autónomos.
- b) Sólo es posible el trabajo por cuenta propia –con independencia del tipo de actividad de que se trate–, siempre, eso sí, que los ingresos obtenidos no superen el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual (catorce pagas). Esto último implica que la actividad desarrollada por el pensionista debe tener un carácter marginal (desde una perspectiva económica)¹⁸, pero, dada la amplitud de los términos legales, puede tratarse tanto de actividades ocasionales (informes, conferencias, etc.) como habituales. Los ingresos a tener en cuenta son los ingresos brutos (ingresos por rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y ganancias patrimoniales...)¹⁹.
Asimismo, cabe tener en cuenta que esta figura permite no sólo la compatibilidad de la pensión con la mera titularidad de un negocio, sino también con cualquier actividad del pensionista en el mismo, ya se trate de un trabajo material o físico o de las labores de gestión o administración²⁰.
En definitiva, el elemento clave en esta figura es la cuantía de los ingresos percibidos por el pensionista en su actividad profesional.
- c) No existe la obligación previa de comunicar esta situación al INSS. Esa comunicación sí es obligatoria cuando se supere el importe del salario mínimo interprofesional, para que se proceda a suspender la pensión durante el resto del ejercicio fiscal anual, con la consiguiente alta en el régimen especial correspondiente. Cuando se produzca esa situación, si no se produce la comunicación, debe reintegrarse el importe de la pensión percibido indebidamente y se incurrirá en la correspondiente infracción leve por falta de comunicación, conforme al, antes citado, artículo 24.1 de la LISOS. También cabe la posibilidad de aplicar, en los términos ya vistos, la infracción grave del artículo 25.1 de la LISOS.

¹⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Trabajadores de edad avanzada: II. Compatibilidad trabajo-pensión. Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013”, *La Ley* 6894, 2013, págs. 2-3, quien señala también que, con esta fórmula, el legislador asume el criterio de la jurisprudencia sobre el concepto de habitualidad del trabajador por cuenta propia, ligado a un criterio puramente económico.

¹⁹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Trabajadores...”, ob.cit., pág. 3, y MERCADER UGUINA, J.R.: *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, 2013, págs. 153-154. Por el contrario, consideran que se trata de ingresos netos: LÓPEZ ANIORTE M.C.: “Hacia el envejecimiento activo: Análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, pág. 76, y VIVERO SERRANO, J.B.: “La compatibilidad...”, ob.cit. pág. 7.

²⁰ LOPEZ ANIORTE, M.C.: “Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156, 2012, págs. 79-80.

- d) Como hemos visto, no hay que cotizar a la Seguridad Social y, en consecuencia, no se generan nuevos derechos en materia de Seguridad Social. Sin embargo, sí tendrán que cumplirse las correspondientes obligaciones en materia tributaria.
- e) Esta medida resulta muy beneficiosa para aquellas personas que ya antes de la jubilación desarrollaban una actividad por cuenta propia (facilitándose incluso la sucesión en la gestión de tal actividad) y para aquéllas que la inician tras la jubilación, pero, en todo caso, la norma se fundamenta, como manifestábamos anteriormente, en que esa actividad profesional es muy limitada o marginal, ya que los ingresos obtenidos no pueden superar, en ningún caso, el salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Obviamente, lo que no es admisible es incurrir en un fraude para rebajar los ingresos obtenidos realmente con el objetivo de no tener que darse de alta en el sistema de Seguridad Social. Ello lleva a señalar que los mecanismos de control del fraude en este ámbito son esenciales, aunque no resultan fáciles.
- f) dadas las peculiaridades de esta fórmula de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación, no es posible saber cuántas personas han recurrido a ella, si bien cabe suponer que bastantes más de las que recurren a la jubilación flexible. Cabe tener presente, no obstante, que esta vía, como decíamos antes, puede ser una fuente de fraude si los controles no funcionan, y, por otro lado, no puede olvidarse que no ayuda a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, ya que el pensionista continúa percibiendo la totalidad de la pensión de jubilación y no aporta cotizaciones. Como señalaremos en un apartado posterior, a nuestro entender, esta figura debería ser suprimida.

2.4. La jubilación parcial una vez cumplida la edad de jubilación ordinaria

Esta figura, regulada en el artículo 215.1 del TRLGSS y en el RD 1131/2002, de 31 de octubre²¹, permite que una persona que haya cumplido la edad de jubilación ordinaria, prevista en el artículo 205.1.a) en relación con la disposición transitoria 7ª del TRLGSS, continúe trabajando en la misma empresa, reduciendo su jornada de trabajo y su remuneración, y pase a cobrar la correspondiente pensión de jubilación. En este punto cabe realizar las siguientes consideraciones:

1ª) La reducción de la jornada debe ser de entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100 en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable definido en los términos del artículo 12.1 del TRET. Se concertará un contrato a tiempo parcial (que no puede suponer la pérdida de los derechos adquiridos y de la antigüedad), que se regirá a todos los efectos por lo establecido en el artículo 12 del TRET.

No se prevé legalmente un límite temporal para esta situación y, en consecuencia, se mantendrá mientras lo decida el jubilado parcial, salvo que se produzca una causa que determine la extinción de su contrato de trabajo.

2ª) No se requiere celebrar un contrato de relevo, si bien su celebración tiene efectos positivos para el cálculo de las prestaciones futuras del jubilado parcial.

Si se celebra un contrato de relevo (que se regirá por lo establecido en el artículo 12.7 del TRET y deberá abarcar, como mínimo, la jornada dejada vacante por el

²¹ Por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

jubilado parcial), su duración puede ser indefinida o anual. En este segundo supuesto, el contrato se prorroga automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del jubilado parcial.

3ª) La pensión de jubilación a percibir se calcula en función de los años de cotización que acredita el jubilado en el momento del hecho causante, pero, como en el caso de la jubilación flexible, no se aplica el coeficiente adicional previsto en el artículo 210.2 del TRLGSS. Esta pensión se revalorizará en los términos previstos con carácter general para el resto de las pensiones.

El hecho causante de la pensión se entiende producido el día del cese en la jornada de trabajo que se viniese realizando con anterioridad, siempre que, en dicha fecha, se hubiera formalizado el correspondiente contrato a tiempo parcial.

4ª) Se continúa cotizando a la Seguridad Social, sin perjuicio de la posible aplicación de la exención parcial recogida en el artículo 152 del TRLGSS. No obstante y con una finalidad claramente desincentivadora, el régimen de cotización fue modificado hace unos años con el objetivo de ir confluyendo, con un largo período de transición, hacia la cotización sobre la jornada de trabajo completa, tanto por parte de la empresa como del propio jubilado parcial.

En cuanto a los efectos que comporta la cotización, hay que diferenciar dos situaciones, en función de si se ha celebrado o no un contrato de relevo. Si se ha celebrado, para el cálculo de las futuras prestaciones (particularmente la pensión de jubilación total y las prestaciones por muerte y supervivencia), el tiempo de la jubilación parcial se cuenta como cotizado al 100 por 100 y, en consecuencia, tales cotizaciones se computarán si mejoran la correspondiente base reguladora. De no mejorarla, se mantiene la base reguladora inicial con las correspondientes revalorizaciones.

En cambio, si no se celebró el contrato de relevo, en cuanto a las cotizaciones realizadas durante la jubilación parcial el interesado puede optar entre la determinación de la base reguladora computando las bases de cotización realmente ingresadas o que aquella magnitud se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o, en su caso, en la fecha en que dejó de aplicarse el beneficio del incremento del 100 por 100 de las citadas bases de cotización, si bien aplicando las demás reglas que estuviesen vigentes en el momento de causar la correspondiente pensión. Cuando conforme a lo anterior, la base reguladora de la pensión se determine en una fecha anterior a la del hecho causante de la prestación, se aplicarán las revalorizaciones que se hubiesen practicado desde la fecha de cálculo de la base reguladora hasta el hecho causante de la misma.

5ª) El jubilado parcial tiene la condición de pensionista a los efectos de las prestaciones sanitarias y los servicios sociales.

6ª) Esta vía supone una ventaja desde la perspectiva de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, ya que, por un lado se continúa cotizando a la Seguridad Social –salvo que se aplique lo dispuesto en el artículo 152 del TRLGSS–, se pasa a cobrar sólo parcialmente la pensión de jubilación y, además, una vez se acceda a la jubilación total no se aplicará el porcentaje adicional de pensión previsto en el

artículo 210.2 del TRLGSS, a pesar de haber alargado la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación.

Y, 7ª) finalmente, como en el caso de la jubilación flexible, esta medida ha tenido muy escaso éxito hasta el momento y probablemente por los mismos motivos allí mencionados: el hecho de que bastantes personas en nuestro país se jubilan antes de la edad de la jubilación ordinaria, la elevada tasa de sustitución y la generalizada voluntad de no continuar trabajando una vez alcanzada la edad a la que es posible jubilarse. A nuestro entender, tal y como reiteraremos en un apartado posterior, es necesario reconfigurar algunos aspectos de esta figura.

2.5. La jubilación activa

Esta modalidad constituye la última vía²² de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación instaurada en nuestro país, y lo fue mediante el RDL 5/2013²³. Actualmente se encuentra regulada en los artículos 153 y 214 del TRLGSS y constituye, a nuestro entender, la normalización definitiva de lo que siempre ha sido la excepción, esto es, la plena compatibilidad entre el trabajo (de cualquier tipo) y el cobro de la pensión de jubilación. En definitiva, esta fórmula lleva incluso a pensar que lo habitual, a medio y largo plazo, será que el pensionista de jubilación compatibilice su pensión con un trabajo.

Esta figura se caracteriza por los siguientes elementos:

a) A diferencia de los supuestos anteriores, esta medida sólo se aplica a la jubilación ordinaria y postergada, cuando, además, se perciba el 100 por 100 de la correspondiente base reguladora. Esto supone limitar claramente su ámbito de aplicación, al reservarse esta solución exclusivamente a aquellas personas que tienen una larga carrera de cotización y que, además, se jubilan a los 65 o más años de edad.

El paso a esta modalidad puede producirse de una forma inmediata una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación y reconocida la pensión o con posterioridad, esto es, el caso del pensionista jubilado total que opta por esta vía para reiniciar su actividad laboral o profesional.

En fin, este requisito implica que no pueden recurrir a esta figura las personas que han accedido a una jubilación bonificada en cuanto a la edad²⁴ o anticipada y aquellas que se jubilaron parcialmente antes de alcanzar la edad de jubilación ordinaria. Sí puede acceder, en cambio, la persona que accede a la jubilación parcial a la edad ordinaria de jubilación, cuando se jubila totalmente y, con posterioridad, acude a esta vía y cumple

²² Sobre esta vía, vid. SÁNCHEZ URÁN, Y.: “Trabajadores...”, ob.cit. págs. 1 y ss.; y CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F., “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, págs. 5 y ss.

²³ De 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Constituye un desarrollo de la disposición adicional 37ª de la Ley 27/2011.

²⁴ Tampoco podrán acceder a esta vía las personas con discapacidad jubiladas conforme a su régimen específico (artículo 206 del TRLGSS).

los requisitos previstos. Y también cuando tras la jubilación total se pasa a una situación de jubilación flexible y, posteriormente, se opta por esta fórmula.

b) Esta figura es aplicable en todos los regímenes de la Seguridad Social, excepto el régimen de Clases Pasivas del Estado que se rige por su propia normativa (también reformada en la misma línea²⁵).

c) En este caso la pensión de jubilación es compatible con cualquier trabajo en el sector privado, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial y con independencia de la remuneración que se perciba y del sector de actividad en el que se presten los servicios. De hecho, cabe la posibilidad de que el trabajador solicite la pensión de jubilación y continúe, bajo esta fórmula, vinculado con su empresa o negocio anteriores.

De tratarse de un trabajo a tiempo completo, se rompe claramente con la regla tradicional del, ya citado, artículo 213.1 del TRLGSS y en lugar de suspenderse totalmente la pensión, se reduce su cuantía. En el caso del trabajo a tiempo parcial se aplica, sin modificaciones, lo establecido en el artículo 12 del TRET, y, obviamente, en todos los supuestos, el contrato puede ser indefinido o por duración determinada, bajo cualquiera de las modalidades previstas legalmente.

El único límite derivaría de la legislación sobre prevención de riesgos laborales, particularmente del artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales²⁶, en referencia al factor de la edad. Y, en consecuencia, la empresa que contrate al pensionista debe adoptar las medidas de prevención y ajuste necesarias teniendo en cuenta que el puesto de trabajo va a ser desempeñado por una persona mayor de 65 años (la misma reflexión resulta trasladable a los casos de la jubilación flexible y de la jubilación parcial a partir de la edad de jubilación ordinaria, ya vistos).

Sin embargo, cabe tener en cuenta que esta situación es incompatible con un puesto de trabajo o de alto cargo en el sector público, conforme al artículo 213.2 y 3 del TRLGSS. Y la misma solución se aplica en los supuestos de la jubilación flexible y de la jubilación parcial.

En fin, si se trata de un trabajo por cuenta propia cabe suponer que sólo se acudirá a esta fórmula cuando no se cumplan los requisitos de la vía prevista en el artículo 213.4 del TRLGSS, por superar los ingresos percibidos el límite del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Y únicamente podrá acudir a aquella cuando no se trate de una jubilación ordinaria o postergada o bien, siéndolo, no se alcance el 100 por 100 de la base reguladora.

Y si se trata de un contrato a tiempo parcial con una jornada de entre un 25 y un 50 por 100, el pensionista puede optar por esta vía o bien por la jubilación flexible, con

²⁵ Disposiciones adicionales 2ª y 3ª del RDL 5/2013. Al respecto, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Trabajadores...”, ob.cit. págs. 10-11; y CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO y VALDÉS.: “La nueva regulación...”, págs. 22-24.

²⁶ En adelante LPRL.

consecuencias diferentes. Y también cabe la posibilidad de acudir a la vía de la jubilación parcial vista en el apartado anterior²⁷.

d) Se requiere una comunicación previa al INSS. En el caso de incumplimiento se aplicarán, en los mismos términos vistos anteriormente, las infracciones establecidas en los artículos 24.1 y 25.1 de la LISOS. Lógicamente, también se deberá estar de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social.

e) Se cobra siempre el 50 por 100 del importe de la pensión reconocida inicialmente, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de la pensión pública, o del que se esté percibiendo, excluido el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que se realice. En este caso, a diferencia de la jubilación flexible, la reducción de la pensión de jubilación es fija, con independencia de su importe, de la duración de la jornada realizada y de la remuneración percibida por el trabajo. Lógicamente, sólo se acudirá a esta fórmula si esa remuneración supera la cantidad que se deja de percibir como pensión.

Cabe tener presente, no obstante, que si el pensionista piensa desempeñar un trabajo a tiempo parcial con una jornada reducida (por ejemplo, un 30 o 40 por 100) es probable que le resulte más adecuada la vía de la jubilación flexible (salvo que lo que cobre por ese trabajo a tiempo parcial le compense de la pérdida del 50 por 100 de su pensión), si bien en ese caso la cotización es más elevada ya que, como vimos, al margen de la posible aplicación de la exoneración de cuotas del artículo 152 del TRLGSS, cabe acudir a las reglas generales de cotización, mientras que en la jubilación activa existe, como veremos, un régimen especial –más reducido– de cotización.

Asimismo, el pensionista que acude a esta vía mantiene tal condición a los efectos de la asistencia sanitaria y otros beneficios.

f) La pensión de jubilación se revaloriza sin que la cuantía percibida durante la compatibilidad pueda ser superior al 50 por 100, y el pensionista no tiene derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibiliza la pensión con el trabajo.

g) Al finalizar el trabajo compatible –no hay un límite temporal– se restablece el cobro íntegro de la pensión de jubilación, con las correspondientes revalorizaciones, sin que se proceda a ningún tipo de recálculo. Ello implica, por tanto, que el tiempo de trabajo no incide sobre el importe de la base reguladora de la pensión, ni sobre el porcentaje aplicable a la misma, lo que resulta coherente si, como veremos a continuación, la cotización que se lleva a cabo durante esta situación es casi simbólica o de “solidaridad”.

En efecto, durante la realización del trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, el empresario y/o el pensionista sólo cotizarán por incapacidad temporal y por contingencias profesionales (en este último caso sin olvidar el carácter voluntario de la cotización para la gran mayoría de los trabajadores autónomos no trades), si bien quedan sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 por 100, no computable para las prestaciones, tal y como ya hemos señalado, y que en los regímenes de

²⁷ Al respecto, SELMA PENALVA, A.: “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, 2013, págs. 13-15.

trabajadores por cuenta ajena se distribuye entre la empresa y el pensionista, corriendo a cargo de la empresa el 6 por 100 y del trabajador el 2 por 100. La cotización es la misma ya se trate de un trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial y, en el supuesto de trabajo por cuenta propia, el propio trabajador asumirá el pago total del 8 por 100. Dados los términos legales empleados cabe interpretar que, en este supuesto, no resulta de aplicación la exoneración de cuotas prevista en el artículo 152 del TRLGSS.

h) El hecho de que la cotización sea tan baja puede inducir a un posible efecto sustitución, ya que a la empresa, especialmente para determinados tipos de trabajo en que la edad no supone ningún condicionante, le resultará menos costoso contratar a un jubilado que a un no jubilado. Esta realidad (la competencia para el empleo entre los jubilados y los no jubilados) –quizás poco presente en la actualidad pero que puede incrementarse en el futuro si se reduce, como hemos señalado, el importe de la pensión de jubilación como consecuencia de la aplicación combinada de las reformas recogidas en las Leyes 27/2011 y 23/2013–, se pretende condicionar estableciendo dos límites para evitar posibles fraudes²⁸:

1) Las empresas en que se recurra a esta fórmula no deben haber adoptado decisiones extintivas improcedentes (reconocidas o declaradas como tales, incluidos los despidos, cualquiera que sea su causa, incluidos los despidos colectivos) en los seis meses anteriores²⁹; aunque esta limitación afecta únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción con independencia del centro de trabajo donde se trabaje³⁰ (se trata, por tanto, de un límite muy débil). A lo que cabe añadir que no se prevé una sanción específica para el caso en que se incumpla esta obligación, aunque cabe pensar en la devolución de las bonificaciones o reducciones en la cotización si hubiera lugar a ellas en función del tipo de contrato efectuado³¹; y,

2) una vez iniciada cada situación de compatibilidad entre la pensión y el trabajo, la empresa debe mantener, durante la vigencia del contrato del pensionista, el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio. A este respecto, se toma como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el período de los noventa días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa la suma de los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa en los noventa días inmediatamente anteriores a su inicio. Sin embargo, no se considera incumplida esta obligación cuando el contrato se extingue por causas objetivas o por despido disciplinario declarados o reconocidos como procedentes, ni en el caso de las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio. Esto implica que las empresas pueden recurrir al efecto sustitución ante supuestos extintivos por motivos tanto inherentes como no inherentes a los trabajadores

²⁸ Sobre este requisito, vid. CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO y VALDÉS.: “La nueva regulación...”, págs. 17-19.

²⁹ El término final a efectos de cómputo de los seis meses se produce en la fecha de declaración judicial firme de improcedencia o fecha de reconocimiento de la improcedencia en evitación de sentencia.

³⁰ En caso de no estar delimitados los grupos profesionales se tomaría en cuenta el criterio de funciones contratadas, así CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO y VALDÉS.: “La nueva regulación...”, ob.cit., pág. 18.

³¹ SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: “Trabajadores...”, ob.cit., pág. 15.

y especialmente el hecho de que no computen los despidos vía 52.c) del TRET procedentes constituye una abierta invitación a las empresas para que sustituyan a los trabajadores por pensionistas³².

i) Esta vía pretende ayudar a la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, ya que, por un lado, se reduce la pensión que se venía percibiendo al 50 por 100 sin un límite temporal, y, por otro, se continúa cotizando a la Seguridad Social aunque sea con una cotización muy reducida del 8 por 100, sin generar nuevos derechos a prestaciones. También se evita, dado el caso, el pago del complemento a mínimos.

Y, j) por último, cabe señalar que esta figura ha tenido un cierto éxito, habiéndose recurrido a la misma tanto en el marco del trabajo por cuenta ajena (particularmente para continuar desempeñando el mismo puesto de trabajo a tiempo completo) como del trabajo por cuenta propia (siguiendo así al frente del mismo negocio). Pero, como señalaremos en un apartado posterior, su carácter restrictivo, plantea importantes interrogantes y debería reformarse.

2.6. El caso especial de determinados colectivos

Actualmente existen ciertos colectivos que tienen un régimen diferente e incluso privilegiado en cuanto a la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación y el trabajo.

Uno de esos casos –con un impacto en cuanto a personas afectadas bastante reducido– es el de los profesores universitarios eméritos³³ y del personal licenciado sanitario emérito³⁴, contemplados en los artículos 137.c) y 213.2 del TRLGSS.

Pero, sin duda, el supuesto con mayor trascendencia es el de ciertos colectivos de profesionales colegiados –los más señalados, los médicos y los abogados– a los que la normativa vigente permite la plena compatibilidad entre el cobro total de la pensión de jubilación y la continuidad en el desarrollo de su actividad profesional, sin un límite temporal. El único requisito que deben cumplir es encontrarse en alta por el ejercicio de su actividad no en el Régimen especial de trabajadores autónomos sino en la correspondiente Mutualidad de Previsión Social vinculada a su colegio profesional³⁵.

Esta situación, muy favorable para dichos colectivos, se basa en la idea de que dicha Mutualidad (privada) actúa como un régimen sustitutorio del sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, no se contradice la lógica de incompatibilidad recogida en el artículo 213.1 del TRLGSS. Y también cabe recordar que esta compatibilidad se eliminó durante un corto período de tiempo –Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo–, lo que produjo un interesante debate judicial³⁶, si bien fue rápidamente

³² CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO y VALDÉS.: “La nueva regulación...”, ob.cit., pág. 19; también, SUÁREZ CORUJO, B.: *El sistema...*, ob.cit., pág. 257.

³³ Disposición adicional 22ª apartado 2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

³⁴ Disposición adicional 4ª de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

³⁵ En relación con este colectivo vid LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Hacia el envejecimiento...”, ob.cit. págs. 63-66, y “Acerca de...”, ob.cit. págs. 63-67.

³⁶ Entre otras, SAN de 6 de junio de 2012 y STS de 4 de julio de 2012.

restaurada mediante la disposición adicional 37^a³⁷ de la Ley 27/2011, que derogó tácitamente dicha Orden.

Como señalaremos en el siguiente apartado, este régimen de compatibilidad constituye una situación de privilegio frente al resto de los trabajadores carente de la suficiente justificación y, en consecuencia, debería reformarse. Es más, esta situación no resulta coherente con la propia sostenibilidad financiera del sistema de pensiones ya que se cobra la pensión completa, se sigue trabajando y no se realiza ninguna cotización.

3. ¿ES NECESARIO REFORMAR EL RÉGIMEN VIGENTE DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN?

La respuesta al interrogante planteado es, a nuestro entender, afirmativa, por dos motivos principalmente, uno de fondo y otro de carácter más organizativo.

El primer motivo se fundamenta en la idea puesta de manifiesto al inicio de este trabajo: la aplicación combinada y progresiva de las reformas en materia de jubilación recogidas en las Leyes 27/2011 y 23/2013 va a tener como resultado una reducción progresiva del importe de la pensión de jubilación, minorando la correspondiente tasa de sustitución. Y ello implicará que ya no valga la idea –plenamente vigente hasta ahora– de que con la pensión de jubilación es suficiente para subsistir una vez jubilado.

Es más, junto al impacto directo de las Leyes citadas, cabe tener presente que, como consecuencia de la complicada situación de nuestro mercado de trabajo, las generaciones más jóvenes y las no tan jóvenes tendrán bastante más difícil cumplir los requisitos necesarios para alcanzar algo relativamente común hasta el momento, como es cobrar el 100 por 100 de la base reguladora de la pensión de jubilación, o que esa base reguladora corresponda a un trabajo a tiempo completo y/o estable. En efecto, sin entrar en más detalle, cabe citar aquí factores como: el elevado nivel de desempleo juvenil, la más tardía inserción en el mercado de trabajo, el que la contratación temporal sea muy habitual, la contratación a tiempo parcial (que aunque ha mejorado su protección desde la perspectiva del acceso a las pensiones, sigue dando lugar a prestaciones de una cuantía muy baja), el previsible incremento de las carreras laborales y de cotización más inestables, las grandes dificultades de los desempleados mayores de 45 años para reincorporarse al mercado de trabajo, los períodos prolongados en situaciones de desempleo sin cotización por jubilación (cabe criticar aquí la reforma restrictiva llevada a cabo en el marco del subsidio por desempleo para mayores de 55 años), la forma en que se cubren ahora las lagunas de cotización, etc. A lo que cabe añadir un factor de género, por cuanto algunos de esos factores están más presentes o de una forma diversa en el caso de las mujeres, a los que cabe añadir, además, las consecuencias negativas desde la perspectiva de la Seguridad Social que tienen las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar (en particular la reducción de la jornada por el cuidado de hijos o familiares).

³⁷ “El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo”. Vid. también la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 6 de noviembre de 1996.

Y también señalamos al principio que, con tales reformas, se ha instaurado la necesidad de planificar nuestra pensión de jubilación futura (se nos hace aún más corresponsables que en la actualidad) y, a nuestro entender, si bien existen otras vías ya apuntadas (los planes de pensiones, los contratos de seguros, la inversión inmobiliaria...), es necesario habilitar mecanismos que, como en otros países, permitan realmente a un pensionista de jubilación con una pensión baja compatibilizarla con un trabajo y así complementar dicha pensión. En este punto no cabe olvidar que en países como Alemania empieza a ser frecuente hablar de los minijobs de los jubilados, que les permiten incrementar sus recursos. Por tanto, a nuestro entender, resulta necesaria una regulación de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación que contemple tal situación no como una opción o posibilidad poco frecuente –como ocurre en la actualidad– sino como una situación muy posible o, en otras palabras, totalmente normalizada.

Y el segundo motivo, más de tipo organizativo, consiste en que, tal y como hemos visto, actualmente existen varias vías que permiten la mencionada compatibilidad, creadas de forma sucesiva y sin ninguna coordinación entre sí, más allá de la compatibilidad entre ellas. También, como hemos visto, se solapan entre sí y tienen alcance y consecuencias distintas para los pensionistas. A nuestro entender, pues, se trata de un sistema poco o nada coordinado.

Partiendo de lo anterior se abren, a nuestro entender, dos posibilidades a la hora de proponer posibles reformas: una con una menor intensidad, consistente en mantener el mismo modelo de figuras múltiples, mejorando algunos aspectos de cada una de ellas. Y otra de mayor trascendencia, consistente en una reforma en profundidad del propio sistema de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación. En todo caso, ambas posibilidades tienen un elemento en común: la necesaria reforma del artículo 213.1 del TRLGSS con el objetivo de eliminar la referencia –que carece de sentido ya con la regulación vigente– a la incompatibilidad general del trabajo con el cobro de la pensión de jubilación. Veamos ambas posibilidades.

En primer lugar, si la hipótesis fuera mantener el régimen actual, a nuestro entender, sería posible introducir algunas reformas, con el doble objetivo de facilitar el recurso a estas medidas y, a la vez, contribuir a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones –que también se encuentra dentro de la lógica del fomento del envejecimiento activo–, así:

a) En el marco de la jubilación flexible cabría plantearse la posibilidad de ampliarla al trabajo por cuenta propia –una vez entre en vigor la figura del trabajador autónomo a tiempo parcial ya prevista legalmente pero postergada–, así como reconocer la aplicación del coeficiente adicional en el caso de continuar trabajando más allá de la edad ordinaria de jubilación (artículo 210.2 del TRLGSS) pero en proporción al hecho de que se trata de un trabajo a tiempo parcial.

b) El caso del trabajo por cuenta propia con ingresos escasos dado que, como ya hemos señalado, puede constituir una vía de posible fraude a la Seguridad Social, debería reformularse para establecer mayores condicionantes y controles o bien incluso debería suprimirse, planteándose como alternativa la figura de la jubilación activa.

c) En el ámbito de la jubilación parcial, si quiere fomentarse deberían eliminarse los posibles efectos negativos derivados actualmente del hecho de no celebrar un contrato

de relevo, debería poder aplicarse el coeficiente adicional previsto en el artículo 210.2 del TRLGSS, y volver al sistema anterior de cotización, esto es, a que tanto el trabajador como la empresa cotizasen exclusivamente por el porcentaje de jornada que se lleva a cabo.

d) En cuanto a la jubilación activa, ya pusimos de relieve páginas atrás su carácter restrictivo; es por ello por lo que debería preverse su aplicación con independencia del tipo de jubilación a partir del cual se acceda (ordinaria, anticipada...) a la misma y el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora. Y también debería incrementarse el tipo de cotización, ya que si bien es entendible una cotización de solidaridad, un tipo tan bajo como el actual es difícilmente admisible desde la lógica de la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social.

Y, e) finalmente, cabe destacar que la posibilidad que tienen algunos colectivos profesionales colegiados de compatibilizar la pensión de jubilación y la actividad profesional resulta injustificada en el panorama actual, suponiendo, además, un coste añadido para el sistema de pensiones. A nuestro entender, la alternativa sería eliminar esa compatibilidad total y pasar a la fórmula de la jubilación activa.

Respecto a la segunda alternativa, de mayor calado pero más lógica si tenemos en cuenta el papel que las fórmulas de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación van a tener en el futuro, consistiría en una reformulación del panorama actual que, como ya hemos afirmado, resulta descoordinado y ha sido instaurado de una forma sucesiva pero sin seguir un hilo conductor. A nuestro entender, esta reforma en profundidad podría consistir en lo siguiente:

1) En primer lugar, deberían eliminarse todas las fórmulas vigentes actualmente en materia de compatibilidad³⁸ y, con la excepción del límite del trabajo en el sector público, debería permitirse una compatibilidad plena entre la pensión de jubilación y el trabajo, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial. Obviamente, habría que respetar los límites derivados de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, particularmente lo dispuesto en el artículo 25 de la LPRL, sobre la base del factor de mayor edad.

Asimismo, la compatibilidad sería aplicable con independencia del tipo de pensión de jubilación que se hubiera causado, es decir, anticipada, ordinaria o postergada, y con independencia del porcentaje aplicable a la base reguladora y el momento en el que se opte por la compatibilidad.

Y este nuevo sistema de compatibilidad resultaría aplicable a todos los regímenes de la Seguridad Social, incluidos los regímenes especiales de los funcionarios públicos.

2) En concordancia con lo anterior, deberían eliminarse regímenes privilegiados como el de los colectivos de profesionales colegiados que actualmente, como vimos, pueden compatibilizar totalmente el cobro de la pensión de jubilación y la actividad profesional; sumándose estos colectivos al régimen previsto con carácter general.

³⁸ La única excepción sería la jubilación parcial a la que se accede a una edad anterior a la de la jubilación ordinaria, regulada en el artículo 215.2 del TRLGSS, por su finalidad de fomento del empleo.

3) El nuevo modelo consistiría en prever una única vía de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo que más que una reducción fija del 50 por 100 como se prevé, como hemos visto, en la jubilación activa, que tiene un impacto muy diferente en función de la cuantía de pensión que se recibe, comportaría una reducción de la pensión que se vincularía directamente al tiempo de jornada desarrollado en relación a un trabajador a tiempo completo comparable, en la línea de lo previsto actualmente para la jubilación flexible, pero con alguna corrección.

De este modo, en el caso de desempeñar una jornada a tiempo parcial del 60 por 100 o superior en relación a un trabajador a tiempo completo comparable (definido en la misma línea del artículo 12.1 del TRET) se reduciría la pensión al 40 por 100 de su cuantía inicial. Por debajo de ese porcentaje de jornada, la reducción de la pensión sería directamente proporcional a la duración de la jornada en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

Por otra parte, esta solución requeriría un control mucho más estricto en el caso del trabajo por cuenta propia, ante las mayores dificultades de control de la jornada efectivamente realizada; de no poder garantizarse ese control, sólo cabría el trabajo por cuenta propia a tiempo completo. A estos efectos, cabe recordar que, como ya hemos manifestado, aunque previsto legalmente, el trabajo por cuenta propia a tiempo parcial todavía no está vigente en nuestro país.

En todo caso, la actividad laboral o profesional podría seguir desarrollándose en la misma empresa o consistir en la misma actividad profesional anterior o bien podrían variar (otra empresa/otra actividad profesional/cambio a una actividad por cuenta propia...).

Obviamente, este nuevo sistema sólo resultaría interesante para el pensionista cuando la remuneración recibida en el nuevo trabajo superase lo dejado de percibir en concepto de pensión.

4) Respecto a la obligación de cotizar a la Seguridad Social, si queremos fomentar el envejecimiento activo y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, debería mantenerse un sistema reducido de cotización pero sin que el mismo supusiese un perjuicio económico para el sistema de Seguridad Social (probablemente, el 8 por 100 actual en el caso de la jubilación activa es demasiado bajo). A lo que cabe añadir que esa cotización reducida serviría de incentivo para las empresas contratantes.

No obstante, al tratarse de una cotización más baja no podría tener efectos en cuanto a la modificación de la correspondiente base reguladora de la pensión o en el porcentaje aplicable, ni tampoco a los efectos de reducir o suprimir el coeficiente reductor en el caso de tratarse de una jubilación anticipada.

Sin embargo, cabe tener presente que, en el caso de la jubilación anticipada, el pensionista –con el acuerdo de la empresa–, aunque desarrollara un trabajo a tiempo parcial, podría optar por suspender el cobro total de la pensión y cotizar de una forma ordinaria, de modo que, una vez cesase en el trabajo, las cotizaciones realizadas se tendrían en cuenta a los efectos del recálculo de la base reguladora, el porcentaje aplicable y la reducción o supresión del correspondiente coeficiente reductor.

5) Aun cuando no entraremos en ello, también cabría plantearse si resultaría conveniente establecer incentivos fiscales con el objetivo de prolongar la vida activa de las personas (ya se trate de retrasar la edad de jubilación ordinaria o de recurrir a las vías de compatibilidad). A nuestro entender, sería una opción interesante.

6) Lógicamente, el pensionista lo seguiría siendo a los efectos de la asistencia sanitaria y las demás ventajas sociales.

7) Deberían establecerse los límites y condicionantes necesarios, desde la perspectiva laboral, para evitar que este nuevo sistema sirviera como una vía de competencia para el empleo entre el colectivo de los pensionistas y los trabajadores desempleados (entre ellos los jóvenes), si bien ésta es una cuestión muy compleja y la interrelación real en el empleo entre uno y otro colectivo es difícil de determinar. Y también deberían fijarse límites para evitar un efecto sustitución injustificado por parte de las empresas entre trabajadores y pensionistas; impidiendo, por ejemplo, de una forma eficaz, los despidos pensados para facilitar dicho efecto de sustitución o fijando una obligación real de mantenimiento del empleo en el caso de recurrir a la contratación de pensionistas. En este punto debería irse bastante más allá (principalmente en términos de eficacia real) de las medidas recogidas en el artículo 214 del TRLGSS, a las que hacíamos referencia páginas atrás.

Y, desde una perspectiva más general, resulta necesaria una nueva forma de gestionar la edad en las empresas, evitando y eliminando los estereotipos negativos vinculados en la actualidad a las personas de más edad. Debería modificarse la forma como el mercado de trabajo, las empresas, los propios trabajadores y la sociedad valora a los trabajadores de más edad. No podemos olvidar que el fomento del envejecimiento activo sólo podrá ser cierto cuando los trabajadores de mayor edad tengan posibilidades reales de empleo, lo que no se produce en nuestro mercado de trabajo y, menos en los últimos años.

8) Este nuevo modelo de compatibilidad sería compatible con las otras figuras que tienen como finalidad el favorecimiento de la prolongación de la vida activa a partir de la edad ordinaria de jubilación, como la jubilación postergada o la exoneración de cotizaciones prevista en el artículo 152 del TRLGSS.

Y, 9) por último, el cobro de la pensión reducida debería ser compatible no sólo con el trabajo sino también con la percepción, en su caso, del correspondiente plan de pensiones o figura alternativa. Es decir, el hecho de que se esté desarrollando un trabajo no debería ser un impedimento para poder cobrar esa ayuda complementaria, mejorándose así los ingresos que percibe el jubilado.

4. CONCLUSIONES FINALES

Sin reiterar lo ya señalado en las páginas anteriores sí cabe realizar tres últimas conclusiones finales:

1ª) Dado el grave impacto que va a tener la aplicación conjunta de las reformas de la pensión de jubilación recogidas en las Leyes 27/2011 y 23/2013 resulta urgente revisar y, en su caso, reformular los elementos que pueden contrarrestar sus efectos, y entre ellos, debería abordarse la reforma de las vías que actualmente permiten compatibilizar el trabajo y la pensión de jubilación. Y también deberían revisarse aquellos otros

elementos que, como los planes de pensiones y fórmulas análogas, siguen pensados más como una vía de inversión o de desgravación fiscal que como un elemento que ayudará a obtener unos ingresos más elevados en el momento de jubilarse.

2ª) Resulta muy preocupante la creciente desconexión –incluso incrementada en los últimos años– entre la perspectiva “laboral” y la perspectiva de “Seguridad Social”, por cuanto mientras que las reformas en materia de jubilación hacen aún más difícil obtener una pensión de jubilación y rebajan su cuantía, la realidad del mercado de trabajo muestra una carrera laboral cada vez más inestable e irregular y con probabilidades incluso de salir del mercado de trabajo a una edad madura. En otras palabras, mientras que en el marco de la Seguridad Social se fomenta el envejecimiento activo (y la sostenibilidad financiera del propio sistema de pensiones) y se complica el acceso a la pensión de jubilación, el mercado de trabajo dificulta el desarrollo de una carrera laboral estable y larga así como el mantenimiento o la vuelta al empleo a partir de una determinada edad. Lógicamente, urgen medidas de acercamiento entre esas dos visiones tan distintas de una misma realidad práctica.

Y, 3ª) por último, tal y como hemos señalado páginas atrás, resultaría recomendable (y urgente) reformular el sistema vigente de compatibilidad entre el trabajo y el cobro de la pensión de jubilación. Y también hemos citado el caso de los jubilados alemanes que recurren a los minijobs para complementar su pensión. En nuestro país aún no hemos llegado al estadio en el que nos planteemos ese tipo de situaciones, esto es, que una persona siga cobrando el total de la pensión y trabaje con el objetivo de poder subsistir dignamente, si bien cabe preguntarse si no habrá que pensarlo a medio o largo plazo, cuando se hayan desplegado totalmente los efectos de las Leyes 27/2011 y 23/2013. A nuestro entender, por su gran impacto negativo, debería reformarse el factor de sostenibilidad con el objetivo de poder compensar sus efectos con elementos como el nivel de empleo y/o productividad, el incremento de los ingresos, etc., tal y como se ha hecho en otros países.

Capítulo IV. Papel de las Mutuas a la luz de su nueva ley y la reestructuración de las mismas.

RAMÓN LÓPEZ FUENTES¹.
Prof. Contratado-doctor DTSS.
Universidad de Sevilla.

Resumen

La Ley 35/2014, implica no sólo un cambio de denominación de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, sino el reconocimiento de un campo de actuación que va más allá de las contingencias profesionales. Ese cambio tiene una importante repercusión sobre el número de profesionales que trabajan en las Mutuas, ya que existen diferentes límites administrativos para el crecimiento del empleo en el sector público. A esto habría que añadir la destrucción de empleo, justificada por la crisis económica. Como resultado de esa realidad, se produce una importante reducción de empleo en dichas entidades.

Por otro lado, la ley permite apostar por un cambio de sentido, siempre y cuando se abran nuevas líneas de acción, para lo que será necesario contar con profesionales cada vez más especializados. Lo que no está tan claro es cuáles serán sus condiciones socio laborales en relación a lo que tradicionalmente se daba en las Mutuas: niveles de empleo caracterizados por su estabilidad y calidad.

Abstract

The law 35/2014, involves not only a change in the title of the cooperating Mutuals, but also a wider scope of action which go further than the professional contingencies. In fact, this change has also an important effect over the number of people working in the Mutuals, since there are some administrative limits to the development of the public employment of the sector. In addition to it, we should mention the lose of jobs, justified by the economical crisis. As a result of this reality, it is produced a significant reduction in the employability of these institutions.

On the other hand, the law permits a change of direction, as long as new lines of work were opened, for which will be necessary even more and better specialized staff. In this sense, what is not enough clear is which are going to be their new working conditions, since the references have traditionally been high levels of quality and stability.

1. Cuestiones preliminares.

La aprobación de la ley 35/2014, de 26 de diciembre, como parte del Programa Nacional de Reforma para el Reino de España, daba cumplimiento a la promesa electoral de crear un nuevo marco regulador del sector. Mediante dicha norma se da cierta continuidad al papel que venían desempeñando las Mutuas, a la vez que crea las condiciones necesarias para un enfoque diferente en sus relaciones con la Seguridad Social.

Se ha señalado que dicha reforma se centra más que nada en pequeños retoques estéticos, pero, a nuestro juicio, en realidad es más importante de lo que aparenta o se ha pretendido hacer ver. Y ello, porque no sólo hay un cambio de denominación, sino un posicionamiento de estricta dependencia con el Sistema de Seguridad Social.

Ejemplo de lo anterior lo tenemos desde el enfoque que se quiere dar a cómo quedan las Mutuas, en su consideración de entidades colaboradoras con la Seguridad Social y no ya de la Seguridad Social. Además, ese cambio de denominación deja al margen las referencias tradicionales a la naturaleza profesional de su campo de acción, para, a

¹ Trabajo desarrollado dentro de la línea de investigación del grupo EURLAB SEJ103

continuación enumerar las lista de funciones que han ido asumiendo en los últimos años, algunas de las cuales venían cuestionándose a la luz de su inicial concepción.

Aspectos, todo ellos, que enlazan con la tendencia previa y necesaria para afrontar esos cambios, y que obligaba a modificar –con diverso alcance, todo sea dicho– el marco jurídico del empleo de los diferentes colectivos profesionales que prestan sus servicios a través de dichas instituciones². O lo que es lo mismo, y pese a lo que pudiese pensarse, se facilita y continúa con un proceso de reducción de profesionales en el sector³, como ya desde el anteproyecto de la ley de Mutuas había sido ampliamente cuestionado por diferentes asociaciones empresariales y sindicales⁴.

En realidad, a nuestro juicio, estamos ante un nuevo ejemplo de como sobre la base de mantener un proceso convergente con la realidad económica, es posible desarrollar un sistema “parapúblico” de acceso restringido y beneficioso para determinados entes empresariales. Pues no siempre se reduce el uso de servicios ajenos, sino que éste se hace especialmente necesario para atender determinados servicios profesionales⁵, al menos en determinados aspectos funcionales⁶, que normalmente presentan un coste elevado, por la especialidad que presentan.

Cierto es que la conjugación de factores organizativos y económicos relacionados con la crisis económica permiten entender, y hasta justificar, algunos de los procesos previos de reducción de profesionales en el sector. Si bien es cierto que ello no deja de ser paradójico, ya que y pese a existir un mayor campo de acción, la presencia de diversos factores externos repercute negativamente sobre la propia forma de gestión de las Mutuas existentes –que pone en entredicho la necesidad de algunas de las actuaciones realizadas–. Situación que, no necesariamente se ha traducido en una mayor y mejor atención al ciudadano⁷, si no a un traslado de carga desde las propias

² Se profundizaría así en un proceso de reestructuración del sector, que sobre el argumento de las funciones que desarrollan los trabajadores que integran el colectivo de las Mutuas y la necesidad de optimizar recursos, permitirá seguir reduciendo y especializando el número de dichas Entidades Colaboradoras, con la consiguiente eliminación de masa laboral. En este sentido vid, López Gandía, J. “La reforma de las mutuas y la sostenibilidad de la seguridad social”. *Lex social: revista de los derechos sociales*, ISSN-e 2174-6419, nº 5, V2, 2015. págs. 153-179

³ Quizás no en los términos que señalan algunos informes sindicales, pero sin duda muy en la línea de aquellos. Al respecto vid. el informe sobre el anteproyecto de UGT o CCOO, que hablan, cuanto menos de una reducción de más de 10000 profesionales ante las reestructuraciones realizadas y por realizar. Al respecto material interno sindical.

⁴ Al respecto, son numerosas las publicaciones que recoge AMAT y diferentes sindicatos, así como artículos de opinión de diversos profesionales del sector respecto a los problemas que pueden presentarse. cit recursos bibliográfico AMAT.

⁵ Como ya hacen numerosas direcciones provinciales de algunas Mutuas respecto de servicios jurídicos y de asesoramiento, por más que los mismos puedan coordinarse con sus correspondientes servicios centrales, amén de determinadas actividades sanitarias que por su especificidad han de “subcontratarse”. En concreto cit documentos internos Mutua de referencia

⁶ Ante la imposibilidad de atender adecuadamente las tareas encomendadas. De manera que los criterios de eficacia, eficiencia y calidad permiten justificar el rodillo absorbente en favor de macroentidades colaboradoras “unificadas” que a su vez prestan servicios a los entes propios de la colaboración *con* la Seguridad Social, dentro de un contexto de reestructuración del sector. Al respecto vid en VVAA, dir. Tempere Navarro, A.V. *Las mutuas colaboradoras con la seguridad social: la nueva regulación y su acción protectora*. Edit. Aranzadi. 2015. ISBN 978-84-9099-028-5.

⁷ Sirva al respecto, como ya hemos señalado, la presencia de numerosos documentos de trabajo de rechazo al anteproyecto de Mutuas, tanto desde el ámbito empresarial, como sindical. Al respecto (...)

Administraciones Públicas e otros entes instrumentales del Sector Público. A tal punto es así que, algunas de dichas actuaciones, incluso pueden cuestionarse a la luz de un tema tan relevante –precisamente al reivindicar la naturaleza privada de dichas instituciones– como es limitar el derecho de la competencia, por más que dichas acciones se traten de justificar sobre el carácter finalista de dichas instituciones. Lo que supone incurrir en graves incoherencias, que hacen pensar que antes se hacía mal, o ahora se hace peor.

2. La importancia del marco administrativo en la configuración de las plantillas profesionales de las Mutuas

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en desarrollo de la DA 31 de la ley 2/2011, aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁸, cuyo art. 1.3 deja muy claro que las Mutuas forman parte del mismo⁹.

Esa inclusión implica extender el régimen de garantías y controles administrativos sobre determinadas entidades que, sin embargo, no se consideran Administración Pública. Un tema que, al menos en los últimos años, ha pasado a tener un gran protagonismo en materia de personal¹⁰. Y ello, pese a la presencia de normativa propia

vid. Informes UGT, CEOE o AMAT, cuestionando la evolución del servicio en el sector e incluso la posible vulneración del derecho a la salud, como ha llegado a publicar el sindicato ELA.

⁸ En adelante TRLCSP

⁹ En concreto, se indica que integran el Sector Público

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), y la legislación de régimen local.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores

¹⁰ Al tratarse de trabajadores cuyos servicios se centran a la atención al ciudadano en ámbitos que van más allá de los estrictamente sanitarios, con un importante volumen de empleo que, sin embargo, se ha caracterizado por aplicar de muy diversa forma criterios estrictamente empresariales. En sentido similar, si bien profundizando sobre el papel de dicha naturaleza pública, vidJ López Gandía, J y Toscani Giménez, D. *La reforma de las Mutuas*. Edit. Bomarzo, 2015. ISBN 9788515923717 (ref. contracub).

que, en su caso, se complementa por las normas de derecho común en materia de personal, el Texto Refundido de Estatuto de los Trabajadores y el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

Dicho lo anterior, hay que justificar el porqué de dichas actuaciones. Por eso se acude constantemente a la premisa sobre la naturaleza económica y funcional de las Mutuas, de forma que la naturaleza pública de aquellas conlleva el peaje de verse sometidas a determinadas normas y reglas de Derecho Administrativo, en términos similares a la propia Administración –sobre todo en cuestiones de control y crecimiento de plantillas dichas entidades–¹¹. Quizás un ejemplo clave al respecto lo vemos en la Ley de Presupuestos para 2013, extendida en sus efectos para 2014, cuando mantuvo la denominada “moratoria” en materia de elección de Mutuas¹²; ya que dicha norma debía significar el cese de la actividad comercial de las mismas, así como avanzar en la concentración de recursos sanitarios y preparar definitivamente la segregación de las sociedades de Prevención¹³....

¹¹ De forma muy simple podríamos decir que *están fuertemente administrativizadas* y, por tanto, no sólo sometidas a diferentes niveles de control interno por los propios órganos de la Mutua, sino a todo un entramado de filtros y controles de vigilancia y tutela del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Funciones que se ejercen fundamentalmente a través de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de la que depende la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, a la que corresponde ejercer el seguimiento en el orden económico de las Mutuas y coordinar y tutelar la gestión que éstas realizan. Sin perjuicio de esa tutela, además, la actuación de la Mutua está también sujeta a los siguientes controles externos:

Control financiero, a través de la Intervención General de la Seguridad Social.

Control del cumplimiento de la normativa de Seguridad Social, a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Control del cumplimiento de la normativa en materia de Sanidad, a través de las Inspecciones de Servicios Sanitarios correspondientes.

Un control Administrativo de las Mutuas que se asienta sobre la argumentación que gestionan fondos públicos, como que justifica la necesaria remisión al art. 52 del ya antiguo RD 1993/95. Al resepató, vid. VVAA. *Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades de la Seguridad Social*. MTSS, Edit. Cinca, 2010.

¹² Vid la Disposición Transitoria Octava de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, por la que se aprobaron los Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, que establecía, de forma transitoria, el mantenimiento de la asociación y adhesión a la Mutua que, a la fecha de entrada en vigor de la citada Ley, se hubiera elegido, hasta la entrada en vigor de la norma por la que se actualice el régimen jurídico de las Mutuas. Cuestión ésta que, como hemos anticipado, bien podría bien ser objeto de análisis sobre su legalidad a la luz de la doctrina sobre derecho de la competencia en el seno de la UE, partiendo de los fines que son propios a las Mutuas y del debate en torno a su naturaleza.

¹³ Como ya establecía el Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, sobre la segregación de la actividad preventiva de las Mutuas, diferenciando aquella desarrollada dentro del ámbito de la Seguridad Social, de aquella correspondiente a la actuación voluntaria como Servicios de Prevención Ajenos. La regulación del funcionamiento de las Mutuas como Servicios de Prevención Ajenos se refleja en el artículo 13 del Reglamento General de Colaboración, en relación con el artículo 68 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social y del citado Real Decreto 688/2005, pudiendo llevarse a cabo a través de una persona jurídica distinta de la Mutua, llamada Sociedad de Prevención, sociedad mercantil diferenciada de las funciones y actividades llevadas a cabo por la Mutua en su función de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, para preservar los medios que proceden de ésta. Y que, curiosamente, ha implicado un nuevo marco regulador de cómo afrontar la gestión sanitaria de los servicios de prevención, como regula el RD 901/2015, de 9 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención y, en su caso, respecto del Plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2015, conforme a los criterios de la Resolución de 4 de mayo de 2015, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

Con un panorama así, es claro que los empleados de las Mutuas, pese a que no gozan del nivel de garantías administrativas que supondría su consideración como Administración Pública, sí que estén sometidos a criterios de funcionamiento y de condiciones laborales particulares, en base a esa funcionalidad Pública de las entidades en las que desempeñan sus funciones¹⁴. Luego, y pese a que su marco regulador común sea el Estatuto de los trabajadores¹⁵, determinados aspectos relacionados estrictamente con política salarial y régimen de contratación están fuertemente “administrativizadas” por cuanto están supeditadas a los criterios que año a año se ha ido aprobando por nuestro legislativo¹⁶.

A modo de resumen, podemos afirmar que los límites administrativos indicados se justifican sobre tres grandes líneas de acción:

Por un lado, en cuanto a cómo incide en su plantilla el porcentaje de su masa económica destinada a la administración de las Mutuas¹⁷. Situación que, obviamente, se ve y ha visto condicionada por la situación económica del país: con numerosos cierres empresariales, disminución de contrataciones y disminución de cotizantes..., que ha llevado a la correspondiente reducción de cuotas. Lo que, obviamente, implica menor porcentaje de masa económica dedicada a nuevas contrataciones y/o, en su caso, incluso, a no renovaciones contractuales o, incluso, a extinciones contractuales.

Y en segundo término, por la aplicación de las ya citadas limitaciones que desde el Gobierno se han impuesto para reducir el sector público¹⁸. Especialmente llamativo es la previsión de que sólo sea posible realizar contrataciones sobre un porcentaje de tasa de reposición, en términos similares a las Administraciones Públicas. Y decimos similares, porque, obviamente, el cubrir esos porcentajes en las vacantes no sólo no es

¹⁴ Incluido el diverso alcance que se ha introducido por parte de nuestros tribunales respecto a determinadas normas en materia de despidos. vid. Kahale Carrillo, D.T.” El despido colectivo del personal laboral al servicio de los Entes, Organismos, y Entidades que forman parte del Sector Público. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 38/2014, p. 276, ISSN 1696-9626.

¹⁵ Que permite adaptar las necesidades económicas del sector a diferentes procesos de “elasticidad” en el diseño de plantillas, por más que desde el ámbito de las Mutuas se “apueste por la estabilidad y recolección de sus profesionales. En este sentido no podemos encontrar una única dirección de acción, si bien si que podemos observar diversas acciones concretas en materia de reubicación de personal y diseños de carreras profesionales.

¹⁶ Por poner ejemplos claros de esas medidas, baste citar cómo se han aplicado limitaciones retributivas a su personal, o las novedades introducidas respecto al ejercicio de funciones y condiciones de participación en sus órganos de dirección, dentro del programa de acción para la Administración Pública.

¹⁷ Donde encajan todos aquellos aspectos que tienen que ver con el mantenimiento y crecimiento de plantillas, tal y como se establece en el Reglamento de colaboración de las Mutuas y los Estatutos propios de cada una de las mismas. En concreto el art. 7 del RD 1993/95, en su apartado 1.d) que nos remite, tanto al art. 20, como al 24 del mismo texto y al papel que al respecto tengan los correspondientes Estatutos

¹⁸ Y no siempre de la forma más adecuada, como demuestra el artículo 34.6, de la Ley de presupuestos para 2015, relativo a los requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario establece que, en el caso de las mutuas, “accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y sus centros mancomunados (...) será preceptivo informe de la Comisión de Seguimiento de la Negociación Colectiva de las Empresas Públicas, presidida por la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos, de conformidad con lo que establezca la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Serán nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en esta materia con omisión del trámite de informe o en contra del informe de la Comisión de Seguimiento de la Negociación Colectiva de las Empresas Públicas.”

obligatorio, si no que a veces se ha visto impedido por la propia reducción de actividad económica. E incluso, y cuando se ha producido se ha tratado de un proceso muy centrado en subir la llamada plantilla operativa. Esto es, centrada respecto al personal técnico sanitario –en detrimento de otras áreas funcionales de las Mutuas–.

Por último, el hecho de asistir a un proceso de reestructuración, fusión o reordenación del número de Mutuas y de sus recursos. Limitando y frenando así un posible crecimiento del sector, que tuviese su traducción en los niveles de empleo de las Mutuas, tal y como sí era frecuente ver en la primera parte de nuestro siglo. No obstante, mucho nos tememos que no sea éste un tema cerrado, dado que el número actual de Mutuas probablemente se reduzca aún más¹⁹.

Ese cúmulo de circunstancias han tenido una incidencia dispar, según la propia dimensión de las Mutuas y su situación económica²⁰. Pero en términos globales, suponen un adelgazamiento organizativo de las mismas, donde las previsiones del Estatuto de los Trabajadores encajan perfectamente²¹ y justifican incluso despidos colectivos de importancia²². Extinciones que, precisamente por lo anterior, justifican una litigiosidad limitada al respecto y la posible percepción para conocer el verdadero alcance de las extinciones realizadas²³.

¹⁹ Al respecto vid. las consecuencias de aplicar la SENTENCIA nº 19 DE 2013 DE TRIBUNAL DE CUENTAS - SALA DE JUSTICIA, 17 de Septiembre 2013, y lo ocurra ante una posible absorción para parte de otras, como ha ocurrido con respecto a la no aplicación de código ético como causa de despido por parte de FREMAP en base, precisamente al basarse la juez en un artículo de El País de 14 de Junio de 2014, sobre la nefasta gestión de la Mutua.

²⁰ Que sin llegar a los términos de nuestro sector financiero, si que encuentran cierto parangón de criterios comunes, como ocurre por acudir a términos de “territorialidad”, “sectorización” o “racionalización” a la hora de integrar, coordinar o eliminar entidades, de manera que actualmente podemos encontrar un número bastante más reducido de Mutuas. Y que en algunos casos, además, funcionan como unidad. Vid al respecto info www.AMAT.es

²¹ En concreto por la aplicación de la Disposición adicional primera Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración. Que establece que los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

En el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias.

²² Al respecto pueden ser ilustrativos los procesos realizados en Cyclops o MAz, por poner sólo un par de ejemplos de sobra conocidos.

²³ Bien por el perfil de los profesionales despedidos, por la mejora sobre las indemnizaciones previstas, por la propia externalización que ya existe de determinadas funciones, por acudir a fórmulas que han permitido enlazar separadamente procesos colectivos a través de extinciones individuales...éct. Una amplia casuística que, sin embargo, ha dado lugar a muy escasa doctrina judicial en relación a otros sectores de actividad,

Y no sólo se trata de destrucción de empleo, sino que, y al igual que en otros ámbitos económicos, podemos afirmar que hay una mayor precarización de condiciones laborales. No sólo por la aplicación de normas sobre recortes, reestructuraciones estructurales u ordenación de jornadas.... Si no, por el hecho cada vez más frecuente de establecer un mayor nivel de rotación y precarización de los contratos, al implantar mayores niveles de contratación a tiempo parcial o integrar figuras temporales de acceso al empleo, formular políticas de integración de becarios.... etc²⁴.

Es cierto que ese panorama forma parte ya de una tendencia general de nuestra economía, por más que en su momento no se destacase como una característica propia del sector público. Por último, hay que mencionar la preocupación y temor previo a la Ley de Mutuas sobre el impacto que sobre el empleo tendría desligar y, en su caso, privatizar las sociedades de gestión de la Prevención que aún permanecen adscritas a las Mutuas. Una materia que ha sido afrontada de diferente forma por las Mutuas, pero que en términos generales ha implicado una reducción paulatina de profesionales que, a nuestro juicio, no necesariamente se ha traducido en una mejora en la atención a la Prevención de Riesgos de los trabajadores²⁵, si no que ha supuesto verdaderas oportunidades de negocios para determinados intereses corporativos²⁶.

En conclusión, y aunque es difícil valorar al detalle el verdadero alcance e impacto de las medidas descritas –dado que sólo al acudir a cada uno de los de los departamentos de Recursos Humanos de las Mutuas podremos medir su verdadero efecto, y el cómo se han afrontado en cada caso–, si hay datos reales aproximados sobre el hecho de que se ha producido una reducción importante del volumen total de empleados en el sector de las Mutuas en los últimos años, por más que en muchos casos simplemente se haya procedido a jubilar a ciertos trabajadores, cuyas vacantes no se cubren.

3. Aspectos de la Ley de Mutuas que pueden ahondar en la reestructuración del sector.

La Ley 35/2014, al suprimir la preposición de por la preposición con, nos parece que pretende no sólo dejar clara la naturaleza privada de las Mutuas, si no poner coto también a cualquier posible planteamiento de que las mismas puedan integrarse como parte de una futura Agencia Nacional de la Seguridad Social e incluso garantizar su viabilidad y pervivencia, pese a que pudiese plantearse una reforma en torno a la unificación o simplificación de la naturaleza de las prestaciones, desapareciendo cualquier referencia a la profesionalidad o no de las mismas. Quizás incluso puede

²⁴ Sobre todo en el ámbito de las vacantes propias de los profesionales sanitarios, e incluso de la contratación vía ETT o conveniando la realización de actividades, vía prestación de servicios mercantiles. Ejemplos de lo anterior los tenemos en la presencia de mayor número de profesionales sanitarios en régimen de residencia; o la presencia de diferentes procesos de formación que implican la presencia de personal que realiza funciones y tareas profesionales bajo la cobertura de bolsas de becas o prácticas, dentro de la multiplicidad de Convenios que dichas entidades firman con Universidades o centros de Formación Profesional....y que, sin duda, permiten acomodo gracias a la extensión del propio art. 82 del TRLGSS.

²⁵ Al respecto son ejemplificativos los informes de UGT; o las denuncias realizadas contra alguna Mutua al despedir a varios técnicos..... Un tema, que por sí mismo, sin duda, debiese ser objeto de una valoración más crítica e integradora sobre la funcionalidad de las Mutuas, y el desplazamiento e inclusión de funciones propias o no.

²⁶ En esa línea podemos situar algunas de las indicaciones que se hacen en el auto, fechado el 3 de junio de 2014, del juzgado de Barcelona que instruí el caso del fraude en Mutua Universal y el papel de sus gestores.

entenderse como una reivindicación del sector para mantener cierto grado de independencia ante una cada vez mayor intervención y regulación de los diferentes ámbitos de su actividad, pese a los factores que justifican su inclusión en el Sector Público que podemos ceñir a un doble plano, por más que uno no se entienda sin el otro:

En primer lugar, porque la base para mantener la vinculación estructural con la Seguridad Social parte de su régimen financiero, y condiciona incluso su atribución patrimonial. Pues tanto el origen de sus fondos, como su propio patrimonio, pertenecen a la Seguridad Social, aunque, al menos inicialmente, no así sus deudas u otras responsabilidades²⁷.

En segundo término, porque la dependencia funcional de las Mutuas es totalmente instrumental, pese a desaparecer la tradicional referencia a los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Pues sólo al servicio del Sistema de Seguridad Social tienen sentido; por cuanto su actividad se desarrolla sobre las funciones que la ley les atribuye. Atribución que se hace en términos amplios y, ni mucho menos, cerrados; pues cabe que se les asignen además todas "...aquellas actividades de la Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente"²⁸. Ya sea en un futuro mediato o más lejano.

Desde las premisas indicadas creemos que hay margen para pensar que haya nuevas atribuciones funcionales, que deben llevarnos a pensar en diseños de plantillas más flexibles, con altos niveles de cualificación y especialización que, si es cierto, ya están bastante presentes en las plantillas actuales. Sólo por poner algún ejemplo al respecto pretendemos citar dos posibles ejes²⁹ desde dónde pudiesen ampliarse esas funciones:

a) Aspectos de gestión sanitarioprestacional.

Sin duda estamos ante la mayor amplitud de funciones que han ido y pueden asumir las Mutuas. Al ser el objeto esencial de su actividad el reconocimiento, seguimiento y control de la mayoría de las prestaciones que están relacionadas con posible alteración de la salud del trabajador –o incluso de sus familiares–³⁰. Y decimos esto porque es frecuente ver propuestas que abogan por ampliar los supuestos de intervención de las Mutuas respecto a la gestión y asistencia en contingencias comunes que afecten a los trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación. De hecho, cada vez es más

²⁷ Al respecto vid. Fernández Domínguez, J.J y Fernández Fernández, R. *Responsabilidades empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*. Edit. Tirant lo Blanch, 2007. ISBN 9788484569688, en una línea que viene reiterando el papel de la responsabilidad de la Mutua, sobre todo cuando se vinculaba a la exigencia de Servicios propios de Prevención, cit. STS3071/2014, ref. Recurso 635/2013, base datos CGPJ.

²⁸ Apartado f) del art. 80 TRLGSS.

²⁹ Y dejando a salvo cualquier posible idea en torno a nuevas funciones relacionadas con la aplicación del RD 708/2015, sobre todo respecto al control de la afiliación y correspondiente alta-baja de los sujetos objeto de protección.

³⁰ Esta materia es una de las piedras de toque en la evolución y ampliación de funciones que vienen atribuyéndose a las Mutuas en los últimos años en torno a atribuirle un mayor elenco de prestaciones sanitarias. Proceso que no siempre se han acompañado de funciones de reconocimiento y control de las mismas, ni de mayor dotaciones presupuestarias; pues las mismas se condicionan por el papel de las cuotas recaudadas y la necesidad de generar excedentes y reservas, así como, en su momento al cumplimiento de las correspondientes obligaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales. Vid. al respecto algunas de las primeras directrices que al respecto se marcan en el documento de trabajo, *Funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales*. INSH, 2007. ISBN 9788423529643.

frecuente ver especialidades sanitarias en los catálogos de servicios de las Mutuas que tradicionalmente podrían considerarse propias del Sistema Público de Salud, amén de una mayor coordinación en las relaciones con el resto de Administraciones Sanitarias, especialmente en materia de gestión de IT³¹.

La pregunta es si con esas nuevas potestades que se les podrían atribuir a las Mutuas no estaríamos creando un conflicto de competencias con las tareas propias de los Servicios Públicos de Salud y, por ende, un nuevo paso en la intermediación y justificación de un trasvase de “empleabilidad” de los profesionales de la salud desde la Administración Pública al Sector Público³²; que, cuanto menos, tendría difícil justificación, por no decir que fuese ilícito.

b) Cuestiones en torno a la gestión del empleo y prestaciones complementarias del Sistema de Seguridad Social.

Es quizás este el tema que pueda resultar más hipotético, novedoso e incluso extraño. Pero como, a nuestro juicio, nada nos parece que impida que las Mutuas asuman también funciones en materia de intermediación y colocación, sobre todo en relación a “complementar” las prestaciones por cese de actividad de los autónomos³³.

No olvidemos que las prestaciones por desempleo y, en su caso, todo el conjunto de medidas que las acompañen pueden considerarse prestaciones de Seguridad Social. Luego, las Mutuas, con la correspondiente actuación legislativa, bien podrían desempeñar sus funciones también en dicho ámbito. De hecho, ya encontramos experiencias propias en algunas las Mutuas en cuestiones relacionadas con la empleabilidad y la formación, si bien éstas se canalizan a través de sus programas de Acción Social, y como parte del contenido de los mismos para complementar la

³¹ Piénsese cómo en los últimos años se ha incrementado el número de profesionales sanitarios en materia de medicina familiar y general, más allá de la especialización propia de la siniestralidad laboral, al ser necesario un perfil diverso que atienda materias tales como la ginecología, la evaluación de diagnósticos pediátricos o el deslinde entre las contingencias comunes y profesionales en las alteraciones de la salud de los trabajadores afectados. Todo ello, sin olvidar otros aspectos complementarios y necesarios para un tratamiento integral de la salud, que va desde las especialidades propias de la enfermería, la farmacia o las terapias recuperadoras, tanto físicas, como mentales. Lo que ha provocado, en algunos casos, no sólo cambios en los perfiles profesionales de los profesionales sanitarios, si no que incluso sea preciso mantener diferentes acuerdos de externalización, de las mismas, en línea a una situación ya tradicional de muchas Mutuas, sobre todo en orden a la imputación de responsabilidades y la posible prescripción o no de las mismas, cit. STS 3270/2015, REc. 703/2014, base datos CGPJ. En este sentido vid. un trabajo clásico como es VVAA, coord. Mercader Uguina, J. R. *Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*. La Ley. 2007. ISBN 9788497258593.

³² Y la repercusión que estos temas tengan en cuanto a la relación que medie entre la Administración de la Seguridad Social y los Servicios Públicos de Salud de las CCAA, máxime si partimos de cuál sea el régimen que implique el desarrollo de una futura Agencia de la Seguridad Social y su relación con los diferentes ámbitos y Entidades gestoras de la Seguridad Social, incluido el SEPE, por más que él mismo quede Vid. DA 3ª Ley 27/2011.

³³ Al menos así podría plantearse a falta argumentos en contra si conjugamos la redacción de la DA 32 de la Ley de contratos de trabajo, con el contenido de la Ley 18/2014 y el Plan Nacional de Empleo, en cuanto a cómo y quiénes pueden crear agencia de colocación y la naturaleza pública o privada de las mismas, así como el sentido de las mismas conforme al RD 1796/2010, de 30 de diciembre.

atención que se dispensa a determinados colectivos de trabajadores que están en procesos de recuperación³⁴.

Precisamente, dado el cada vez mayor alcance de medidas incluidas en sus catálogos de servicios complementarios, si conjugamos el art. 80.1. f) del TRLGSS, con el art. 43 del mismo TRLGSS, podemos encontrar un campo propicio al desarrollo de nuevos encargos y facultades a las Mutuas, El de canalizar, gestionar y desarrollar prestaciones complementarias al sistema. Ya que el art. 43 sólo establece limitaciones al desarrollo de mejoras voluntarias sobre el hecho de su naturaleza viccontributiva, procedan éstas o no de la negociación colectiva, por lo que si existe un previo mandato legislativo que así lo habilite, bien podrían gestionarse también por las Mutuas.

4. Conclusiones

Creemos que hay numerosos motivos para ser críticos con el proceso y desarrollo que ha llevado a la actual Ley de Mutuas, pero especialmente en lo que atañe a su falta de mejor previsión sobre el coste de personal que ello ha implicado. Quizás ello puede justificarse ante una concepción política imperante, donde la destrucción de empleo del Sector Público es perfectamente justificable, pues la calidad sólo se mide en términos de control y rendimiento, dejando al margen otras apreciaciones, como la suficiencia o la idoneidad del mismo.

Sin embargo, hay que tener presente la heterogeneidad de situaciones profesionales a las que hacen frente las plantillas de las Mutuas y su insuficiencia o adecuación para atender adecuadamente una cada vez mayor disparidad de prestaciones, que van más allá de su inicial campo de actuación sobre los riesgos profesionales. Circunstancias éstas que obligan a considerar reglas organizativas de especialización y cualificación a la hora de elaborar sus plantillas. Reglas que debiesen ser la premisa de partida a la hora de fijar condiciones de contratación y diseñar perfiles diferenciados en los trabajadores al servicio de las mismas, pero que no siempre se pueden materializar ante restricciones externas.

Así, las Mutuas han pasado de caracterizarse por cierta tendencia de estabilidad y crecimiento de sus plantillas, a encontrarse ante una mayor diversidad de tareas que ha permitido justificar mayor movilidad y “volatilidad” en el número de sus trabajadores. Con el agravante de no poder crecer siempre como sería deseable a la hora de diseñar su estructura organizativa, pues la actividad desarrollada, las restricciones introducidas respecto a cumplimiento de tasas de reposición, o el impacto sobre las plantillas de procesos de concentración y desaparición de entidades suponen verdaderas líneas rojas a nuevas contrataciones³⁵.

Al conjugar todas esas circunstancias es claro que se justifica normativamente la necesidad de reestructurar el sector Mutualista en aras a una mayor consolidación del Sector Público, dentro de un funcionamiento más dinámico, flexible y de optimización

³⁴ Al respecto, vid. p.e memoria de actividades ASEPEYO, material exposición actividad formativa conjunta.

³⁵ No sólo por procesos de “reunificación” o “absorción” de entidades, que se han desarrollado tras la simplificación del panorama de las Mutuas, sino por otras cuestiones estrictamente económicas y organizativas en torno a la dimensión de las mismas, como ha ocurrido con la “liberalización” de las sociedades de prevención e, incluso, con determinadas acciones judiciales por malas praxis económicas, como señala López Gandía, J. “La reforma de las mutuas...” ob. cit.

de los recursos para avanzar en una mejora de la gestión y del servicio. Pero, a nuestro entender, hay tantas contradicciones que también podemos sospechar que haya otros intereses ocultos. Y no es cosa nuestra sólo, sino que son numerosas las críticas a los efectos que las políticas de contención del gasto están teniendo sobre la calidad de los servicios y que son perfectamente extrapolables al tema que nos ocupa. De manera que quedan en entredicho algunos de los argumentos que se han esgrimido no sólo para no crear más y mejor empleo en el sector, ante la idea de que en realidad existan otros intereses sectoriales de concentración económica a la hora de redimensionar las Mutuas dentro del Sector Público. Lo que, obviamente, nos permite retomar una vieja demanda en torno a definir claramente qué papel hayan de desempeñar las Mutuas en el contexto de una más que anunciada y no desarrollada Agencia Nacional de Seguridad Social.

Capítulo V. Conciliación de la vida laboral, personal y familiar *versus* Seguridad Social en el marco de una política coherente de bienestar social

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

Resumen

Partiendo de una visión economicista de fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar, tal y como es la adoptada por el legislador español, aspiro con este trabajo a hacer un estudio crítico y reflexivo acerca de las últimas medidas que se han incorporado al ámbito social y de Seguridad Social. Todas ellas son reformas que han dado lugar al empeoramiento de algunos problemas ya latentes y que, de hecho, han incidido desde una perspectiva de género, a saber: la discriminación femenina, la disminución de la capacidad de generar cotizaciones, la destrucción de empleo y caída del sistema de pensiones. Se pretende ahora contribuir a que se facilite el ejercicio del derecho a la conciliación y de fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares; pero también de hacerlo con apoyo directo en derechos y principios constitucionales (dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad, derechos a la igualdad y al trabajo sin sufrir discriminación por razón de sexo, protección de la familia, de personas con discapacidad y de mayores, etcétera: artículos 10.1, 14, 35.1, 39, 41, 47, 49 y 50 de la CE).

Abstract

From an economic point of view of reconciliation between work, private and family life promotion, as it is understood by the Spanish legislator, I intend to do, in this document, a critical and reflective study of the last measures integrated into the social and Health Service scope. All of these political reforms have worsened some latent problems, in particular those affecting to gender equality, namely; gender discrimination, decrease of ability to generate National Insurance contributions, job losses, and pension system fall. Now the aim is focus on the contribution to allow workers to exercise their right to reconciling family and professional life and to encourage women and men to share a balanced house hold chores responsibility. Moreover, these goals should be reached through a direct support from constitutional rights and principles (human dignity and freedom to personality development, rights to equality, work and not to be discriminated because of the gender, rights to family, disabled and elder people care, and others: articles 10.1, 14, 35.1, 39, 41, 47, 49, and 50 from Spanish Constitution).

1. PANORÁMICA GENERAL: LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN EL SIGLO XXI

La conciliación de la vida laboral y familiar constituye, actualmente, la principal preocupación por parte de gobiernos, empresas y agentes sociales. Se trata ésta de una materia que ha tardado en incorporarse al ordenamiento jurídico (tanto comunitario, como nacional), debido a que subsiste todavía un modelo de mercado laboral muy masculinizado y ligado a roles tradicionales¹. Pese a que las mujeres representan, hoy en día, un poco más de la mitad de la población mundial su contribución al sistema de Seguridad Social, de crecimiento y de bienestar social está aún muy por debajo de la media.

Asistimos a un modelo social articulado en base a la división de tareas y de género en donde la participación femenina se ha orientado, principalmente, en torno al cuidado del hogar y la realización de trabajos no remunerados (trabajos informales y en

¹ PERÁN QUESADA, S: Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, página 110.

precario), en tanto el hombre dedica todos sus esfuerzos en aportar el sustento económico al hogar familiar². De este modo, mientras que el varón accede joven al mercado de trabajo y se mantiene así durante toda su vida, la mujer sin embargo suele experimentar lagunas de cotización a causa de la inestabilidad que sufre en el empleo (a través de las contrataciones temporales y a jornada partida) o la asunción de cargas familiares. Desgraciadamente, el hecho de que la mujer tenga que soportar el sistema de la “doble jornada” (laboral y familiar) ha llegado a situar a ésta fuera de la concepción de protección social y laboral. Por lo que, al final, esa desviación privada de los roles que les corresponden a hombres y a mujeres (en su versión originaria) se ha trasladado, inevitablemente, también al mercado laboral (*caring work*)³.

Las dificultades para conciliar las obligaciones familiares y las laborales no sólo han acarreado un desequilibrio de la pirámide poblacional, sino lo que es aún peor, ha colocado a la mujer en una situación de exclusión social. Las trabas para que ésta pueda acceder al empleo, promocionar en su carrera profesional o incluso acceder a una pensión digna de jubilación constituyen, hoy en día, un hecho más que frecuente. Es por ello, que el riesgo de pobreza en las mujeres se haya incrementado hasta en un 12% respecto de la de los hombres⁴. La menor participación de las mujeres en el mercado laboral, su entrada tardía al mismo, el disfrute de excedencias y trabajos a tiempo parcial (en el mejor de los casos) está provocando que el sistema de pensiones públicas perpetúe, al tiempo que se amplía la brecha salarial. En este contexto, la Seguridad Social se enfrenta ahora al reto de determinar cuál va a ser política a seguir para la protección de las necesidades sociales, teniendo en cuenta que de cara al acceso y goce en la cuantía de las distintas prestaciones no se tiene en cuenta el sexo, sino el historial laboral previo⁵.

La coincidencia temporal entre las funciones reproductivas, cuidado de familiares, integración y consolidación profesional, constituyen los principales obstáculos entre los que debe debatirse la mujer. De aquí que se vea ésta obligada a optar entre renunciar a sus expectativas profesional y atender exclusivamente a sus obligaciones familiares o compaginar trabajo y familia (lo cual exige un esfuerzo adicional)⁶. Partiendo desde esta perspectiva tradicional, la legislación laboral ha focalizado todas las medidas y políticas de protección de la familia hacia las responsabilidades que asume la mujer como tal, en lugar de potenciar la conciliación de la vida laboral y familiar como una carga en la que están comprometidos ambos cónyuges⁷. Efectivamente, el problema trae su base en una

² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E: Instituciones de conciliación de trabajo con cuidado de familiares, Albacete, Bomarzo, 2010, página 21.

³ GRAU PINEDA, C y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S: *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, página 14.

⁴ VV.AA.: *Impacto de las pensiones en la mujer. Jubilación y calidad de vida en España*, publicado en abril de 2014. <https://www.vidacaixa.es/uploads/files/impacto-de-las-pensiones-en-la-mujer-jubilacion-y-calidad-de-vida-en-espana.pdf>

⁵ Recuérdese que el sistema de pensiones español garantiza la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, pero no tiene en cuenta las responsabilidades en el ámbito familiar. Es por ello que las mujeres resulten penalizadas, de cara al acceso a una pensión de jubilación, debido sus trayectorias profesionales y a la atención que prestan al cuidado de familiares.

⁶ ALMEDROS GONZÁLEZ, M.A: *La protección social de la familia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, página 84.

⁷ TORTUERO PLAZA, J.L: “Empleo, género y conciliación: hacia un nuevo contrato de trabajo” en VV.AA., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona, Aranzadi, 2006, págs. 371-373. TORTUERO PLAZA, J. L., *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, Madrid, Ed. Civitas, 2006.

concepción equivocada y errónea de la realidad que no debe confundirse con una mala interpretación terminológica o semántica. Y es que, dado que la conciliación de la vida laboral y familiar no es un tema femenino, lo lógico será que tanto el hombre, como la mujer puedan decidir libremente cuál es el modelo de familia a adoptar.

De lo que se trata es de contribuir a que se facilite el ejercicio del derecho a la conciliación hacia una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares; pero también de hacerlo con apoyo directo en derechos y principios constitucionales (dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad, derechos a la igualdad y al trabajo sin sufrir discriminación por razón de sexo, protección de la familia, de personas con discapacidad y de mayores, etcétera: artículos 10.1, 14, 35.1, 39, 41, 47, 49 y 50 de la CE). En particular, la efectividad del derecho a la conciliación de las distintas facetas de la vida requiere de la predisposición de medidas específicas y “proactivas” de Seguridad Social. Y es que, el Derecho de la Seguridad Social repercute significativamente en que se facilite u obstaculice su efectividad en atención al tratamiento de sus consecuencias sobre los derechos a las prestaciones por ella dispensadas. En este sentido, las técnicas del Derecho de Protección Social deben operar teleológica e instrumentalmente eliminando, en lo posible, las consecuencias desfavorables o desventajosas para los derechos de protección social pública derivadas del ejercicio del derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y, por tanto (y principalmente en una perspectiva de género), para las trabajadoras que recurren a ese ejercicio legítimo.

No obstante a lo anterior y pese al sinfín de reformas legislativas operadas en el ordenamiento jurídico español, la conciliación de la vida laboral y familiar se ha visto doblegada frente a los intereses productivos y empresariales, pasando así a convertirse en una temática residual y olvidada por el legislador. La cultura jurídico laboral, así como la mala praxis socio-empresarial han visto a esta materia como una fantasía y no como un instrumento idóneo para la adaptación de las prestaciones laborales a las necesidades productivas. Por lo que se ha descuidado (e incluso omitido) la relevancia que la constitución española otorga a los derechos de conciliación, lo que justificaría su tutela preferente frente a los intereses organizativos y empresariales, al llevar a cabo una reinterpretación de esta materia desde la perspectiva de género de los derechos de igualdad, no discriminación, protección social, económica y jurídica⁸.

2. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN UN CONTEXTO DE DESPROTECCIÓN Y ABOLICIÓN. LA SEGURIDAD SOCIAL EN TIEMPOS DE CRISIS

La conciliación de la vida la vida laboral y familiar ha sido una de las materias que más ha tardado en incorporarse al ordenamiento español debido a que en el ámbito comunitario no se ha tocado esta materia hasta los años 90⁹. Así pues, desde el ámbito

⁸ PERÁN QUESADA, S: Derecho Social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales... op.cit., página 127.

⁹ Desde el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya se refirió a la conciliación de la vida laboral y familiar en el Convenio número 1 sobre “Las horas de trabajo” de 1919. A este respecto, la OIT insistía en la necesidad de limitar la jornada laboral a ocho horas diarias a fin de que el tiempo que resta lo dedicará el trabajador/a a sus obligaciones personales y familiares. Junto a este convenio la OIT ha publicado otros textos que también han incidido en este campo, a saber: la recomendación n°123 de 1965 sobre el empleo de mujeres con responsabilidades (...)

de la Unión Europea (en adelante UE) se encuentra un amplio y distinguido abanico de instrumentos jurídico-normativos que persiguen la integración de la vida laboral, familiar y personal. Constituyen, todos ellos, mecanismos meramente declarativos que ignoran el establecimiento de medidas protectoras en pro de una conciliación activa de la vida laboral y familiar¹⁰. Tal y como se ya se ha anunciado por parte del Tribunal de Justicia de la UE¹¹, la tendencia legislativa del colectivo europeo debe seguir la senda de la efectiva “corresponsabilidad” y no de la simple “conciliación”. En otras palabras, lo que se aspira a alcanzar es una equiparación efectiva entre ambos sexos, en donde se compartan responsabilidades y deberes sin que el género femenino tenga que renunciar en favor del otro. Este cambio de perspectiva exige, ciertamente, una profunda transformación social. Siendo aquí el papel que cumplan los poderes públicos relevante para lograr una verdadera igualdad social.

familiares (posteriormente sustituida por la recomendación nº 165) y el convenio número 156 de 1981 acerca de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares. En materia de Seguridad Social, el Convenio nº102 de la OIT (sobre el nivel mínimo de Seguridad Social) al referirse a las pensiones más características de los sistemas de protección social olvida, sin embargo, el principio de igualdad y conciliación. Aun así, los Estados ostentan una capacidad muy amplia para regular esta materia, la cual está limitada sólo por el principio de igualdad de trato.

En este contexto, cabe citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, los cuales se refieren a la maternidad y a la infancia. En sendos textos se establece el compromiso de consecución de la igualdad entre hombres y mujeres. Obligaciones que, posteriormente, quedaron reafirmados en el seno de la ONU en el año 2000. Ver ANIORTE, M^a.C: “El lento proceso de extensión a los varones de las medidas conciliadoras”, en VV.AA., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona, Aranzadi, 2006, págs. 98-99.

¹⁰ La evolución de la conciliación de la vida laboral y familiar en la UE puede dividirse en dos etapas. En primer lugar, se parte de la creación de la Comunidad Económica Europea con el Tratado de Roma en 1967 hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997 y, en segundo lugar, se tienen en cuenta todas aquellas medidas comunitarias que fueron adoptadas desde 1997 en adelante. Dentro de la primera etapa destacan, entre otros, los siguientes instrumentos: Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; la Directiva 96/34/CEE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES..etcétera. En la segunda etapa llaman la atención los siguientes textos: los dos Programa de “Acción Comunitaria para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres” (el primero correspondiente al período 1996-2000 y, el segundo, relativo a 2001-2005); la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005); la Resolución del Consejo de Ministros de 29 de junio de 2000 sobre participación equilibrada de mujeres y hombres en la actividad profesional y la vida personal y familiar; la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio del 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); el Tratado de Lisboa de 2009 (en concreto, su artículo 33) y, finalmente, la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

¹¹ Ver la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2002 en el asunto *Lommers*. En este caso, el Alto Tribunal europeo le reconoce la padre que asumía sólo el cuidado de los hijos las mismas ventajas que ya se le reconocen a las mujeres como medida de acción positiva (en particular, en lo que se respecta al acceso a guarderías subvencionadas).

2.1. Los derechos de conciliación familiar y laboral en el ordenamiento jurídico español

El principio a la igualdad y no discriminación se ha proyectado de una manera diferenciada en los ordenamientos jurídicos comunitarios. La razón trae su causa en la tardía adhesión del país a la UE y en la transposición que los sistemas internos realizan de esta normativa¹².

En España, el derecho a la igualdad ha adquirido una gran relevancia en la Constitución Española de 1978 (CE) al erigirse en parte esencial y garantía para la compensación de todas aquellas desigualdades sociales¹³. En esta línea, la igualdad y el derecho a la libertad se colocan en una posición central para el ámbito de relaciones laborales, debiendo a este fin los poderes públicos intervenir para corregir los desequilibrios que se produzcan en el sistema social (artículo 1.1. y 9.2 de la CE).

El artículo 14 de la CE reconoce a la igualdad la categoría de derecho fundamental y como tal protegido al máximo nivel de garantías. No obstante, se trata éste de un principio formal que encierra, dentro de su contenido esencial, la prohibición de discriminación por razón de sexo. Ahora bien, no se configura el artículo 14 de la CE como un derecho autónomo, sino dependiente de otros. En este sentido, para la consecución de una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres los poderes públicos habrán de “promover acciones positivas que favorezcan la promoción e incorporación de la mujer en el mercado laboral” operando para ello las “medidas de conciliación de la vida laboral y familiar”¹⁴.

La familia cobra especial atención en la CE tanto desde el punto de vista de los derechos (a la intimidad –art.18 CE– y al trabajo remunerado y suficiente –art.35 CE–), como de sus obligaciones (art. 50 de la CE, en relación con el cuidado de ancianos y tercera edad). Se configura así la protección social de la familia no como un derecho subjetivo, sino como un principio rector de la política social y económica que dirigen por los poderes públicos (independientemente de cuál sea su ámbito territorial y funcional –artículos 148 y 149 de la CE–)¹⁵. Por lo que la protección de la familia se sitúa así en primer lugar, o sea, entre los principios rectores e interpretativos del sistema de protección social español¹⁶.

Más allá de todas esas consideraciones formales o declarativas que enuncia la CE, se observa como en la realidad el legislador español ha sido muy activo en materia de igualdad, aunque también, y por el contrario, muy reacio a incorporar los derechos ligados a la maternidad y al cuidado de menores en igualdad de posición para ambos sexos. Constituye ésta muestra más que evidente del poco avance que ha experimentado la legislación laboral. En este sentido, pareciera como si el legislador pensara en el mítico relato griego descrito por Eurípides en el que Orfeo va a buscar a su amada ninfa

¹² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E: Instituciones de conciliación de trabajo con cuidado de familiares...op.cit., págs. 51-60.

¹³ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 1983 (STC 3/1983).

¹⁴ CABEZA PEREIRO, J y FERNÁNDEZ PROL, F: “Principios de aplicación de las normas laborales” en VV.AA., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, página 121.

¹⁵ LÓPEZ LÓPEZ, M^a.T y VALIÑO CASTRO, A: *Conciliación familiar y laboral en el Unión Europea*, Madrid, CES, 2004, págs. 85-89.

¹⁶ ALMEDROS GONZÁLEZ, M.A: *La protección social de la familia...*op.cit., págs. 86-88.

Eurídice hasta el mismo Tártaro. Y es que, aun cuando escapar del inframundo pueda ser una tarea dura y difícil, una empresa ímproba que pareciera eterna, lo importante es que el viajero mantenga la vista fija en la luz del sol, esto es, el objetivo final.

Como fiel reflejo del marco promulgado a nivel comunitario, se han publicado en España la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y la Ley 39/1999 para Promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, las cuales transpusieron al ordenamiento jurídico interno las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio (modificada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010). Debido a que la adaptación española a las directivas europeas no ha sido completa y suficiente, habiendo pues de atender de mejor manera al contenido y a la finalidad de la norma trasladada, se ha publicado la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOI). Normativa ésta última que ha logrado dar un paso más al frente en materia de conciliación al posibilitar: el reconocimiento de nuevos riesgos, establecimiento de un mejor sistema de protección y admisión de derechos exclusivos del trabajador (en concreto, el permiso parental por nacimiento o acogimiento del recién nacido o menor).

2.2. ¿Protección social o conciliación? La discriminación femenina en el Sistema de Seguridad Social

La preocupación institucional y gubernamental por alcanzar unos niveles razonables de conciliación de la vida laboral y familiar se encuentra, cada vez más, reclamado por el colectivo femenino. Independientemente del reconocimiento formal que sobre la igualdad entre hombres y mujeres hace la CE, lo que la sociedad verdaderamente necesita es que el derecho a la conciliación laboral y familiar se haga realmente tangible en la esfera profesional.

Junto a la puesta en escena de factores como: el avance en la igualdad de género, el cambio en las actividades y roles sociales hacia posiciones más igualitarias, la aparición de nuevos modelos familiares, el desarrollo de la sociedad de la información, así como la necesidad de gestionar mejor el sistema financiero de Seguridad Social y fomentar la natalidad; se ha unido la situación de crisis económica. Por lo que la conjunción de todos estos elementos ha frenado, considerablemente, la adopción de medidas de progreso de la conciliación laboral y familiar, ya que lo relevante es ahora garantizar la viabilidad financiera de las arcas públicas que sostienen al sistema de Protección Social.

La conciliación de la vida laboral, familiar y personal se relaciona, forzosamente, con tres elementos que se han visto gravemente afectados: el envejecimiento progresivo de la población, la caída de la natalidad y la viabilidad del futuro sistema de pensiones. Así por ejemplo: la desigualdad de salarios y la mayor dedicación de la mujer al cuidado de los hijos y mayores dependientes indican, claramente, una mayor incidencia en las actuales y futuras rentas de las que dispondrán las mujeres. Lo que determina que, finalmente, deban éstas retrasar su edad de jubilación con el fin de poder acceder económicamente a una pensión equiparable a la de los hombres.

El incremento del “*ius variandi*” del empresario, así como el ajuste en la cuantía de las pensiones están determinando un retroceso significativo en los derechos de conciliación laboral y familiar. Así pues, de un lado, la modificación de los derechos del

artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁷ está provocando un claro efecto expulsivo de aquellos trabajadores con cargas familiares, los cuales indefensos se ven ahora incapaces de asumir responsabilidades familiares en un contexto de abstención social y empresarial. El ataque frontal que con los derechos de conciliación laboral y familiar ha provocado la Ley 3/2012¹⁸, ha terminado por afectar negativamente al fomento de la natalidad¹⁹. Interés, éste último, que debería sin embargo haberse considerado prioritario de cara a la garantía del sistema de Seguridad Social²⁰.

En contra de todo pronóstico e introducción de medidas correctoras de las situaciones de desigualdad, el legislador ha operado una serie de reformas que fomentan el trabajo flexible²¹. Y que, aunque permiten conciliar la vida laboral y familiar, producen en contra la discriminación femenina en el sistema de Seguridad Social. Se habla así de: ficciones en la cotización, fomento de las excedencias y reducciones de jornada, mayor protección de la maternidad, establecimiento de nuevas causas de suspensivas de la relación laboral, ampliación de permisos y licencias para prestar una mayor atención a los recién nacidos y a la salud de la madre, diseño de permisos parentales y, por supuesto, el trabajo a tiempo parcial y flexible. La finalidad, según el artículo 44 de la LOI, no es otra que “... *fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*”. Es decir, la articulación legislativa pone de manifiesto que el problema de la conciliación de la vida laboral con la familiar constituye, en esencia, un tema femenino.

¹⁷ Actualmente, regulado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁸ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹⁹ BALLESTER PASTOR, M^a.A: “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”, *Revista de Derecho Social*, n^o 57, 2012, págs. 99-100.

²⁰ Siendo consciente el Gobierno de la brusquedad caída que ha experimentado la natalidad en España se ha propuesto llevar a cabo algunas medidas de fomento de la maternidad. Así por ejemplo, con la nueva “Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015)” se ha introducido un nuevo artículo 50 bis en la Ley General de la Seguridad Social (esto es, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) y por el cual se regula un complemento por maternidad para las pensiones contributivas. La finalidad de esta medida es claramente premiar la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Las beneficiarias serán las mujeres que: 1) hayan tenido hijos naturales o adoptados o 2) sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación (salvo jubilación anticipada por voluntad de la interesada y jubilación parcial), viudedad e incapacidad permanente causadas a partir del 1 de enero de 2016 (Disposición Final 3^a LPGE/2016). El complemento consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las pensiones citadas, un porcentaje que dependerá del número de hijos que se tenga antes del momento del hecho causante de la pensión según la siguiente escala: 2 hijos: 5%; 3 hijos: 10% y 4 o más hijos: 15%.

²¹ Para el ámbito público téngase en cuenta la Resolución de 25 de noviembre de 2015, de la Secretaría General de Estado de Administraciones Públicas, por la que se modifica la de 28 de diciembre de 2012 a fin de flexibilizar la jornada y horarios del personal al servicio de la Administración General de Estado. Se pretende con esta medida, ampliar las posibilidades de flexibilización en materia de jornada para atender mejor las necesidades personales y/o familiares de los empleados públicos, “sin menoscabar” sus obligaciones profesionales. En esta línea, ver la sentencia del Juzgado de los Social n^o13 de Madrid, dictada a fecha de 22 de octubre de 2015, por la que se condena al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) a reconocerle a un trabajador el derecho a flexibilizar en un máximo de una hora el horario de entrada en el turno de mañana de lunes a viernes. De igual modo, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 15 de enero de 2007 (sentencia núm. 3/2007 –RTC 2007/3–) y del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008 (RJ 2008/4227).

Por todo ello, entiendo que las formas actuales de fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar implican más que un coste para la Seguridad Social, una reducción en la capacidad para generar ingresos adicionales²². No cabe afirmar que el impulso de todas estas “supuestas” medidas de creación de política de empleo busquen aumentar el número de cotizantes, sino por el contrario reducirlos, al tiempo que se promueve la salida del mercado de trabajo.

El cambio en el modelo de sistema de Seguridad Social que desde el año 2013 se está operando, a través de las leyes 27/2011²³, 23/2013²⁴ y la 1/2014²⁵, implica un recorte importante en la cuantía de las pensiones. Todo ello a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema financiero y la contención del gasto público. Olvidando así el fomento de un empleo digno y de calidad que fortalezca el mercado de trabajo y proteja el impulso de la actividad económica en España²⁶. El alargamiento del parámetro temporal de referencia para el cálculo de la base reguladora en jubilación, el endurecimiento de los requisitos de cotización y el sistema de cobertura de lagunas de cotización, son sólo algunos ejemplos de las funestas reformas que se han proyectado en el campo de las pensiones. Con efectos perniciosos y negativos para las mujeres con escasos períodos de cotización, coincidentes con etapas fértiles, el sector femenino se está viendo obligado a compatibilizar su vida laboral y familiar ante la impasividad del legislador por adoptar medidas correctoras.

2.3. Principales tendencias conciliadoras en la negociación colectiva

Por su parte, la LOI establece la posibilidad de que mediante negociación colectiva se “*mejore la empleabilidad y permanencia en el empleo de las mujeres*” (artículo 42, 43, 45 y 49 de la LOI).

La negociación colectiva constituye el instrumento por excelencia de regulación de las condiciones de trabajo y, en particular, para la garantía de los derechos fundamentales en el seno de la empresa²⁷. Precisamente por ello, a través del convenio colectivo se debería tratar de eliminar toda discriminación por razón de género en el empleo y en las condiciones de trabajo²⁸, pues con vistas a hacer efectivo el principio de igualdad entre mujeres y hombres la ley encomienda a los negociadores que cumplan con una serie de funciones.

²² GARCÍA NINET, J.I y RIVAS VALLEJO, P: “La protección de la familia”, en VV.AA., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, M^aN (Dir), Granada, Comares, 2002, págs. 1215 y siguientes.

²³ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

²⁴ Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

²⁵ Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

²⁶ RAMOS QUINTANILLA, M.I: “La nueva Ley reguladora del factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social: impacto y consecuencias sobre las mujeres”, *Revista de Derecho Social*, nº 64, 2013, págs. 238-239.

²⁷ VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F y MOVILLA GARCÍA, M (Coords): *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Granada, Comares, 1998.

²⁸ PÉREZ DEL RÍO, T: “Discriminación por razón de género y negociación colectiva”, en VV.AA., SÁNCHEZ PÉREZ, J (Coord), *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2005, págs. 273.

Pese a la importancia que desempeña la negociación colectiva para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la realidad demuestra como todavía ésta se encuentra aún lejos de alcanzar ese objetivo. La existencia de discriminaciones por razón de género en el ámbito laboral trae su causa en la confabulación de numerosas circunstancias, entre las que se encuentran: 1) la escasa participación femenina en las mesas de negociación²⁹, aunque sí es cierto que cada vez más se está corrigiendo en ese dato; 2) la deficiente preparación de los negociadores colectivos; 3) la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, clasificación profesional³⁰, acceso al empleo y 4) la repetición de las normas precedentes, por lo que no se innova en materia de igualdad de género, pues en la mayoría de los convenios colectivos se reproducen los mismos esquemas que ya aparecen enunciados en el tenor literal de la ley³¹.

La omnipresencia de los prejuicios de género queda así reforzada tras todo ese elenco de carencias que actualmente manifiesta la negociación colectiva, lo que unido a la dispersión característica propia de aquellos en los que reside ese poder de creación de normas determina que, en la práctica, resulte cada vez más difícil superar la barrera que separa ambos sexos en pro de una igualdad laboral. De ahí, que no resulte tan extraño encontrar diferencias entre los convenios colectivos de empresas que se encuentran dentro de una misma provincia.

El alcance de las cláusulas correctoras o preventivas de la desigualdad entre hombres y mujeres a la hora de regular las condiciones de trabajo tienen en cuenta, en la práctica negocial, los aspectos relativos a la “conciliación de la vida laboral y familiar”. Sin duda, se trata éste de uno de los temas más importantes a tratar para que las personas puedan organizar el tiempo de trabajo y hacerlo más compatibles con su vida extra-laboral³². En los últimos años la negociación colectiva ha venido incidiendo en esta materia a fin de adaptar los contenidos objeto de negociación a las modificaciones operadas por la Ley de Igualdad. Así pues, algunos de los derechos que han sido objeto de atención por los negociadores colectivos han sido: 1) Lactancia: en donde algunos convenios colectivos se han limitado a reiterar parcialmente lo previsto por la ley,

²⁹ PÉREZ DEL RÍO, T: “Discriminación por razón de género y negociación colectiva”... op.cit., p. 279. Como consecuencia de ello las organizaciones sindicales han adoptado el rol de no impulsar los temas paridad, convirtiéndose así en portadores de intereses “machistas”. Ver AGRA VIFORCOS, B: “Igualdad y discriminación por razón de género en el seno de las organizaciones sindicales”, en VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F (Coord), *El principio de igualdad en la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs.745.

³⁰ LOUSADA AROCHE, J.F: “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, en VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F (Coord), *El principio de igualdad en la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 29.

³¹ MOLINA HERMOSILLA, O: “De la conciliación a la corresponsabilidad: hacia una política de productividad y flexibilidad”, en VV.AA., *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Granada, Comares, 2012, págs. 137-143.

³² Sobre este punto la doctrina científica opina que éste es uno de los derechos más difíciles de articular en la práctica. Por ello resultará especialmente importante que la negociación colectiva introduzca reglas de conciliación en sectores en donde exista una fuerte presencia masculina y una más débil incorporación de la mujer. Ver CABEZA PEREIRO, J: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en VV.AA., LOUSADA AROCHE, J.F (Coord), *El principio de igualdad en la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos...* op.cit., págs. 215-286.

eludiendo la posibilidad de acumulación de jornadas³³; mientras que otros han mejorado considerablemente lo previsto por el ET al establecen medidas procedimentales para su ejercicio³⁴ o ampliar el período de lactancia respecto de los nueve meses que establece la ley a 12 meses³⁵; 2) Vacaciones: prevé el derecho a disfrutar las vacaciones en periodo distinto a la maternidad³⁶ o acumular el periodo vacacional a la suspensión por maternidad; y 3) Excedencias: lamentablemente en este punto los convenios colectivos suelen ser reiterativos de lo dispuesto por la Ley. Llamen la atención algunas cláusulas que amplían el tiempo de excedencia con reserva de puesto de dos a tres años vinculado al cuidado de hijos o familiares hasta el primer o segundo grado de consanguinidad³⁷ o, con claro tinte sexista, prevén que la trabajadora disfrute de un período adicional de “máximo de doce meses... o no superior a tres años...a contar tras la baja maternal, nacimiento o adopción del hijo”³⁸.

De forma excepcional, en algunos convenios colectivos se contempla la posibilidad de otros derechos de conciliación no recogidos expresamente por la Ley. Se tratan, normalmente, de permisos no retribuidos vinculados al hecho de la maternidad/paternidad o a la posibilidad de adaptar la jornada de trabajo durante los primeros meses o años de vida del hijo (preferencias para la elección de turno o reducción de la jornada) o cónyuges descendientes. En algún caso, se contempla la posibilidad de que, a solicitud del trabajador, la empresa traslade al trabajador de centro de trabajo como forma de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar³⁹.

Más allá de los derechos específicos destinados a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, lo cierto es que éstas tienen que ver, en buena medida, con la gestión del tiempo de trabajo, de ahí que ya haya empresas que han introducido un catálogo de buenas prácticas. Algunas de las medidas que se han introducido en los convenios colectivos tiene que ver con: introducción de la flexibilidad horaria, normalmente abriendo la posibilidad de una banda flexible de entrada y salida (que suele ser de una hora de duración)⁴⁰; posibilidad del teletrabajo, siempre que sea posible, y el fomento de las jornadas continuadas

Todas ellas son modificaciones que podrán preverse, de forma expresa, gracias al apartado 8º del art. 34 del ET introducido por la Disposición Adicional 11ª de la LO

³³ Artículo 23 de la Resolución de 14 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización.

³⁴ Artículo 32.2, Resolución de 21 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas.

³⁵ Artículo 33, Resolución de 20 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal.

³⁶ Artículo 27 del Convenio Colectivo del sector de Contact Center.

³⁷ Artículo 38, Resolución de 8 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de grandes almacenes.

³⁸ Artículo 34 de la Resolución de 28 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria.

³⁹ Artículo 17 de la “Resolución de 4 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo del Grupo de Empresas Zena”.

⁴⁰ Artículo 9 y siguientes de la “Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Banco de España” y artículo 16 de la “Resolución de 29 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Acuerdo marco del Grupo Repsol”.

3/2007⁴¹. De forma que se permitirá incorporar la perspectiva de la vida personal y familiar en la gestión del tiempo de trabajo

3. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA Y LA COMPENSACIÓN PÚBLICA DE CARGAS

En la mayoría de los sistemas europeos de Seguridad Social se han estructurado medidas (muy heterogéneas y diversas) de apoyo económico a la familia que soportan obligaciones financieras como consecuencia de la tenencia de hijos. Se encuentran, a este respecto, distintas fórmulas de protección efectuadas a través del sistema público de protección social, fiscal y abstención estatal. Sin embargo, en España la protección social a la familia se efectúa a través de la concesión de una serie de prestaciones que, en su formulación jurídica, resultan insuficientes (cuando no simbólicas) para atender a la realidad fáctica que subyace y al estado de necesidad. De ahí que el descenso de la natalidad no se haya acompañado de un incremento de la actividad femenina. El miedo a que decaiga el sistema de Seguridad Social prevalece, en primer plano, incansable en la cabeza del legislador español. Es por ello que se busquen requisitos muy rigurosos para que las familias no puedan acceder con facilidad al conjunto de ayudas previstas para la: tenencia de hijos, acceso a servicios e incentivos a padres (cuando se traten de hijos de corta edad) y cuidado de personas dependientes⁴². Así por ejemplo, en España los requisitos para el acceso a las prestaciones están condicionados al límite de ingresos por unidad familiar, salvo excepciones, lo que determina que sólo un pequeño número de familias puedan beneficiarse de estas ayudas. Se trata de una protección, que para más inri, es gravada como renta personal, a diferencia de la mayoría de los sistemas europeos en donde estas ayudas no tributan⁴³.

El cambio en los estilos de vida y trabajo debe ser el principal motor que determine la necesidad de plasmar la igualdad de género en el sistema de Seguridad Social. De forma que se compensen las desigualdades entre hombres y mujeres a través de un efectivo sistema de conciliación de la vida laboral y familiar. Hasta ahora los Estados han ido introduciendo medidas enfocadas a aumentar el empleo femenino, ignorando que con ello han ido paulatinamente propiciando el surgimiento de nuevas desigualdades. “Y es que, en la medida que son *vasos comunicantes* y dado que apenas hemos avanzado en corresponsabilidad de mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares, cuando el Estado se retira de la provisión de servicios de cuidado para personas mayores, dependientes o menores, el trabajo de cuidados que se desaloja suele recaer sobre las mujeres, las cuales tienen a su vez dificultades para externalizar este trabajo hacia otras empresas y otras mujeres empleadas de hogar...”⁴⁴. La existencia de escasos y caros servicios de atención a personas dependientes⁴⁵,

⁴¹ Posteriormente modificado por el número 2 del artículo 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁴² GRAU PINEDA, C y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S: Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones...op.cit., págs. 95-100.

⁴³ GRAU PINEDA, C y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S: Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones...op.cit., página 99.

⁴⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a.L: “Efectos de la crisis económica sobre el trabajo de las mujeres”, *Relaciones Laborales*, nº1, 2014, página 6 en su versión electrónica.

⁴⁵ Como regla general, en España la atención a la dependencia y al cuidado de familiares se desarrolla a través de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la cual a su vez es completada por el Real (...)

refuerza la existencia del modelo de familia de bienestar al que se le añade la mujer inmigrante en situación irregular⁴⁶ o, en el mejor de los casos, la esposa a través del sistema de doble jornada y/o trabajo flexible.

Las carencias y limitaciones que muestra el sistema protector de Seguridad Social respecto de las personas que se dedican a prestar sus servicios como cuidadoras está desanimando, claramente, al colectivo femenino. De ahí que la doctrina científica haya ya reclamado la concesión de una mayor cobertura de su ámbito protector⁴⁷, pues de lo contrario se estará produciendo una discriminación por razón de género, dado que en su inmensa mayoría esta labor se realiza por mujeres⁴⁸.

Por tanto, a pesar de la protección y ayudas que se dispensan por el sistema público, se observa como la atención a las familias y a los cuidados de personas dependientes es mínima. Es por ello que, dadas las dificultades existentes, entienda que deba el legislador y los negociadores colectivos volcar todos sus esfuerzos en atender a los permisos laborales de conciliación, pero eso sí desde una perspectiva de corresponsabilidad (implicando, por tanto, también al varón). No se trata tanto de intercambiar tiempo por dinero, sino de combinar tiempo por tiempo de trabajo. De forma, que ambos cónyuges no experimenten lagunas de cotización que, posteriormente, repercutan negativamente de cara al acceso a una pensión digna de jubilación.

4. CONCLUSIONES

Uno de los fenómenos más importantes que se produce en la segunda mitad del siglo XX es la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral. En España su participación se ha ido incrementado, poco a poco, hasta pasar a ocupar el 53,3% de los puestos de trabajo. Sin embargo y pese a estos avances, las diferencias salariales entre

Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, en cuanto a la regulación de las prestaciones económicas por cuidados en el entorno familiar.

⁴⁶ Cabe llamar la atención, en este punto, del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Desarrollar servicios para la familia a fin de elevar los índices de empleo y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo» (Dictamen de iniciativa) (publicado en el DOUE C 12, 15 de enero de 2015). Se trata de un dictamen que se refiere sólo a los servicios y empleos en los domicilios particulares de las familias (como por ejemplo: mantenimiento de la vivienda, cuidado de niños, personas enfermas, discapacitadas y personas ancianas) y no al conjunto de servicios (guarderías, residencias de ancianos, comedores escolares...etc.). Todos ellos son considerados servicios beneficiosos tanto para los individuos como para la sociedad en su conjunto, ya que crean nuevos puestos de trabajo, responden a las necesidades de una sociedad que envejece y facilitan la conciliación de la vida laboral y privada. Además de que mejoran la calidad de vida y la inclusión social, y permiten a las personas mayores seguir viviendo en su domicilio. Ciertamente, hoy día, estos servicios son prestados principalmente por mujeres insuficientemente remuneradas y, a menudo, no declaradas y en una situación laboral precaria, en particular inmigrantes, algunas de las cuales trabajan de forma ilegal. La concentración de mujeres en estos oficios refuerza, claramente, los arraigados estereotipos de género que actúan como barrera para los hombres lo que se traduce en una situación de desigualdad entre hombres y mujeres que socava, aún más, los esfuerzos por salvar la brecha salarial que los separa.

Puede consultarse, en general, VV.AA.: *Prevención y Protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, MONEREO PÉREZ, J.L., MALDONADO MOLINA, J.A., Y RUBIO HERRERA, R. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2014.

⁴⁷ Las exclusiones y limitaciones en la acción protectora que están previstas por la ley para estos trabajadores son en cuanto a la: maternidad, el riesgo durante el embarazo, el desempleo, la paternidad... etcétera.

⁴⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E: Instituciones de conciliación de trabajo con cuidado de familiares...op.cit., págs.259-273.

hombres y mujeres sigue siendo todavía un problema que está latente en la UE. A pesar de los esfuerzos legislativos que la Comunidad ha realizado en las últimas décadas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, las diferencias entre ambos sexos se mantienen todavía latentes en todos los Estados europeos.

Por otro lado, las tensiones laborales y el hecho que se defienda el mantenimiento de una profesión han propiciado una brusca caída de la natalidad, lo que unido al aumento de la esperanza de vida han invertido considerablemente la pirámide poblacional. A todo ello, hay que sumar el cambio demográfico y el progresivo envejecimiento de la población que llevan a plantear su impacto sobre el Estado del bienestar y, en concreto, sobre el sistema público de pensiones como uno de sus pilares básicos.

El paso de una sociedad patriarcal hacia un modelo más equilibrado de distribución de responsabilidades familiares no parece que haya calado suficientemente en los distintos sistemas europeos de Seguridad Social. De ahí que el principal desafío al que se enfrenta ahora la sociedad española sea el de garantizar un sistema público coherente de protección y de distribución equitativa de cargas (profesional, personales y familiares).

Pese a la multiplicidad de iniciativas y conatos legislativos, la realidad es que la normativa actual no se ajusta a los problemas que presenta la sociedad contemporánea, llegando incluso a promover más desigualdades de las ya existentes. Y es que en lugar de potenciar la efectiva “corresponsabilidad”, se fomenta el hecho de que sea la mujer la que concilie la vida laboral con la familiar gracias al establecimiento de “vehículos jurídicos de segundo nivel” (como son los contratos temporales y a tiempo parcial).

Compensar las desigualdades y cerrar la brecha salarial que separa a hombres y mujeres debería constituir uno de los objetivos primordiales a lograr por Europa, sin embargo no deja de ser cuanto menos una utopía dada la grave situación económica actual. Ciertamente, nos encontramos ante una política del Derecho sociolaboral en la que reina el modelo de flexiseguridad “defensiva” (liberalizadora) frente al modelo de flexibilidad “garantista” u “ofensiva”, que busca un equilibrio satisfactorio entre los dos elementos interdependientes. En efecto, desde aquélla se combina ciertamente la flexibilidad interna con la conciliación de la vida laboral y familiar, pero otorgando, al mismo tiempo, preferencia al elemento de la “flexibilidad laboral” sobre la vertiente de la “seguridad” proporcionada por el Sistema de Seguridad Social⁴⁹. Olvidando así el legislador que la clave del éxito no está en operar unas políticas de austeridad y desprotección, sino en garantizar un efectivo respecto a los derechos y principios constitucionales (en concreto, los de igualdad, no discriminación y libertad; pero también la misma protección efectiva de la familia en sus distintas manifestaciones) al tiempo que se adaptan las prestaciones laborales a la necesidades productivas de las empresas. En contra de todo pronóstico, el debate en torno a un modelo flexible o tradicional pasa lamentablemente a un segundo plano, por lo que dadas las dificultades de conciliación las trabajadoras (principalmente) buscan ahora encontrar algún refugio en la negociación colectiva, la cual está sometida a la lógica de la correlación de fuerzas existentes entre los agentes sociales. Así pues, el hecho de que la LOI permita la adopción de medidas de conciliación a través de los convenios colectivos concede, sin

⁴⁹ En este sentido, en una perspectiva general, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política europea de “modernización” del derecho del trabajo: la reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, en *Revista de Derecho Social*, nº, 48, 2009, págs. 13-38.

lugar a dudas, unas “expectativas de derecho” que ya se han visto devaluadas desgraciadamente a través de las últimas reformas legislativas.

La problemática de la conciliación de la vida laboral con la familiar ha sido (y es todavía) entendida más como un objetivo deseable, que como un derecho social. De ahí que no cese el legislador actual en obstaculizar la adopción de todas aquellas pautas que permiten el desarrollo pleno y profesional de la mujer en el marco de un Estado del Bienestar social. Por triste que sea, se han impuesto en la sociedad la concepción de que a mayor protección de la familia, mayores serán las dificultades económicas del sistema de Seguridad Social. Entendiendo, pues, el legislador que toda política social y de apoyo a las cargas familiares podría originar un efecto huida de la mujer hacia el hogar familiar, lo cual no deja de ser cuanto menos una sensación absurda y equivocada, aparte de arcaica. Y es que, no se olvide que lo que reclaman con ahínco todas aquellas personas que se dedican al cuidado del hogar es, precisamente, una mayor atención a fin de que puedan elegir libremente el modelo de familia a formar, sin que la natalidad sea un óbice para el desarrollo de la carrera profesional.

La calidad de los servicios públicos y sistemas de protección social pública constituyen, en mi opinión, una pieza clave para elevar las tasas de empleo femenino, ya que la conciliación de la vida laboral y familiar debe pasar, necesariamente, por este tipo de prestaciones. Ello no tiene que suponer no implicar al varón en estas actividades, sino todo lo contrario. De ahí que se hable ahora tanto, en el ámbito comunitario, de esa propuesta de iniciativa de “profesionalización” en estas actividades. Por lo tanto, si no se crean instituciones (y con ello empleo) que faciliten al individuo desarrollarse en todos sus ámbitos personal, familiar y profesional, el sistema de Seguridad Social pasará de ser un mecanismo protector a ser un instrumento de “castigo social”. De ser así la práctica empresarial se convertirá en el principal escollo para las trabajadoras, quienes tras años de pugna y discusión por alcanzar unas condiciones laborales y de vida digna se verán envueltas en una batalla perdida de antemano, que convertirá todos sus esfuerzos históricos en vanas volutas de humo.

Capítulo VI. Las Responsabilidades Familiares ante el Sistema de Protección Social: Desafíos y Respuestas*

M. BELÉN GARCÍA ROMERO

*Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad social
Universidad de Murcia*

Resumen

El presente estudio se propone analizar la posible incidencia de las responsabilidades familiares en el reconocimiento del derecho, cuantía y duración de distintas prestaciones de Seguridad Social. De otro lado, se examinan las medidas adoptadas para reducir la brecha de género prestacional, como el complemento de pensión por maternidad o los beneficios por cuidado de hijos. Asimismo, son objeto de estudio las prestaciones económicas para la cobertura de las interrupciones o reducciones de jornada relacionados con la maternidad o la conciliación (maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, cuidado de menores con cáncer, etc.), y, por último, las prestaciones familiares no contributivas, destinadas a cubrir el exceso de gastos consecuencia de la existencia de responsabilidades familiares y el nacimiento o adopción de hijos.

Abstract

The current study aims to analyze the potential impact of family responsibilities in order to give entitlement to Social Security benefits, their amount and duration. Furthermore, measures which reduce the gender gap, like the maternity pension supplement or child working hours related to maternity or conciliation (maternity, paternity, risk during pregnancy, risk during breastfeeding, care of children with cancer, etc.), and, finally, non-contributory family allowances, intended to cover the costs consequence of the existence of family responsibilities and the birth or adoption of children are under study.

1. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social profesional o contributiva de tipo continental descansa sobre una doble exigencia de estabilidad¹. De un lado, presupone una situación de estabilidad personal y familiar, según la concepción antigua de la familia, marcada por el carácter indisoluble del vínculo matrimonial y por el reparto tradicional de los roles en la pareja. De otro lado, se basa también en una exigencia de estabilidad profesional, individual (continuidad de la carrera de seguro) y colectiva (pleno empleo)².

Este doble presupuesto de estabilidad se pone en entredicho por la propia evolución socio-económica y demográfica³. En el nuevo modelo demográfico que se

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2013-47574-P, sobre “El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad” (IV), incluido en el Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia (2013-2016), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ CONSEJO DE EUROPA, “Informe sobre la Seguridad Social en una sociedad cambiante”, Estrasburgo, 1989, en *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, MTSS (Colección Seguridad Social, núm. 6), Madrid 1992, pág. 123; OIT, *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000*, Ginebra 1984, pág. 43.

² GARCÍA ROMERO, B. “La garantía de ingresos mínimos en la protección social española”, en VV.AA: *Crisis económica, Reformas Laborales y Protección Social, Homenaje al Profesor Jesús María Galiana Moreno*, CAVAS MARTÍNEZ, F. Y LUJÁN ALCARAZ, J. (Dir.), Editum-Munera, Murcia, 2014, págs. 299-304.

³ REYNAUD, E., “Seguridad Social para todos: balance de la situación y retos a nivel mundial”, *Relaciones Laborales*, núm. 15, Sección monografías, 2006, pág. 137, tomo 2, Editorial La Ley (versión digital La Ley 2168/2006, págs. 2-7).

instala con carácter permanente, los individuos cambian de hogar, se invierte el fenómeno del abandono precoz del hogar familiar por los jóvenes y adolescentes a causa del paro y las rupturas de parejas, los nuevos matrimonios o la recomposición de hogares bajo formas diversas, llevan a una mezcolanza en donde la inestabilidad se convierte en la nota predominante.

La aparición de nuevos modelos familiares, las rupturas de las uniones y el desarrollo del trabajo femenino remunerado llevan a cuestionar la eficacia y la legitimidad de la protección social de la mujer (casada o viuda) basada en el sistema de derechos derivados (pensiones de supervivencia y asistencia sanitaria). Paradójicamente, muchas mujeres económicamente activas pagan cotizaciones sobre sus salarios, pero adquieren derechos que, a causa de sus interrupciones de actividad, el desempeño en mayor medida que los trabajadores varones de trabajos a tiempo parcial y del hecho de que, por regla general, perciben salarios inferiores a los de los hombres, son menos favorables de los que habrían obtenido en concepto de derechos derivados. Asimismo, el aumento del número de divorcios multiplica la proporción de mujeres que perciben pensiones de supervivencia muy bajas.

De otro lado, el carácter contributivo del sistema determina que tanto el derecho a las prestaciones como su cuantía dependan de la aportación financiera de los trabajadores al mismo. Por ello, las personas que tengan una carrera incompleta o que trabajen a tiempo parcial, se verán reconocer derechos y prestaciones reducidos, mientras que aquellas que no han accedido al mercado de trabajo, no tendrán ningún derecho directo en materia de Seguridad Social. En ambos casos, el colectivo femenino es el más afectado, lo que conduce a una creciente “*feminización de la pobreza*”⁴.

Para combatir el riesgo de feminización de la pobreza se considera necesario, por un lado, que se proceda a la individualización de los derechos de protección social⁵ y, por otro lado, el fomento de la integración económica y social de las mujeres mediante acciones específicas de formación profesional, de fomento del empleo y de conciliación, incluida la oferta de infraestructuras de cuidado y atención de niños y otras personas dependientes.

En el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020)⁶, el Consejo de la Unión Europea reafirmó su compromiso de cumplir con las ambiciones de la UE en el

⁴ Ya en la década de los 90, el Parlamento Europeo, teniendo en cuenta el porcentaje que representaban las mujeres entre las personas pobres, desempleadas o sin hogar de la Comunidad, consideró que podía hablarse de una feminización de la pobreza, por lo que pidió a la Comisión que abordara explícitamente este problema en el Cuarto Programa sobre la pobreza. (Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de decisión del Consejo por la que se adopta un programa de acción a medio plazo para luchar contra la exclusión social y promover la solidaridad: un nuevo programa para apoyar y fomentar la innovación 1994-1999 (COM (93) 435 final-C3- 0522/93), DO núm C 77, de 24 de febrero de 1994, págs. 43 y s.).

⁵ MARSAULT, H., “Droits propres contre droits dérivés: individualisation des droits sociaux comme moyen d’améliorer la Sécurité économique d’existence individuelle et familiale”, *Droit Soc.*, núm 12, 1985, págs. 875-885; ZAIMAN, C., “L’individualisation des droits réduirait-elle les inégalités hommes/femmes?”, *Droit Soc.*, nº6, 1988, págs. 590 y ss.

⁶ Ver. Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011, sobre el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020) [2011/C 155/02; DO 25.5.2011], en: http://www.igualdadenedlaempresa.es/recursos/normativa/docs/Conclusiones_del_Consejo_de_7_de_marzo_de_2011_sobre_Pacto_Europeo_por_la_Igualdad_de_Genero.pdf; consultado el 22-12-2015)

ámbito de la igualdad de género en el empleo, la educación y la protección social. Considera que la brecha de género en las pensiones ha recibido hasta ahora menos atención que la brecha salarial y que, sin embargo, es uno de los obstáculos para la independencia económica de las mujeres en la vejez. Esta desventaja es una consecuencia del hecho de que la vida de las mujeres sigue estando mucho más afectada por las responsabilidades en el cuidado de la familia que los hombres, en un sistema en el que las contribuciones relacionadas con el empleo determinan los derechos a pensión. Por ello insta a los Estados miembros y a la Comisión Europea a que exploren vías para atajar esta problemática, que combinen medidas preventivas centradas en las modalidades de empleo con medidas efectivas que mitiguen los efectos indeseados que tienen lugar en materia de pensiones.

En suma, reconociendo la importancia de la natalidad para el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro, no se trata únicamente de incentivar la misma a través de la mejora de las medidas de protección directa o indirecta a la familia, como son las prestaciones económicas familiares, las relacionadas con los derechos de conciliación (prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, o por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave) o las prestaciones de viudedad, orfandad y a favor de familiares, sino de reducir los perjuicios económicos y en materia de derechos de protección social que comporta tener hijos en nuestro país, especialmente, en el caso de las mujeres.

En las páginas que siguen, será objeto de análisis la posible incidencia de las responsabilidades familiares en el nacimiento, cuantía y duración de las prestaciones, y también el conjunto de medidas y prestaciones relacionadas con la natalidad. Concretamente, las medidas adoptadas para reducir la brecha de género prestacional (complemento de pensión por maternidad; beneficios por cuidado de hijos; asimilación a periodos cotizados de los periodos de excedencia voluntaria por cuidado de hijos o de otros familiares dependientes e incremento de cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada por motivos familiares, etc.); las prestaciones económicas para la cobertura de las interrupciones o reducciones de jornada relacionados con la maternidad o la conciliación (maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, cuidado de menores con cáncer, etc.) o en fin, las prestaciones familiares no contributivas, destinadas a cubrir el exceso de gastos que produce, para determinadas personas la existencia de responsabilidades familiares y el nacimiento o adopción de hijos en determinados casos.

2. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS PRESTACIONES

2.1. Las responsabilidades familiares y nacimiento del derecho a prestaciones

2.1.1. Las cargas familiares como requisito específico de acceso a las prestaciones

Tener “responsabilidades familiares” no da derecho por sí solo a obtener una prestación del sistema de la Seguridad Social, si bien son uno de los muchos requisitos que se piden para obtener un subsidio del Sistema Público de Empleo y otras prestaciones asistenciales. Así, por ejemplo, en el subsidio por agotamiento de la prestación contributiva con responsabilidades familiares (la ayuda familiar), se pide no

solo la acreditación de las cargas familiares, sino también haber agotado previamente una prestación contributiva por desempleo, rentas inferiores al tope establecido, etc. Por ello, si pese a tener responsabilidades familiares y carecer de ingresos no se cumplen los restantes requisitos para pedir un subsidio, no se puede reconocer esta prestación. La única posibilidad de ayuda sería obtener el reconocimiento de una renta mínima de inserción por parte de los servicios sociales de las Comunidades Autónomas de residencia.

En desarrollo del Pacto de Toledo, se ha conseguido homogeneizar los límites de edad de los hijos para el acceso y mantenimiento de los diferentes derechos ligados a la cobertura familiar dentro del sistema de protección social. De este modo, en la actualidad, se aplica el mismo concepto de “cargas familiares” para determinar el derecho al subsidio por desempleo, los límites de la cuantía de la prestación por desempleo, el derecho al porcentaje asistencial de la pensión de viudedad y a los complementos a mínimos en el caso de pensión mínima de viudedad con cargas familiares.

a) Las responsabilidades familiares como requisito de acceso a los subsidios y ayudas extraordinarias por desempleo

Varios subsidios y otras ayudas extraordinarias para desempleados tienen como requisito imprescindible que el solicitante tenga familiares a su cargo, es decir, “responsabilidades familiares”. Así sucede con el subsidio por agotamiento de la prestación contributiva con cargas familiares, con el subsidio por insuficiente cotización y con las ayudas del Plan Prepara y del Programa de activación para el empleo.

- 1- Subsidio por cargas familiares o “ayuda familiar” [art. 274.1.a) LGSS]. Se otorga a quienes hayan agotado la prestación contributiva y tengan responsabilidades familiares. Dicho requisito debe concurrir en el momento del hecho causante, no en el de la solicitud, excepto en el supuesto de los hijos cuyo nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días siguientes (art. 18.2 RD 625/1985).
- 2- El subsidio por insuficiente cotización para quien tiene únicamente cotizados tres meses [art. 274.3.a) LGSS]. Si no se tienen responsabilidades familiares, el mínimo de cotización que se pide para cobrar el subsidio es de seis meses [art. 274.3.b) LGSS].

A efectos del reconocimiento de ambos subsidios, tener “responsabilidades familiares” implica que se den dos condiciones en quien pide el subsidio (art. 275.2 LGSS):

1ª) Debe tener a su cargo al cónyuge (sin que esté asimilada la pareja de hecho), hijos menores de 26 años o mayores de 26 incapacitados o menores de 18 años acogidos.

2ª) y además, el conjunto de ingresos de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no debe superar un determinado tope, que se fija todos los años en función del Salario Mínimo Interprofesional. Concretamente, la media individual de los miembros de la unidad familiar no debe superar el 75 por cien del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. No se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por ciento del SMI, sin pagas extras.

Los padres pueden alegar cada uno de ellos a su hijo común a la hora de pedir una prestación o subsidio por separado.

Según la normativa, si se produce una variación de la situación familiar (porque, por ejemplo, el cónyuge o el hijo que no estaba trabajando comienza a hacerlo) de tal manera, que se dejan de cumplir los requisitos de rentas, hay que informar al servicio público de empleo para que revise si se continúan cumpliendo los requisitos, y en su caso suspenda, o extinga el subsidio.

Como regla general, cuando no se establece la existencia de responsabilidades familiares como condición de acceso al subsidio de desempleo, el requisito común de insuficiencia de rentas debe acreditarse únicamente a título individual, demostrando que los ingresos del solicitante no superan el 75 por ciento del SMI interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Así sucede, por ejemplo, con el subsidio de mayores de 45 años sin cargas familiares [art. 274.1.b) LGSS]; el subsidio para emigrantes retornados [art. 274.1.c) LGSS], para liberados de prisión [art. 274.2 LGSS], o para declarados plenamente capaces tras proceso de revisión de una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez [art. 274.1.d) LGSS].

Sin embargo, tanto en el caso del “subsidio de prejubilación” como en el de la renta activa de inserción (RAI), aunque pueden acceder a ellos las personas que no tengan cargas familiares, si el solicitante tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Respecto de la RAI, este requisito de insuficiencia de ingresos tanto a título personal como familiar ha existido y se mantiene inalterado desde su primera regulación (art. 2.d) RD 1369/2006, 24 octubre). En cambio, en el caso del subsidio para mayores de 55 años [art. 274.4 LGSS], esta exigencia es el resultado de las reformas llevadas a cabo por el RDL 20/2012, de 13 de julio y RDL 5/2013, de 15 de marzo. Así pues, actualmente, para reconocer este subsidio no basta con que los ingresos del solicitante no superen el límite establecido, sino que, entre otros requisitos, se exigen rentas familiares inferiores al 75 por cien del SMI, excluidas las pagas extraordinarias, de manera que ya no tienen derecho al subsidio de prejubilación los desempleados mayores de 55 años que vivan con un cónyuge o hijo menor de 26 años o mayor incapacitado, si la renta media individual supera el citado tope.

3. Plan Prepara

Este Plan fue instaurado, en 2011, por el RDL 1/2011, de 11 de febrero, como medida de carácter coyuntural, con el objetivo de mejorar la empleabilidad de las personas beneficiarias de cara a poder incorporarse de nuevo en el mercado laboral. No obstante, ha sido prorrogado en cuatro ocasiones y, finalmente, el RDL 1/2013, de 25 de enero, establece una prórroga automática del programa por períodos de seis meses mientras la tasa de desempleo, según la EPA, sea superior al 20 por ciento. La Resolución de 30 de julio de 2015, ha prorrogado dicho Plan hasta el 15 de febrero de 2016.

Únicamente serán beneficiarios los parados de larga duración (más de doce de los últimos dieciocho meses en desempleo) o parados con cargas familiares (tal como este

concepto viene definido en el art. 275.3 LGSS), que no han percibido esta ayuda u otra de igual naturaleza (PRODI, RAI, Renta Agraria) con anterioridad.

En cuanto al límite de ingresos, en la nueva regulación del Plan Prepara se mantiene el requisito de reducidas rentas del solicitante y las de la unidad familiar (renta media individual inferior al 75 por cien del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias), pero el concepto de unidad familiar se amplía, incluyendo ahora las rentas de los padres en caso de convivencia. En suma, se tendrá en cuenta la renta del núcleo familiar que convive con el solicitante incluyendo a los padres. Se considerarán como rentas o ingresos computables los establecidos en el art. 275.2 LGSS. Asimismo, se computará como renta el importe de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

Esta prestación económica se reconoce con carácter subsidiario respecto de cualquier modalidad de subsidio por desempleo. En cambio, la ley le atribuye un carácter complementario de las rentas mínimas de inserción autonómicas, respecto de las cuales puede cumplir el papel de complemento diferencial hasta equiparar la renta básica a la cuantía de la ayuda de acompañamiento si la de aquélla es inferior a la de esta.

El plazo para solicitar la inclusión en el programa será de dos meses desde la finalización de la prestación o subsidio por desempleo. En este plazo, la persona solicitante deberá realizar, durante un período mínimo de treinta días, acciones de búsqueda activa de empleo, las cuales se deberán acreditar en el momento de dicha solicitud, en la forma que se determine reglamentariamente.

4. Programa de Activación para el Empleo (PAE)

El PAE fue aprobado por el RDL 16/2014, de 19 de diciembre. Este programa está destinado a los trabajadores desempleados de larga duración con cargas familiares que hayan agotado todas las ayudas existentes, y comprende políticas activas de empleo, actuaciones de intermediación laboral y una ayuda económica de acompañamiento gestionada por el Servicio Público de Empleo Estatal y vinculada a la participación en las mencionadas políticas de activación para el empleo (art. 1). La ayuda del PAE se puede solicitar desde el 15 de enero de 2015 hasta el 15 de abril de 2016.

La ayuda, de cuantía equivalente al 80 por cien del IPREM [art. 7.b)], se puede recibir durante 6 meses, no prorrogables (art. 7.a).

Entre los requisitos exigidos –que han de concurrir durante todo el período de percepción de la ayuda (art. 2)– se encuentran: tener responsabilidades familiares (cónyuge, hijos menores de 26 años o con discapacidad...) y carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75 ciento del SMI, excluidas las dos pagas extraordinarias, tanto a título individual como familiar.

b) Las responsabilidades familiares y pensión de viudedad

En relación con la pensión de viudedad, las responsabilidades familiares pueden influir en varios aspectos importantes.

En primer lugar, puede establecerse como requisito de reconocimiento del porcentaje asistencial de viudedad (art. 31 OMS y art. 7 D. 1647/1972). Así, en lugar de cobrar el porcentaje general del 52 por 100, en el caso de pensionistas de viudedad con cargas familiares y menores ingresos, existe la posibilidad de acceder a una prestación de cuantía más elevada.

Concretamente, podrán verse reconocer una pensión del 70 por ciento de la base reguladora si se reúnen los siguientes requisitos: 1) Que el pensionista tenga cargas familiares. Se entiende cumplido cuando el solicitante conviva con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos. A estos efectos, se considera que existe incapacidad cuando acredite una discapacidad igual o superior al 33%. Los rendimientos de la unidad familiar, incluido el propio pensionista, divididos entre el número de miembros que la componen, no superen, en cómputo anual, el 75 por cien del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias; 2) Que la pensión constituya su principal o única fuente de ingresos. Se entiende que se cumple este requisito cuando el importe anual de la pensión sea superior al 50 por cien de los ingresos del pensionista; 3) Que los ingresos anuales por todos los conceptos del pensionista no superen la cuantía que resulte de sumar al límite –que anualmente se establezca– para el reconocimiento de mínimos de las pensiones, el importe anual, que en cada ejercicio corresponda a la pensión mínima de viudedad. Los requisitos deben concurrir simultáneamente. La pérdida de uno de ellos conlleva a que se aplique desde el día primero del mes siguiente a que deje de concurrir el requisito el porcentaje del 52 por ciento.

En segundo lugar, las responsabilidades familiares se tienen en cuenta a efectos de la pensión mínima de viudedad.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que hay garantizadas cuantías mínimas en atención a la edad, discapacidad y cargas familiares del beneficiario. Las cuantías mínimas de la pensión de viudedad son diferentes según se trate de: 1) titular con cargas familiares, cualquiera que sea su edad; 2) titular con 65 años o discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100; 3) titular con edad entre 60 y 64 años; y 4) titular con menos de 60 años.

En este ámbito, se privilegia a los titulares con cargas familiares, colectivo al que se reconoce la pensión mínima más alta, seguido de dos colectivos de pensionistas de viudedad que se hallan equiparados a estos efectos: Titulares con 65 años, y titulares con discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100.

De acuerdo con el artículo 8.2 del RD 1647/1997, se entenderá por cargas familiares la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, dividida por el número de miembros que la componen, no supere en cómputo anual el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Se considerarán como rendimientos computables cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional. Los rendimientos indicados se tomarán en el valor percibido en el ejercicio anterior a aquél en que deban aplicarse los complementos a que se refiere el apartado precedente, debiendo excluirse los dejados de percibir como consecuencia del hecho causante de las

prestaciones, así como aquellos que se pruebe que no han de ser percibidos en el ejercicio en que deban aplicarse los referidos complementos.

En tercer lugar, la existencia de hijos comunes puede determinar el derecho del cónyuge superviviente a la pensión de viudedad en caso de fallecimiento derivado de enfermedad común anterior al matrimonio *ex art. 219 LGSS*.

Así, para evitar fraudes y matrimonios de conveniencia, si la muerte es imputable a enfermedad común previa al matrimonio deberá acreditarse alguno de los siguientes requisitos: 1) Que existan hijos comunes; o 2) Que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación al fallecimiento. No se exige esa duración si se acredita un período de convivencia previa al matrimonio con el causante como pareja de hecho que, sumado al de duración del matrimonio supere los dos años para parejas de hecho.

Si no se cumple alguno de dichos requisitos alternativos, el cónyuge superviviente no tendrá derecho a la pensión de viudedad sino a una prestación temporal de igual cuantía que la pensión de viudedad que hubiera podido corresponderle, con una duración de dos años (art. 222 LGSS).

Por último, las responsabilidades familiares inciden indirectamente en el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad para sobrevivientes de parejas de hecho (art. 221 LGSS), en la medida que permiten elevar el nivel de ingresos que se establece como requisito específico para este colectivo de beneficiarios que deben acreditar la situación de debilidad económica en la que quedan tras el fallecimiento del causante. Concretamente, deben probar: 1) Que sus ingresos en el año natural anterior al fallecimiento no deben alcanzar el 50% de la suma de los propios más los del causante; o el 25% si no hay hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; o 2) Alternativamente, que los ingresos sean inferiores a 1,5 veces el SMI vigente en el momento del fallecimiento. Dicho límite se incrementa en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente, por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el beneficiario. En este último caso, la falta de recursos económicos deberá mantenerse durante todo el tiempo que se perciba la pensión. Se consideran todos los ingresos (rendimientos de trabajo, capital, patrimoniales) en los mismos términos que para el reconocimiento de los complementos a mínimos de las pensiones establecidos en el art. 59.

2.1.2. La incorporación a la carrera de seguro de los períodos de atención y cuidado de hijos o personas dependientes y de periodos de maternidad o paternidad sin cotización

La dificultad para conciliar trabajo, familia y vida personal, unida al hecho de la distribución desigual de las responsabilidades domésticas y familiares, determina la decisión de muchas mujeres acerca de la elección de su trayectoria profesional, con un mayor uso de jornadas a tiempo parcial y reducciones de jornadas y una mayor frecuencia en interrupciones de dicha carrera. Todos estos factores tienen un impacto negativo en el desarrollo profesional y perspectivas de promoción de las mujeres, y conllevan una menor percepción de retribuciones durante su etapa de actividad, así como la obtención de futuras pensiones más bajas.

La Recomendación 17^a del Pacto de Toledo, de 2011, relativa a “Mujer y protección social”, parte de la necesidad de valorar la dimensión de género en materia de

pensiones, tras identificar los factores causantes de discriminaciones de las mujeres sobre los hombres, entre los que se cifran la diferencia salarial, la existencia de mayores períodos de interrupción por cuidado de hijo o familiares en situación de dependencia o mayores limitaciones en la conciliación de la vida familiar y laboral. Por ello reclama el impulso de los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización. Tales medidas se adoptarían como expresión de la consideración social hacia la maternidad y también, teniendo en cuenta la importancia de la natalidad para el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro.

La Disposición Adicional quinta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, encarga al Gobierno que elabore un estudio con propuestas de actuación, en relación con la citada Recomendación 17ª del Pacto de Toledo. El nuevo Texto Refundido de la LGSS, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 octubre, agrupa estas medidas dentro del Capítulo XV del Título II, rubricado “Protección a la familia”, estructurado en 3 artículos (arts. 235-237), y cuyo denominador común es que consisten en la asimilación a periodos cotizados de los periodos de gestación y otros periodos dedicados al cuidado de hijos o familiares dependientes.

Por último, debe incluirse también en este apartado la asimilación a periodos cotizados de los periodos de maternidad o paternidad que describe el art. 165.6 LGSS.

a) “Períodos de cotización por parto”

Este derecho en materia de seguridad social constituye una medida de acción positiva que pretende mejorar las carreras de cotización de las trabajadoras que no se encontraban en el mercado de trabajo, o se habían apartado de él, en los años de fertilidad.

Está regulado en el nuevo art. 235 LGSS, el cual acoge, sin modificar, las previsiones de la Disposición adicional cuadragesima cuarta de la LGSS (RD-Leg. 1/1994), titulada “Períodos de cotización asimilados por parto”, introducida por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (DA 18ª, apartado 23).

En virtud de esta previsión, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, el tiempo que corresponda.

b) “Beneficios por cuidado de hijos o menores”

Este derecho, regulado en el art. 236 LGSS, consiste en computar como periodo cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, aquel en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses

anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación.

El reconocimiento de este beneficio, que se aplica desde 2013, es fruto de la Ley 27/2011 (desarrollada por Real Decreto 1716/2012 de 28 de diciembre), cuyo artículo 9 añade a la LGSS una nueva disposición adicional (D.A. 60). El contenido de esta disposición se ha trasladado con algunos retoques al art. 236 del nuevo texto refundido de la LGSS. Entre las modificaciones, aparte del cambio de referencia a los beneficios previstos en el artículo 237.1 (en lugar de remitir al viejo artículo 180.1 LGSS), merece destacarse el acortamiento del período transitorio previsto en relación con el período computable por cada hijo, ya que se adelanta a 2016 la ampliación a 270 días, período este que según la previsión inicial debería ser aplicable a partir de 2019.

En otras palabras, consisten en el reconocimiento como días cotizados de los períodos sin cotizaciones que tengan los trabajadores por cuenta ajena, debido a la extinción de su relación laboral o hayan agotado sus prestaciones por desempleo con obligación de cotizar, de manera que ese lapso de tiempo dedicado al cuidado de sus hijos no se considere en blanco a efectos de futuras pensiones, pudiendo computarse hasta cinco años por beneficiario. El período computable como cotizado será como máximo de doscientos setenta días por hijo o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización.

Para que se aplique este beneficio es preciso que las interrupciones laborales estén dentro de un período determinado. Concretamente, las producidas “entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación”.

Los períodos computables en concepto de beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos se aplicarán a todas las prestaciones (excepto a las prestaciones y subsidios por desempleo), y a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo. En lo que respecta a la pensión de jubilación anticipada, esos períodos se aplican también, salvo para reducir la edad de jubilación que corresponda y tampoco para el cumplimiento del período mínimo de cotización. Estos períodos se añadirán, a efectos de determinar la cuantía de la pensión a los que resulten cotizados como consecuencia de la aplicación de coeficientes reductores de la edad, en los supuestos de grupos o actividades profesionales, cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre o se trate de personas con discapacidad.

Cuando el período computable como cotizado en concepto de beneficio por cuidado de hijos o menores acogidos esté comprendido dentro del período de cálculo para la determinación de la base reguladora de las prestaciones, la base de cotización a considerar estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de la interrupción de la cotización, o en su caso, cuando existan intermitencias en la cotización, las correspondientes a los seis meses cotizados inmediatamente anteriores a cada período que se compute o el tiempo cotizado de ser este inferior a seis meses.

Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en este artículo no podrá dar lugar a que el período de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 237.1.

c) “Prestación familiar en su modalidad contributiva”

Esta prestación fue incluida en el sistema de la Seguridad Social por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social [RCL 1990, 2644]. Hasta la entrada en vigor del nuevo texto refundido de la LGSS, se encontraba regulada por el art. 180 LGSS, junto a las otras prestaciones familiares no contributivas (art. 181-190).

En la actualidad, la regulación de ambos tipos de prestaciones se separa dentro de la LGSS, pues las primeras permanecen ubicadas dentro del Título II, relativo al RGSS (Capítulo XV, art. 237), mientras que las segundas pasan al nuevo Título VI, rubricado “prestaciones no contributivas” (Capítulo I, arts. 351-362). Unas y otras están desarrolladas por RD 1335/2005, de 11 de noviembre.

De acuerdo con el art. 237 LGSS, pueden ser beneficiarios de esta prestación no económica todos los trabajadores por “cuenta ajena”, tanto del sector privado como de la Administración Pública, que disfruten del período de excedencia laboral para el cuidado de cada hijo, de menor acogido o de otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida. Quedan excluidos los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar y de Trabajadores Autónomos.

Consiste en considerar como efectivamente cotizados a efectos de futuras prestaciones de la Seguridad Social los periodos de excedencia laboral por razones de conciliación *ex art. 46.3 ET*. En el caso de la excedencia laboral por cuidado de hijo o menor acogido, tiene la consideración de periodo de cotización efectiva los tres años de excedencia, mientras que en el caso de excedencia por cuidado de otros familiares, la asimilación se reduce al primer año de los dos que pueden disfrutar por este motivo.

Debe tenerse en cuenta que, en España, la excedencia laboral por cuidado de hijos y de otros familiares es una medida laboral de apoyo a la conciliación de carácter no retribuido y que, además, las excedencias son disfrutadas en un elevadísimo porcentaje por mujeres⁷. Por ello, las personas trabajadoras con cargas familiares que hagan uso de esta medida, deben asumir un importante sacrificio económico, puesto que su ejercicio conlleva la pérdida del salario, que no es compensada por el sistema de Seguridad Social. Algunas trabajadoras, con bajos salarios y puestos de trabajo poco cualificados pueden considerar que la excedencia constituye una alternativa, máxime si para asegurar la atención y cuidado de los hijos o familiares, tienen que recurrir a contratar los servicios de terceros. Sin embargo, parece que la medida favorece en mayor medida a

⁷ De acuerdo con los datos estadísticos del INSS, en nuestro país se solicitaron en 2014 39.611 excedencias por cuidado de hijos, de las que el 92% son disfrutadas por mujeres, y 8.176 excedencias por cuidado de mayores u otros familiares, un 84 % de las cuales son disfrutadas por mujeres. <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2014/PMA/PMA>; fecha consulta: 28.12.2015)

los trabajadores que gozan de estabilidad profesional y de una situación familiar económicamente acomodada, que les permite prescindir de la remuneración del trabajador excedente. En cualquier caso, no cabe duda de que, a la postre, la ausencia de cobertura económica acaba provocando una diferenciación de funciones por razón de género⁸. Por ello, son numerosos los autores que abogan también por el establecimiento de una prestación económica sustitutiva del salario para la cobertura de la totalidad o parte de las situaciones de excedencia, que incluso pueda estar condicionada al cumplimiento de determinados requisitos familiares o de nivel de rentas⁹. No obstante, conviene ponderar siempre el “efecto boomerang” que este tipo de medidas aparentemente protectoras pueden tener en el colectivo presuntamente favorecido, por cuanto pueden contribuir a perpetuar el tradicional reparto de roles.

El único beneficio que se otorga actualmente en caso de excedencia laboral por cuidado de hijos o de otros familiares consiste en la asimilación a periodos cotizados de estos periodos de interrupción de la carrera profesional por razones de conciliación, con el que se trata de paliar el impacto negativo que tendrían estas lagunas en los futuros derechos a pensión.

Así, en orden al reconocimiento de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (esto es, todas las prestaciones contributivas, salvo incapacidad temporal y desempleo), los períodos ficticios considerados como de “cotización efectiva” se computará a efectos de: 1) acreditar los períodos mínimos de cotización; 2) determinar la base reguladora de la prestación que se cause (la base de cotización a considerar estará formada por el promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia laboral); 3) determinar el porcentaje aplicable en ciertas prestaciones, como es el caso de la jubilación. Además, durante el período indicado, los beneficiarios se consideran en situación de alta y mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

En orden al reconocimiento de las prestaciones por desempleo, todo el período de excedencia tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, pero no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener dichas prestaciones. Por lo tanto, para el cómputo del período de cotización exigido, se podrá retrotraer el período de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al que cesó la obligación de cotizar.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia laboral que exceda del período considerado de cotización efectiva, será considerado en situación asimilada a la de alta para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que se refiere a la incapacidad temporal, maternidad y paternidad. Ello significa que, durante el segundo año de excedencia laboral por cuidado de otros familiares, el beneficiario podrá acceder a las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y

⁸ FLAQUER, L. y ESCOBEDO, A. “Licencias parentales y política social de la paternidad”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, 2014, pág. 93.

⁹ MUÑOZ CAMPOS, J., “Reflexiones sobre la regulación por convenio colectivo de la excedencia por cuidado de hijo”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1987, pág. 8; PRIETO PADIN, P., “Excedencia voluntaria por cuidado de hijos, trabajo en otra empresa y protección por desempleo: ¿fraude o supervivencia? (A propósito de la STSJ Galicia de 20 noviembre 2014 –Rec. 747/2013–)”, en AA.VV., *La protección por desempleo en España*, Ed. Laborum, Murcia, 2015, pág. 649.

muerte y supervivencia, aunque no computará como cotizado a efectos de acreditar la carencia exigida para el reconocimiento de tales prestaciones ni determinar su cuantía.

Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor de 12 años, en los términos del primer apartado del art. 37.6 del ET (reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella), se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Para el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el segundo párrafo del art. 37.6 ET (cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad), dicho incremento estará referido exclusivamente al primer año.

Las cotizaciones realizadas durante los periodos en que se reduce la jornada según lo previsto en el tercer párrafo del artículo 37.6 ET (reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer, o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente), se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad e incapacidad temporal.

Cuando las situaciones de excedencia señaladas en los apartados 1 y 2 hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el art. 37.6 del ET, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

d) Periodos de maternidad o paternidad asimilados a cotizados

El art. 165.6 LGSS establece que será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo.

2.2. Las cargas familiares y duración del subsidio de desempleo

La existencia de cargas familiares, no solo puede permitir, junto a otros requisitos, el reconocimiento del derecho al subsidio por desempleo, sino también dar lugar a una prestación de mayor duración. Ello se aprecia tanto en el supuesto del subsidio por agotamiento de prestación contributiva, como en el del llamado “subsidio contributivo” o por insuficiente cotización.

Así, en primer lugar, a diferencia del subsidio de mayores de 45 años sin cargas familiares que han agotado una prestación por desempleo [art. 274.1.b) LGSS], cuya duración es de seis meses improrrogables, tratándose del subsidio por cargas familiares

[art. 274.1.a) LGSS], la duración será de 6 meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta 18 meses (art. 277.1 LGSS), como sucede también con las otras modalidades previstas en el art. 274.1c) y d) y art. 274.2 LGSS. Ahora bien, el subsidio por agotamiento previo de prestación por desempleo con cargas familiares tiene la particularidad de que puede superar la citada duración máxima, hasta los 24 meses (mayores de 45 años que hayan agotado una prestación de, al menos, 120 días o menores de 45 años que hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de, al menos, 180 días), o, incluso, hasta los 30 meses de duración (mayores de 45 años que hayan agotado un período de, al menos, 180 días).

En segundo lugar, en el caso del “subsidio contributivo” (art. 274.3 LGSS), cuando los beneficiarios tienen responsabilidades familiares, la duración dependerá del período cotizado (art. 277.2 LGSS), existiendo una correspondencia total entre período cotizado (3, 4 o 5 meses cotizados) y duración del subsidio. Pero, a partir de los 6 meses cotizados, se reconocen 21 meses de subsidio. En cambio, si los beneficiarios carecen de responsabilidades familiares, y tienen al menos seis meses de cotización, la duración será de 6 meses improrrogables.

2.3. Cargas familiares y cuantía de las prestaciones

2.3.1. La mejora de la cuantía de la pensión en reconocimiento de la contribución demográfica de la mujer a la Seguridad Social

Siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea, y tratando de reducir la brecha de género en materia prestacional, el art. 60 de la LGSS establece un “complemento por maternidad” en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente o viudedad.

Esta es una de las principales novedades del Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF), aprobado por el Gobierno el 14 de mayo de 2015, que fue incorporada inicialmente como art. 50 bis a la LGSS/1994 por la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado, y que consiste en un incremento de las pensiones proporcional al número de hijos.

Con esta medida, la Seguridad Social española reconoce la aportación a la natalidad de las familias como elemento clave para la sostenibilidad futura del sistema de pensiones, al ser este un sistema de reparto basado en la solidaridad intergeneracional, cuya viabilidad depende tanto del empleo como de la evolución demográfica. Por ello quiere compensar el esfuerzo de las mujeres trabajadoras con hijos, mediante incentivos económicos que ayuden a reducir la brecha de género a la hora de generar pensiones. (La pensión media de las mujeres, teniendo en cuenta todas las clases, es de 669,95 euros, frente a los 1.082,23 euros de los hombres).

Para la UGT, esta línea de actuación sobre la brecha prestacional, no es la única ni la más adecuada de las posibles. Para este sindicato, esta medida sólo “beneficia a la mujer de clase media trabajadora”, pero “deja fuera, de manera injusta, a un importante número de mujeres con especiales necesidades económicas: a las mujeres que perciben pensiones no contributivas, las más bajas del sistema (sólo se reconocerá cuando en la solicitante concurren los requisitos exigidos para generar derecho a la pensión); las

mujeres que perciben pensiones contributivas inferiores a la pensión mínima (el 33,12%); mujeres con un solo hijo; etc.”¹⁰

En el ámbito de la Unión europea, si bien se trata de dar prioridad a las políticas familiares que favorecen la natalidad y la lucha contra la brecha de género en materia de prestaciones, lo cierto es que tan solo Francia y, en menor medida, Luxemburgo, disponen de medidas similares al complemento de maternidad aprobado en España¹¹.

De acuerdo con el art. 60 LGSS, solo podrán acogerse a la medida las mujeres con pensiones reconocidas a partir del 1 de enero de 2016. No obstante, quedan también excluidas aquellas mujeres que se jubilen anticipadamente de forma voluntaria y las que se acojan a la jubilación parcial. No obstante, en este último caso, se asignará el complemento de pensión cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

El suplemento se sumará al importe de las pensiones de acuerdo a las reglas establecidas en cada régimen general o especial. Se trata de un porcentaje dependiendo del número de hijos naturales o adoptados que haya tenido la pensionista con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente. El porcentaje adicional de la pensión será del 5% en caso de haber tenido dos hijos, del 10% para madres de 3 hijos y del 15% en caso de cuatro o más.

El porcentaje en cuestión se calcula sobre la cuantía de la pensión inicialmente reconocida. Si ésta no supera la cuantía mínima que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía de acuerdo con el art. 59 LGSS (art. 60.3 LGSS). A este importe se adicionará el complemento por hijo, (calculado sobre el importe de la pensión inicial, sin complemento a mínimos). En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite máximo de pensión establecido en el art. 57 LGSS sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite máximo aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento (art. 60.2 LGSS).

¹⁰ <http://mcaugt.cat/informe-sobre-el-complemento-de-maternidad-en-las-pensiones-contributivas/> (consultado el 29.12.2015).

¹¹ Por ejemplo, en Francia, existen dos tipos de incentivos basado en la contribución de las madres trabajadoras a la demografía. De un lado, unos complementos que se reciben a partir de la jubilación, bien por tener uno o varios hijos a cargo en el momento de la jubilación, bien por haberlos tenido o criado con anterioridad. Se trata de un incremento que también beneficia a perceptores de una pensión de viudedad que tienen derecho a un aumento de la pensión del 10% si han tenido, como mínimo, tres hijos. Además, si cumplen determinados requisitos, recibirán un aumento por cada hijo a cargo, de 96,21 euros mensuales: Por otro lado, en determinados supuestos (como madres trabajadoras manuales con al menos tres hijos), se reconoce la pensión base completa, independientemente de los años cotizados. (http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_034805; fecha consulta: 22/12/2015 13:22). Asimismo, Cfr. *Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas*, págs. 14-15 (<http://mcaugt.cat/informe-sobre-el-complemento-de-maternidad-en-las-pensiones-contributivas/> [consultado el 29.12.2015]).

Por otro lado, si la pensión a complementar se causa por totalización de periodos de seguro a *prorrata temporis*, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda (art. 60.2 *in fine* LGSS).

Por último, en el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia. En primer lugar, se aplicará a la pensión que resulte más favorable; en segundo lugar, si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación (art. 60.5 LGSS). Por lo demás, si la suma de las pensiones concurrentes supera el límite máximo antes de aplicar el complemento o aplicando el mismo solo parcialmente, rigen las mismas reglas que las establecidas para estos supuestos en caso de pensión única en el apartado 2.

2.3.2. La modulación de la cuantía de las prestaciones en función de las cargas familiares

Las responsabilidades familiares pueden tenerse en cuenta para incrementar la cuantía de las prestaciones. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la prestación por desempleo de nivel contributivo y de la ayuda del programa PREPARA y también de la pensión de viudedad.

En el primer caso, los límites máximo y mínimo de la cuantía de la prestación por desempleo varían en atención a que el beneficiario tenga o no hijos a cargo y el número de estos. Así, de acuerdo con el art. 270 LGSS, de un lado, la cuantía mínima será del 80 por cien del IPREM, salvo que el trabajador tenga hijos a su cargo, en cuyo caso se eleva al 107 por cien IPREM y, de otro, la cuantía máxima no podrá ser superior al 175 del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM), salvo cuando se tenga hijos a cargo (200 por cien –1 hijo– o 225 por cien –2 ó más hijos–). En ambos casos, se tomarán el valor mensual del IPREM, incrementado en una sexta parte, vigente en el momento de nacimiento del derecho. Para el cálculo de las cuantías máxima y mínima de la prestación se tendrá en cuenta el IPREM calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días cotizados, ponderándose tal promedio en relación con los días trabajados a tiempo completo o parcial durante dicho periodo.

En cambio, en lo que respecta al subsidio por desempleo, su cuantía es fija –igual al 80 por cien del IPREM–, con independencia de las cargas familiares (art. 278 LGSS). En consecuencia, puede afirmarse que en lo referente a la intensidad de su cobertura, el sistema de protección por desempleo no es justo ni eficiente, pues las cuantías de las prestaciones no garantizan la cobertura de las necesidades básicas, en especial en caso de desempleados con cargas familiares.

En lo que se refiere a las ayudas extraordinarias para desempleados de larga duración, debe destacarse que también se tienen en cuenta las cargas familiares para incrementar la cuantía de la ayuda prevista dentro del programa PREPARA y, en cambio, no afectan al importe de la ayuda del Programa de Activación para el Empleo, que será siempre igual al 80 por cien del IPREM [art. 7.b) del RDL 16/2014, de 19 diciembre]. En lo que se refiere al programa PREPARA, este contempla, con carácter general, una ayuda mensual del 75 por cien del IPREM, durante un período máximo de

seis meses. Pero dicha ayuda se incrementa del 75 por 100 al 85 por 100 del IPREM, para aquellos beneficiarios que acrediten tres o más personas a su cargo.

En el segundo caso, la cuantía de la pensión de viudedad se obtiene aplicando a la base reguladora un porcentaje del 70 por cien, en lugar del porcentaje general del 52 por cien, si se reúnen los requisitos que permiten considerar que es trata de un pensionista con cargas familiares, bajos ingresos y para el que la pensión constituya la principal o única fuente de ingresos (art. 31 OMS y art. 7 D. 1647/1972).

Por último, como se ha visto, la pensión mínima de viudedad es más elevada en el caso de pensionistas de viudedad con cargas familiares, cualquiera que sea su edad.

3. EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

En la acción protectora del sistema de Seguridad Social existen una serie de prestaciones que garantizan la cobertura económica ante situaciones de necesidad relacionadas con la conciliación y, que, en última instancia, son medidas favorecedoras de la natalidad.

Todas ellas se encuentran reguladas dentro del Título II de la LGSS, Capítulos VI a X (arts. 177-192). El RD 295/2009, desarrolla las distintas prestaciones, a excepción de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, que es desarrollada por RD 1148/2011, de 29 de julio.

Así, en primer lugar, la prestación económica por maternidad (arts.177 a 182 LGSS), trata de cubrir la pérdida de rentas del trabajo o de ingresos que sufren las trabajadoras, por cuenta ajena o por cuenta propia, cuando se suspende su contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. La cuantía de esta prestación es del 100 por cien de la base reguladora (esta es equivalente a la de Incapacidad Temporal por contingencias comunes) y su duración, de dieciséis semanas, ampliables en una serie de supuestos (arts. 48.4 ET y 8 RD 295/2009).

De otro lado, a partir de la Ley de Igualdad, con el objetivo de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral en términos de igualdad, se reconoce a los trabajadores la prestación por paternidad (regulada en los arts. 183-185 LGSS), que se configura como un derecho independiente del de la madre, de titularidad exclusiva del otro progenitor, cualquiera que sea su sexo, aunque de carácter renunciabile, a diferencia de las seis semanas de descanso posteriores al parto, que son de obligada observancia para la madre. Esta prestación protege las mismas situaciones que la maternidad (periodos de descanso/cese/permiso en la actividad derivados de nacimiento de hijo, la adopción o acogimiento), por lo que el disfrute de ambas prestaciones están relacionados¹². La cuantía de esta prestación es igual que la de maternidad. Respecto a la duración, si bien el artículo 48.7 ET, establece el derecho a la suspensión del contrato de duración igual a veintiocho días, ampliable en dos días más por cada hijo a partir del

¹² Según los datos estadísticos del INSS, en 2014, el número de procesos por maternidad reconocidos fue de 281.411, de los cuales, 276.482 fueron disfrutados por la madre y 4.928 por el padre; en el caso de la prestación por paternidad, se reconocieron 236.714 prestaciones (<http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2014/PMA/PMA.pdf>; consultado el 28.12.2015)

segundo, la anterior previsión no ha entrado en vigor, teniendo el permiso de paternidad, en la actualidad, una duración de 13 días, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo¹³. Ello es así porque la ampliación a cuatro semanas, prevista en la Ley 9/2009, de 6 octubre, con efectos de 1 de enero de 2011, se ha ido posponiendo por las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año. La última vez, La D.F. 11ª de la LPGE para 2016 (Ley 48/2015, de 29 octubre) aplaza la aplicación de la medida a 1 de enero de 2017. Sin embargo, el permiso tendrá una duración de veinte días cuando el nuevo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento o cuando en la familia haya una persona con discapacidad.

Por su parte, las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural tratan de cubrir la pérdida de ingresos que se produce cuando la trabajadora por cuenta ajena es declarada en situación de suspensión del contrato de trabajo por tales causas, en los supuestos en los que, debiendo cambiar de puesto de trabajo o de actividad por otro compatible con su estado, dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. En el caso de las trabajadoras autónomas, las situaciones protegidas están referidas al período de interrupción de la actividad profesional durante el embarazo o durante el periodo de lactancia natural, cuando el desempeño de la misma pudiera influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, y así se certifique por los servicios médicos del INSS o por la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social competente¹⁴.

Por último, debe mencionarse la prestación económica para el cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave, destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado del menor a su cargo afectado por tales enfermedades.

Este subsidio, incorporado al sistema protector por el RD 1148/2011, de 29 de julio, está actualmente regulado en el Capítulo X de la LGSS (arts. 190-192).

Su finalidad es compensar la pérdida de ingresos que sufren los interesados al tener que reducir su jornada (como mínimo en un 50 por ciento), con la consiguiente disminución de su salario, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente a los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de su hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, de acuerdo con lo previsto en el art. 37.6 del ET.

¹³ En este sentido, la Disposición transitoria séptima ET establece que “en tanto no entre en vigor la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, la duración del permiso de paternidad a que se refiere el primer párrafo del artículo 48.7 será de trece días ininterrumpidos ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo”.

¹⁴ El número total de procesos en vigor en todos los regímenes a finales de 2015 fue de 21.182 por riesgo durante el embarazo y de 408 por riesgo durante la lactancia natural: Fuente INSS: (http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Riesgo_durante_el_embarazo/Riesgoduranteelembarazo2015/index.htm y http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Riesgo_durante_la_lactancia_natural/Riesgodurantelalactancia2015/index.htm; consultado 28.12.2015, 19:35).

Los trabajadores autónomos o por cuenta propia tendrán derecho a la prestación con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General de la Seguridad Social con la particularidad siguiente: la situación protegida por la prestación económica para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave es el periodo de cese parcial en la actividad de, al menos, un 50 por ciento de su duración. En este caso, el porcentaje de reducción de la jornada de trabajo vendrá referido a una jornada de 40 horas semanales.

En definitiva, todas estas medidas orientadas a facilitar la conciliación entre vida laboral y familiar son indispensables para avanzar hacia la igualdad de género y el trabajo decente, siempre que no estén destinadas en exclusiva a que las trabajadoras puedan cumplir con sus responsabilidades familiares. Por tanto, deben estar igualmente accesibles a los hombres y promoverse su uso por parte de estos, pues de otro modo pueden ser contraproducentes y terminar reforzando los roles de género. En esta línea, sería conveniente una mayor equiparación legal entre el permiso de maternidad y paternidad.

4. LA INSUFICIENTE COMPENSACIÓN DE LAS CARGAS FAMILIARES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

En la actualidad, la protección familiar no contributiva, regulada en el Título VI, Capítulo I (arts. 351 a 360) de la LGSS y desarrollada por RD 1335/2005, de 11 de noviembre, está integrada por tres prestaciones económicas, una de carácter periódico –la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo (arts. 352-356 LGSS)– y dos prestaciones de pago único: prestación por nacimiento o adopción de hijo en los supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas (arts. 357-358 LGSS), y, finalmente, prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples (arts. 359-360 LGSS).

En general, las prestaciones económicas familiares están destinadas a cubrir la situación de necesidad o de exceso de gastos que produce, para determinadas personas, la existencia de responsabilidades familiares y el nacimiento o adopción de hijos en determinados casos. Las dos primeras prestaciones mencionadas se reconocen bajo condición de insuficiencia de rentas, mientras que la última es de carácter universal.

En relación con la primera de ellas, será sujeto causante cada hijo menor de dieciocho años o mayor de dicha edad y que esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, siempre que no se supere, en su caso, el límite de ingresos establecido. El causante no perderá la condición de hijo o de menor a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena siempre que continúe viviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos anuales del causante, en concepto de rendimientos del trabajo, no superen el 100 por cien del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual. Tal condición se mantendrá aunque la afiliación del causante como trabajador suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto a aquel en el que esté afiliado el beneficiario de la prestación.

Para el reconocimiento del derecho a la asignación económica en los supuestos en que los hijos o menores acogidos a cargo no sean discapacitados, se exige que los ingresos y rentas computables del beneficiario (o de ambos progenitores, adoptantes o

acogedores en caso de convivencia entre ellos) no superen un determinado límite de ingresos anuales¹⁵. Este mismo tope de rentas rige en el caso de la prestación por nacimiento o adopción de hijo en los supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas. En cambio, cuando el causante sea un hijo o menor acogido a cargo discapacitado¹⁶, su reconocimiento no se supedita a la acreditación de ninguna condición de insuficiencia de rentas. Por lo demás, se exige la residencia legal en España, tanto del causante como del beneficiario.

En el caso de las personas mayores de 18 años y con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, la circunstancia de que el reconocimiento de la prestación familiar no dependa del nivel de rentas –ni personal ni familiar–, tiene una enorme relevancia y puede determinar que la protección de una persona sin recursos propios se garantice mediante el reconocimiento de una asignación familiar en lugar de una pensión no contributiva de invalidez, cuando aquella viva en una unidad económica que supere el límite de acumulación de recursos establecido para reconocer la pensión no contributiva.

La cuantía de la asignación es diferente según la edad y situación del hijo o menor a cargo¹⁷. En lo que se refiere a los hijos o menores acogidos con edad inferior a los 18 años, sin discapacidad, el nivel de cobertura es del todo insuficiente. En efecto, de un lado, se establece un umbral de renta excesivamente bajo para tener derecho a la prestación. El reducido tope de recursos permitido para el reconocimiento de esta prestación, así como el pago único por nacimiento o adopción de hijo en familia numerosa, monoparental o de madre con discapacidad, solo permite dar protección a las familias con ingresos muy modestos, quedando excluidas numerosas familias que, pese a superar ese bajo nivel de rentas, necesitarían ayuda económica. Además, su eficacia es absolutamente cuestionable, puesto que una vez acreditado el requisito de la insuficiencia de ingresos, se reconoce una prestación de cuantía excesivamente modesta (291 euros anuales), que resulta a todas luces insuficiente para hacer frente a las necesidades reales de la familia con hijos o menores de 18 años sin discapacidad reconocida. Otra insuficiencia deriva de la limitación de la edad de los hijos a cargo (menores de 18 años), cuando actualmente, por la importancia que se da a la formación de estos, las dificultades de acceso al mercado de trabajo y a la inestabilidad del mismo, se produce un retraso en el abandono de los hijos de la unidad familiar. En este sentido,

¹⁵ El límite en 2016, es de 11.576,83 euros anuales por un solo hijo. Este límite se aumentará en un 15 % por cada hijo o acogido a cargo a partir del segundo, éste incluido. Si se trata de familias numerosas (según el concepto de Familia Numerosa de la Ley 40/2003: art. 13), el límite de ingresos anuales se incrementa hasta 17.423,84 euros, en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, incrementándose en 2.822,18 euros por cada hijo o acogido a cargo a partir del cuarto, éste incluido [DA 25ª de la Ley 48/2015, 29 octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 (BOE de 30.10.2015)].

¹⁶ Si se trata de un menor de 18 años, debe acreditar un grado de discapacidad igual o superior al 33%, mientras que en el caso de los mayores de edad, el grado de discapacidad debe ser superior al 65%.

¹⁷ En 2016, la cuantía de las asignaciones establecidas en el artículo 353 LGSS para los casos en que el hijo o menor acogido a cargo tenga la condición de discapacitado será: a) 1.000 euros cuando el hijo o menor acogido a cargo tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento; b) 4.414,80 euros anuales por hijo euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento; c) 6.622,80 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años, esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 por ciento y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos [DA 25ª de la Ley 48/2015, 29 octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 (BOE de 30.10.2015)].

podría acogerse el límite de edad que se aplica para considerar la existencia de “cargas familiares” a efectos de la prestación y subsidio por desempleo, de la pensión mínima de viudedad y del porcentaje asistencial de viudedad.

En definitiva, la protección familiar constituye uno de los capítulos más débiles del sistema español de Protección Social¹⁸, con un impacto muy débil en la reducción de las tasas de pobreza de la población infantil y adolescente¹⁹.

Por lo tanto, la necesidad urgente de reducir la pobreza infantil, exige introducir cambios en la regulación, ampliando las partidas presupuestarias para las categorías “infancia y familia” y “vivienda y lucha contra la pobreza y la exclusión social”. Entre las medidas a adoptar, deberían considerarse las propuestas de mejora del marco actual de las prestaciones familiares. Una de ellas postula una reforma de la actual regulación en un doble frente: por un lado, aumentando la cuantía de la prestación por hijo o menor acogido a cargo hasta los 100 euros mensuales como mínimo, y, por otro, elevando en un 50 por cien el límite de rentas para tener acceso a la prestación. De modo alternativo, se plantea también la creación de una prestación universal de 1.200 euros al año por familia con hijos o menores a cargo con edades comprendidas entre los 0 y 17 años²⁰.

Por otro lado, en relación con su objeto, estas prestaciones económicas familiares únicamente atienden las necesidades económicas o de exceso de gastos derivadas del cuidado de los hijos o menores acogidos a cargo (coste directo de los hijos), sin prestar atención a otros sujetos (ascendientes o parientes próximos) que también pueden formar parte de la unidad familiar y provocar situaciones de igual o mayor necesidad que las propias de los hijos a cargo. No obstante, es cierto que esta laguna de cobertura ha sido corregida tras la aprobación de la Ley de Dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

Finalmente, la protección familiar resulta del todo ineficaz en lo referente a la compensación del coste indirecto de los hijos. Ciertamente, un adecuado y completo sistema de protección social no puede soslayar otras medidas de política familiar que completen las puramente legislativas y que permitan hacer efectiva la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y, sobre todo, facilitar la integración más plena de la mujer en el mundo del trabajo. En este sentido, es preciso el establecimiento por parte de los poderes públicos de mayores servicios sociales de atención a la persona accesibles a todas las personas con necesidades de conciliar trabajo y familia, similares a las previstas en la negociación colectiva (guarderías municipales o debidamente atendidas por las empresas, bolsas de vacaciones, colonias de verano, etc.) y en la línea del artículo 33 de la Recomendación número 165 OIT (servicios de ayuda a domicilio, asistencia a ancianos y enfermos) y de la Directiva 96/34/CE (LCEur 1996, 1736) del Consejo, de 3 de junio de 1996.

¹⁸ En 2014, el total de beneficiarios de las prestaciones familiares periódicas fue de 1.378.346, de los cuales 437.346 fueron por hijos o menores acogidos a cargo y 791.000 para mayores de edad. El número total de beneficiarios de prestaciones de pago único fue de 627.558 (<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2014/PEN/index.htm>)

¹⁹ Mientras que en el conjunto de la UE las transferencias sociales consiguen reducir las tasas de pobreza infantil en 7,7 puntos porcentuales, en España la reducción es tan sólo de 2,9 puntos porcentuales.

²⁰ G. Malgesini Rey, *Informe sobre los Sistemas de Rentas Mínimas en España*, RED EMIN (Europea MinmunIncome Network), Octubre de 2014 (<http://emin-eu.net/>), pág. 38.

5. CONCLUSIONES

Tener “responsabilidades familiares” no da derecho por sí solo a obtener una prestación del sistema de la Seguridad Social, si bien son uno de los muchos requisitos que se piden para obtener un subsidio del Sistema Público de Empleo y otras prestaciones asistenciales.

Las responsabilidades familiares pueden, asimismo, tenerse en cuenta para incrementar la cuantía de las prestaciones. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la prestación por desempleo de nivel contributivo y de la ayuda del programa PREPARA y también de la pensión de viudedad. En relación con este punto consideramos que debería revisarse la configuración de las prestaciones de carácter asistencial, como el subsidio por desempleo y otras ayudas extraordinarias situadas en ese ámbito de protección, para que su cuantía se module en función de las cargas familiares.

Igualmente, las responsabilidades familiares pueden afectar a la duración de la prestación, como sucede en el caso del subsidio por desempleo por agotamiento y del subsidio por insuficiente cotización.

Por otro lado, reconociendo la importancia que tiene el incremento de las tasas de natalidad para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social, debe fomentarse la misma a través de medidas de protección directa e indirecta a la familia, como son las prestaciones económicas familiares, o las prestaciones de muerte y supervivencia, pero, al mismo tiempo, es esencial reducir los perjuicios económicos y en materia de derechos de protección social que comporta tener hijos en nuestro país, especialmente, en el caso de las mujeres.

A estos efectos, es necesario, en primer lugar, desarrollar medidas que ayuden a conciliar trabajo y familia para reducir las desigualdades de género, de acuerdo con las orientaciones del Convenio 156 OIT sobre trabajadoras con responsabilidades familiares y la Recomendación (N. 165). En la acción protectora del sistema español de Seguridad Social existen una serie de prestaciones que garantizan la cobertura económica ante situaciones de necesidad relacionadas con la conciliación y, que, en última instancia, son medidas favorecedoras de la natalidad. Así sucede con las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, y la prestación por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave. Ahora bien, con el fin de que estas medidas permitan no solo conciliar a las mujeres trabajadoras, sino avanzar hacia la igualdad de género, sería necesaria una mayor equiparación entre los permisos de maternidad y paternidad, y promover su uso por parte de los hombres.

En segundo término, deben instrumentarse mecanismos que permitan a las mujeres generar derechos de pensión propios y mejorar las pensiones causadas, incorporando los periodos de atención y cuidado de hijos o personas dependientes en las carreras de cotización, completando sus aportaciones por vía fiscal, etc., en la línea del complemento de pensión por maternidad o de las medidas de “Protección a la familia” reguladas en el Capítulo XV de la LGSS.

En tercer lugar, es necesario mejorar el actual marco de las prestaciones familiares, con el fin de incrementar su impacto en la reducción de la tasas de pobreza infantil y juvenil. En este sentido, es fundamental ampliar la cobertura de las prestaciones

económicas familiares elevando el límite de ingresos para su reconocimiento e incrementar su cuantía. Asimismo, sería del Título II, en la línea del concepto de “cargas familiares” que se aplica, por ejemplo, entre otras prestaciones, a efectos del subsidio por desempleo.

En cuarto lugar, todos los supuestos de suspensiones del contrato, reducciones de jornada o excedencias por motivos de conciliación o atención de familiares, deberían tener una compensación económica directa sustitutiva del salario a través del sistema de Seguridad Social y tener la consideración de situación asimilada al alta y computarse como cotizado. Ahora bien, tales medidas deben diseñarse tratando de fomentar la igualdad entre hombres y mujeres y evitando el “efecto boomerang” que este tipo de mecanismos aparentemente protectores pueden tener en el colectivo presuntamente favorecido, por cuanto pueden contribuir a perpetuar el tradicional reparto de roles entre hombres y mujeres.

Por último, el envejecimiento de la población y las transformaciones sociales en curso, con un número creciente de mujeres trabajadoras, de hogares unipersonales, familias sin hijos o la separación geográfica de las diferentes generaciones de una misma familia plantean el desafío de asegurar una oferta suficiente de servicios de guardería y de cuidados de calidad de personas dependientes accesibles para todos²¹.

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social: un marco europeo para la cohesión social y territorial, [Bruselas, 16.12.2010, SEC (2010) 1564 final (COM/2010/0758 final; %2010DC0758)].

Capítulo VII. La reforma del subsidio parental en Alemania, una acertada medida de igualdad de género¹

M^a TERESA VELASCO PORTERO
Profesora titular de área
Universidad Loyola Andalucía

Resumen

El análisis de las medidas de conciliación de vida familiar y laboral desde una perspectiva de género exige tener en cuenta no solo la cuantía de la prestación, sino su posible repercusión sobre hombres y mujeres teniendo en cuenta el diferente rol social que todavía siguen desempeñando. De esta manera, hay que observar si tienen el efecto de fomentar que sea la mujer la que interrumpa su vida profesional asumiendo el cuidado de los hijos o si por el contrario inciden en un aumento de la corresponsabilidad y la asunción equilibrada de responsabilidades familiares. En este sentido, la configuración de la excedencia paternal (*Elternzeit*) y del *Elterngelt* (subsidio paternal) en Alemania vigente hasta junio de 2015 era bastante cuestionable a pesar de ser generosa en su cuantía. En la práctica, y pese a que teóricamente la titularidad era indistinta, estaba fomentando que fuese la madre la que asumiese el cuidado de los hijos durante un amplio periodo de tiempo, abandonando mientras tanto totalmente su carrera profesional. Corrigiendo las deficiencias de este régimen, el Parlamento alemán ha reformado el sistema, con la creación de un nuevo subsidio *Elterngelt Plus* y una nueva regulación del *Elternzeit*, que entró en vigor para los hijos nacidos a partir del 1 de julio de 2015, y que fomenta una asunción más equilibrada y la compatibilización entre trabajo parcial y cuidado de los hijos sin dejar de percibir el subsidio. En esta comunicación se exponen las líneas generales de la reforma, como un modelo a seguir por nuestra legislación, que adolece de los mismos defectos agravados por el hecho de que se trata de un régimen que ofrece una prestación mucho menor.

Abstract

The analysis of measures to reconcile work and family life from a gender perspective requires taking into account not only the amount of the benefit, but its possible impact on men and women considering the different social roles that are still played. According to this, it must be observed if they have the effect of encouraging the woman to be the one who interrupts its professional life taking care of children. Or, on the other hand, they affect to the increase of the co-responsibility and the balanced assumption of family responsibilities. In this regard, the configuration of the parental leave of absence (*Elternzeit*) and the *Elterngelt* (parental subsidy) in Germany, in force until June 2015, was quite questionable despite being generous in amount. In practice, although theoretically the ownership was indistinct, it was encouraged to be the mother who assumes the care of the children for an extended period of time, while completely abandoning her professional career. Correcting the defects of this regime, the German Parliament has reformed the system with the creation of a new subsidy *Elterngelt Plus* and a new regulation of the *Elternzeit*, which came into effect for children born on or after the 1st July 2015. It encourages a more balanced assumption as well as a partial compatibility between work and childcare while receiving the subsidy. In this communication, the outlines of the said reform are exposed as a model for our legislation, which suffers from the same defects aggravated by the fact that it is a regime that offers a much lower subsidy.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2012-32111).

1. INTRODUCCIÓN: IGUALDAD, DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y PRESTACIONES FAMILIARES EN ALEMANIA

Desde una perspectiva de género, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo está íntimamente relacionada con los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, y con el régimen de prestaciones familiares de seguridad social. Esta relación viene determinada por los diferentes roles que nuestra sociedad sigue atribuyendo a hombres y mujeres en el cuidado de menores y dependientes, de forma tal que en el momento actual todavía este cuidado (el denominado “trabajo reproductivo”) sigue estando en su mayor parte a cargo de las mujeres. Esto significa que, para conseguir una auténtica igualdad de oportunidades en el trabajo, libre de discriminaciones indirectas, el ordenamiento no solo debe garantizar que la persona trabajadora tenga una serie de derechos que le permitan conciliar ambas facetas de su vida (el trabajo y la vida familiar) sino también que esos derechos dejen de estar vinculados a las mujeres, estableciendo mecanismos que permitan e incluso favorezcan su utilización por los padres. Asimismo, las prestaciones familiares deben permitir la adecuada atención y cuidado de hijos y dependientes (la familia en sentido amplio), pero también deben permitir y favorecer que sea el hombre el que asuma el cuidado y por tanto acceda a la prestación. Solo de esta manera se podrá conseguir el necesario cambio social en el reparto del “trabajo reproductivo” y eliminaremos este elemento generador de discriminaciones indirectas en el trabajo.

En el ordenamiento jurídico alemán nos encontramos ambos tipos de medidas: derechos de conciliación y prestaciones familiares. Para su análisis es conveniente contextualizarlas exponiendo algunas características generales del ordenamiento jurídico laboral alemán, que difieren del español. En Alemania el derecho laboral no está codificado, por lo que no existe una norma similar al Estatuto de los Trabajadores; la regulación de las instituciones se realiza a través de diferentes leyes especiales, teniendo un papel muy importante en su desarrollo el Tribunal Supremo del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht – BAG*), cuya jurisprudencia tiene una especial relevancia. Entre las normas básicas y más genéricas de regulación del contrato de trabajo se encuentra el Código Civil (*BürgerlichesGesetzbuch – BGB*), así como la importante Ley de Protección contra el Despido (la *Kündigungsschutzgesetz – KSchG*) para la protección contra el despido y la ley que regula la representación unitaria de los trabajadores en la empresa (*Betriebsverfassungsgesetz – BetrVG*). En cuanto a la Seguridad Social, la regulación se encuentra en el Código Social (*Sozialgesetzbuch – SGB*), compuesto de doce libros, completada también por leyes específicas con respecto a algunos temas. En este contexto, los derechos de conciliación de vida familiar y laboral se encuentran recogidos en muy diversas normas, como es la Ley para la protección de la madre trabajadora (*Mutterschutzgesetz – MuSchG*), o la reciente Ley de mejora de la conciliación de familia, vida laboral y cuidados a familiares y dependientes (*Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf*), que regula los permisos y entró en vigor el 1 de enero de 2015. Las prestaciones de maternidad se encuentran reguladas en el Libro V sección Tercera del SGB, siendo también de gran importancia en materia de prestaciones familiares la Ley Federal de Subsidio Familiar por hijos (*Bundeskindergeldgesetz – BKGG*), y la Ley federal sobre el subsidio estatal y el permiso para padres (*Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz – BBEG*), modificada por última vez por medio del artículo 1 de la ley sobre la introducción del subsidio para padres “Plus” con bonificación de pareja así como la flexibilización del permiso para padres estipulada en Ley federal sobre el subsidio estatal y el permiso para padres del

18 de diciembre de 2014, Boletín del Estado I, p. 2325 (*Gesetzes zur Einführung des Elterngeld Plus mit Partnerschaftsbonus und einer flexibleren Elternzeit im Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz*)².

En el presente trabajo nos vamos a centrar en un aspecto muy concreto de la conciliación, que es el relativo a los derechos de las personas trabajadoras en el caso de nacimiento de hijo, tanto con respecto a su relación laboral como las prestaciones de seguridad social a las que puede acceder, utilizando una perspectiva de género. Es decir, indagaremos hasta qué punto el régimen jurídico de estos derechos contribuye a perpetuar su papel social como cuidadora o si, por el contrario, fomenta la corresponsabilidad.

2. LA PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN EN EL CASO DE NACIMIENTO DE HIJOS: DERECHOS INDIVIDUALES Y PRESTACIONES FAMILIARES

2.1. La protección de la maternidad (Mutterschutz)

La *Mutterschutz* está regulada en la ya citada MuSchG, en el Reglamento sobre la Protección de las madres en el puesto de trabajo (Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz – MuSchArbV) y en el Libro V del Código Social –SGB–.

La licencia por maternidad comienza seis semanas antes de la fecha prevista para el parto, y se prolonga ocho semanas con posterioridad al nacimiento (prorrogables a doce en caso de parto prematuro o múltiple). Durante este tiempo la trabajadora sigue cobrando salario, para cuyo cálculo se toman como referencia la media de los tres últimos meses. El seguro de enfermedad se hace cargo de hasta 390 euros netos de la retribución del trabajador, y el resto debe ser satisfecho por el empleador. La trabajadora goza de una protección especial frente al despido durante el embarazo y durante un período de hasta cuatro meses después del parto. Su regulación es menos compleja que la española, siendo la diferencia principal con el permiso de maternidad configurado por nuestro ordenamiento el hecho de que el empresario tiene la obligación de continuar pagando gran parte de salario.

2.2. La excedencia o reducción de jornada

El llamado *Elternzeit* (permiso de educación para padres) es un periodo de excedencia para atender al cuidado de hijos durante el cual la persona trabajadora tiene derecho a reserva del puesto de trabajo y una protección especial frente al despido. Es un derecho de cada uno de los padres, que lo pueden ejercer al mismo tiempo o de manera sucesiva.

Su duración máxima son 36 meses, a contar desde el nacimiento del hijo o su adopción o acogida y hasta que éste cumpla los tres años de edad. Excepcionalmente se podía hacer reserva y disfrutar de un año de excedencia hasta los 8 años de edad del hijo, por acuerdo con el empresario antes de que el hijo hubiese alcanzado los tres años

² Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Einführung des Elterngeld Plus mit Partnerschaftsbonus und einer flexibleren Elternzeit im Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz vom 18. Dezember 2014 (BGBl. I, S. 2325)

de edad. La solicitud debía ser realizada con un preaviso de siete semanas y el acuerdo requería la forma escrita.

También es posible una reducción de jornada durante este periodo. Para tener derecho a la reducción de jornada de 15 a 30 horas semanales es necesario tener seis meses de antigüedad en la empresa, que ésta tenga una plantilla regular de más de 15 empleados, la reducción del horario semanal tiene que ser notificado al empleador como mínimo 7 semanas antes de su inicio, si la reducción de jornada se va a ejercer durante un permiso de educación entre el nacimiento y el tercer cumpleaños del hijo. Al vencer el plazo del permiso de educación para padres, la relación laboral vuelve a ser efectiva automáticamente en las mismas condiciones que antes de su ejercicio.

La excedencia es compatible con un trabajo por cuenta ajena de hasta treinta horas semanales.

Si el progenitor decidía alternar periodos de trabajo con periodos de excedencia, solo podía tomar como máximo dos excedencias durante los tres años, pero si la primera excedencia fue de un año entero, durante el siguiente año no podía volver a cogerla a no ser que su empleador se lo permitiese.

El régimen jurídico del “permiso de educación” ha cambiado con la entrada en vigor el 1 de enero de 2015 de la ley sobre el subsidio *Elterngelt* “Plus” y la bonificación de pareja, que ha flexibilizado también el permiso para padres regulado en la Ley federal sobre el subsidio estatal y el permiso para padres. De esta manera, los padres cuyos hijos nazcan a partir del 1 de julio de 2015 tienen el derecho de pasar hasta 24 meses del permiso de educación al periodo comprendido entre el tercer y el octavo año de vida del niño. El plazo de preaviso en este caso es de 13 semanas, también en el caso de que lo que se pretenda es una reducción de jornada. En caso falta de oposición del empresario, se presume el consentimiento.

Además, los padres pueden dividir su excedencia parental en tres períodos en lugar de los dos anteriores. En este caso tampoco será necesario obtener para ello el consentimiento del empleador.

Y, como principal diferencia con respecto a los supuestos de excedencia para el cuidado de hijos en España, hay que tener en cuenta la existencia de una prestación familiar que compensa la falta de salarios después del nacimiento del niño, de límites temporales mucho más amplios que los de la prestación de maternidad española.

2.3. El subsidio estatal para padres: *Elterngelt*

El subsidio estatal constituye una ayuda importante para familias en los primeros meses de vida de su niño. Este subsidio compensa la falta de ingresos después del nacimiento del niño. De esta manera resulta más fácil para el padre o la madre interrumpir o limitar de forma transitoria su actividad remunerada, para dedicar el tiempo a su hijo.

Requisitos para la percepción del subsidio.

Para tener derecho al subsidio las madres y padres tienen que cumplir los siguientes requisitos: cuidar y educar ellos mismos a sus hijos, no trabajar de forma lucrativa por

más de 30 horas semanales, vivir en el mismo hogar que sus hijos y tener su domicilio en Alemania o residir en este país de forma regular.

También la pareja o el cónyuge que cuida del niño después de su nacimiento puede percibir el subsidio para padres en las mismas condiciones que éstos, aunque no fuera su propio hijo. En caso de enfermedad grave, minusvalía severa o fallecimiento de los padres, los familiares hasta de tercer grado (bisabuelos, abuelos, tíos y tías así como hermanos) y sus cónyuges o parejas tienen derecho al subsidio para padres. En el caso de la adopción, el subsidio se concede desde el momento de la acogida del niño en el hogar.

Existe un límite de ingresos para tener derecho al subsidio, de manera que no podrán solicitarlo los padres cuyos ingresos conjuntos antes de impuestos hayan superado los 500.000 euros en el año anterior al nacimiento del hijo. Si se trata de familia monoparental, el límite de ingresos es de 250.000 euros.

En cuanto a la nacionalidad, en aplicación de la normativa comunitaria los ciudadanos de países miembros de la UE/CEE y de Suiza tienen el mismo derecho al subsidio para padres que los ciudadanos alemanes, si están en activo en Alemania o si no están en activo pero residen en Alemania. Por lo que respecta a los nacionales de otros países, tienen derecho al subsidio si por la naturaleza de su título de estancia y su inserción en el mercado laboral se estima que su estancia en Alemania será duradera. Este requisito se estima cumplido en el caso de los titulares de un permiso de establecimiento. En cambio, los titulares de un permiso de residencia se estima que cumplen los requisitos solo en el caso de que al mismo tiempo estén autorizados a ejercer una actividad lucrativa en Alemania o bien ya hayan trabajado con autorización.

A las personas que dispongan de un permiso de residencia en casos de rigor, para fines de protección transitoria, en caso de suspensión de la expulsión o debido a impedimentos de salida del país se les exigen tres años de residencia en Alemania y la existencia paralela de una relación laboral o la percepción de subsidio de desempleo.

Cuantía y duración del subsidio.

El subsidio para padres sirve para compensar los ingresos del trabajo del padre o de la madre que cuida del niño, que éste o ésta había tenido en el año anterior al nacimiento del niño y que se pierden después del nacimiento del niño por dedicarse a su cuidado. Su cuantía depende de los ingresos previos del progenitor que lo solicita, con arreglo al siguiente baremo:

- 67% del salario neto para salarios comprendidos entre los 1.000 y los 1.200 euros.
- 66% del salario neto si el salario alcanza los 1.220 euros.
- 65% del salario neto para salarios superiores a 1.240 euros.

Para personas con ingresos por debajo de 1000 euros antes del nacimiento del niño el porcentaje aumenta de forma escalonada, hasta alcanzar el 100%. Cuanto más bajos los ingresos, mayor es el porcentaje.

El subsidio mínimo son 300 euros (incluso para personas sin ingresos propios anteriores al nacimiento del hijo), y el máximo 1.800 euros. En caso de parto múltiple, el subsidio para padres es de 300 euros más por cada niño a partir del segundo. Si

conviven varios hijos más en la familia se establece un complemento de un 10% de la prestación, con un mínimo de 75 euros.

La duración es de 12 meses desde el nacimiento del hijo si sólo un progenitor reduce su jornada laboral o deja de trabajar por razón de cuidado de hijos, o bien 14 meses desde el nacimiento del hijo si ambos progenitores reducen su jornada laboral o dejan de trabajar por razón de cuidado de hijos al menos durante dos meses en el año natural. Los dos progenitores son libres para repartir los 14 meses disponibles entre los dos. No obstante, si ellos deciden cuidar del niño simultáneamente en el mismo período, el período global protegido se reduce porque se consumen dos prestaciones cada mes.

Esta modalidad de subsidio, llamada como hemos dicho *Elterngelt*, era la única posible para los padres de niños nacidos antes del 1 de julio de 2015. Para los nacimientos posteriores los padres pueden elegir entre el *Elterngelt básico* o bien acogerse al *Elterngelt Plus*, una nueva modalidad del subsidio que entró en vigor para nacimientos posteriores a 1 de julio de 2015 y cuya regulación supone un importante avance desde la perspectiva de género, pues por una parte fomenta la corresponsabilidad y por otra permite la incorporación progresiva al trabajo, lo que facilita la compatibilización entre carrera profesional y cuidado de hijos.

3. LA REFORMA DE 2015 EN MATERIA DE SUBSIDIO PARENTAL

En noviembre de 2014 el Parlamento Federal alemán aprobó una nueva regulación del subsidio parental y el permiso de educación con el fin de conseguir una mayor conciliación entre familia y trabajo. La Ley se aplica a los nacimientos a partir de 1 de julio de 2015, y establece un nuevo régimen que da mayor libertad a los progenitores para que configuren el subsidio parental de la manera que mejor se ajuste a sus necesidades individuales.

3.1. Cuestiones generales

La novedad más importante es que los padres y madres que opten por trabajar a jornada parcial mientras que perciben el subsidio parental (reduciendo de esta manera su cuantía) podrán recibirlo durante el doble de meses.

Otra mejora importante es la referente al caso en que ambos progenitores decidan trabajar simultáneamente a tiempo parcial, para compartir entre la pareja los cuidados del menor. Con el régimen anterior consumirían dos meses en uno. En cambio la nueva regulación fomenta esta modalidad, ya que se prevé para estos casos una ampliación del subsidio, por la vía de la llamada “bonificación de pareja” (*Partnerschaftsbonus*). Estas medidas se acompañan, como hemos desarrollado en el apartado anterior, de una flexibilización en la regulación de la excedencia para el cuidado de hijos (*Elternzeit*).

El nuevo subsidio parental Plus (regulado en el art. 4 de la Ley del subsidio parental) pretende ser de utilidad sobre todo para aquellas personas que quieran trabajar a jornada parcial durante el período de percepción del subsidio parental. Se trata de una ampliación de las posibilidades de configuración financiera para los padres. La intención es que puedan decidir con mayor libertad en qué forma y con qué alcance quieren asumir los cuidados de su hijo o hija durante los primeros años de vida, y eso se hace a través de las siguientes medidas:

1. Los padres que quieran volver a incorporarse a su trabajo parcialmente poco tiempo después del nacimiento reciben una mejor subvención financiera por medio del subsidio parental Plus, ya que cobran menos pero pueden doblar su duración. Con la regulación anterior si trabajaban a tiempo parcial el subsidio reducía su cuantía, pero su duración era la misma.

2. Los padres que compartan las tareas de educación y el trabajo remunerado durante al menos cuatro meses de vida de su hijo/a reduciendo ambos su jornada obtienen una ayuda financiera para este fin. Podrán percibir durante un periodo superior que hasta ahora el subsidio parental Plus en forma de los nuevos meses de la bonificación de pareja.

Combinando ambos elementos podemos decir que antes de la reforma el subsidio parental se abonaba en concepto de prestación sustitutoria de ingresos salariales durante un plazo máximo de 14 meses a contar desde el nacimiento (tanto para la madre como para el padre conjuntamente). Actualmente, en caso de trabajo a jornada parcial puede percibirse el subsidio parental durante un máximo de 28 meses, pero con un importe mensual reducido en función del empleo a jornada parcial. Las familias monoparentales también pueden utilizar el nuevo subsidio parental Plus en la misma medida.

La nueva ley del subsidio parental diferencia entre subsidio parental básico, subsidio parental Plus y bonificación de pareja. Todas las nuevas variantes del subsidio parental pueden combinarse entre ellas y permiten la percepción del subsidio durante un máximo de 28 meses. Los padres que durante el período de percepción del subsidio trabajen a jornada parcial obtienen con las nuevas normas una mejor prestación.

También hay que resaltar que la reforma ha aclarado el régimen a aplicar en el caso de nacimientos múltiples. Para padres de gemelos, mellizos o nacimientos múltiples queda aclarado en la nueva norma legal que por cada nacimiento se devenga sólo un derecho a percibir el subsidio parental, extremo que había sido objeto de controversia con la normativa anterior. El volumen de trabajo nítidamente superior para estos padres queda compensado porque perciben por cada niño/a del parto múltiple un complemento de 300 Euros.

3.2. El subsidio parental básico

El subsidio parental básico es el subsidio parental tal y como estaba vigente antes de la reforma, y que hemos explicado anteriormente, con desembolso mensual íntegro del subsidio parental.

3.3. Bonificación de pareja

Se sigue manteniendo la norma anterior en el sentido de que si los padres ejercen conjuntamente el derecho a reducir sus ingresos para cuidar al hijo, tendrían derecho a dos meses adicionales de subsidio. Pero con la reforma esta norma se completa y mejora, de forma tal que se establece una bonificación para los padres que reducen su jornada laboral simultáneamente para contar con más tiempo para la familia: si tanto la madre como el padre trabajan durante al menos cuatro meses consecutivos entre 25 y 30 horas a la semana, percibirán durante otros cuatro meses adicionales el subsidio parental Plus, con imputación de sus ingresos complementarios.

Los cuatro meses en que comparten los cuidados tienen que ser consecutivos. El requisito previo para los cuatro meses de bonificación de pareja es que por lo menos uno de los progenitores perciba desde el 15º mes de vida del menor de forma continuada el subsidio parental Plus. Sólo en este caso será posible hacer uso de los cuatro meses de bonificación de pareja hasta el 28º mes de vida del menor.

3.4. El subsidio parental Plus

El cálculo del subsidio parental Plus se realiza, en principio, dividiendo entre dos el subsidio parental básico (mínimo 300 Euros), aunque existen dos variantes. Para padres que no tienen trabajo remunerado, la cuantía es la mitad del subsidio parental básico. Para padres con ingresos de actividades laborales, la modalidad es un subsidio parental complementario con imputación de los ingresos del trabajo a jornada parcial, pero que se prolonga durante más meses de percepción.

Los ingresos laborales obtenidos con ocasión de las actividades a jornada parcial siguen imputándose al subsidio parental, como ocurre con el subsidio básico. Los meses de bonificación de pareja constituyen cuatro meses adicionales de subsidio parental Plus, de forma tal que se amplía hasta los 28 meses de edad del niño el período máximo posible de percepción del subsidio parental. En realidad, desde el punto de vista económico, sólo es rentable para padres que tienen unos ingresos equivalentes.

El reparto mensual libre entre los padres de las distintas modalidades de subsidio parental (subsidio parental básico), subsidio parental Plus y meses de bonificación de pareja confiere un mayor margen para las decisiones familiares individuales.

El nuevo subsidio parental Plus comporta mejoras económicas especialmente para los padres que pretenden volver a incorporarse pronto a la actividad laboral por medio de un trabajo a jornada parcial. A partir de ahora los padres pueden optar entre el subsidio parental base y el subsidio parental Plus.

A diferencia de lo que ocurre con el subsidio parental básico, los meses del subsidio parental Plus son meses en los que la percepción del subsidio parental se limita al máximo de la mitad del importe del subsidio parental básico. Con la nueva norma legal es posible percibir el importe de un mes de vida del menor por el que se recibe el subsidio parental básico en dos importes mensuales de subsidio parental Plus. De esta manera, el período de percepción del subsidio parental asciende a un máximo de 24 meses para uno de los progenitores. Al hacer uso del subsidio parental Plus, por lo tanto, se amplía el período de percepción del subsidio parental más allá del 14º mes de vida del menor. Naturalmente es necesario cumplir los requisitos generales para la percepción del subsidio parental en este caso también hasta el final de la percepción del subsidio parental Plus. Esta es una diferencia con respecto a la norma anterior, que permitía también la extensión del pago del subsidio parental dividiendo los importes mensuales entre dos. La norma anterior, sin embargo, extendía únicamente el plazo de abono, sin embargo el derecho a la percepción del subsidio ya no existía a partir del momento en que el menor cumplía 14 meses. Ahora los padres pueden optar por combinar el subsidio parental básico y el subsidio parental Plus entre ellos o decidirse únicamente por una de las variantes.

El subsidio parental Plus existe en dos formas: subsidio parental Plus con ingresos laborales adicionales y subsidio parental Plus sin ingresos laborales adicionales. El

subsidio parental Plus sin ingresos laborales adicionales supone únicamente los meses del subsidio parental base divididos entre dos, con una duración más larga de la percepción.

El subsidio parental Plus con ingresos laborales adicionales significa que, aparte de los ingresos laborales, se percibe adicionalmente subsidio parental. En este caso aumenta el número de meses de percepción. La imputación de los ingresos laborales adicionales y el abono de la parte correspondiente del subsidio parental se distribuyen entre más meses de percepción que en el caso del subsidio parental básico. El importe del subsidio parental abonado durante un mes de subsidio parental Plus no puede exceder de la mitad de un importe del subsidio parental básico (sin ingresos laborales imputables). En caso de ingresos laborales adicionales excesivos procede la imputación o limitación del subsidio parental según el principio diferencial establecido.

4. CONCLUSIONES

El régimen jurídico de la licencia por maternidad y las excedencias y reducciones de jornada para el cuidado de hijos tiene un importante componente económico en Alemania. La licencia por maternidad es menos elaborada que en España, y presenta el inconveniente de que es el empresario el que tiene que asumir en gran medida el coste salarial, sobre todo en el caso de trabajadoras con elevado nivel salarial. Esto no favorece la contratación femenina, siendo más bien un elemento disuasorio de la contratación de mujeres en edad fértil. Es mucho más adecuado que sea el Estado el que asuma este coste, como ocurre en nuestro país.

Por lo que respecta a la combinación excedencia-reducción de jornada por cuidado de hijos y subsidio parental la reforma que ha entrado en vigor en 2015 ha corregido las disfunciones de género del sistema anterior. El sistema vigente hasta mediados de 2015 fomentaba que fuese la mujer la que abandonase totalmente el trabajo para el cuidado del hijo, por varios motivos. El hecho de que el porcentaje de subsidio sea menor cuanto mayor sea el salario del receptor unido a la realidad social de la brecha salarial de género supone que sea más rentable que la que abandone el trabajo sea la mujer, que normalmente va a tener un salario menor que el padre. Por otra parte la penalización práctica de la posibilidad de que ambos progenitores simultaneasen la jornada reducida era un elemento en contra de la corresponsabilidad. De hecho, los informes del Ministerio de Familia, Tercera Edad, Juventud y Mujer³ han puesto de manifiesto que en la mayoría de los casos son las mujeres las que han disfrutado la prestación y que la participación del padre tan solo es significativa en el caso de prestaciones de hasta dos meses.

Por tanto, desde el punto de vista de género es muy acertada la reforma, sobre todo en lo relativo al fomento del ejercicio simultáneo por parte de la pareja de fórmulas de trabajo parcial y percepción del subsidio.

5. BIBLIOGRAFÍA

BECKER, U. (2008), “Vor §§ 1-14 BEEG”, en BUCHNER / BECKER, Mutterschutzgesetz. Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8a ed., p. 739.

³ Informe “Grado de aceptación de la prestación parental”, Revista Actualidad Internacional Sociolaboral, nº 115-2008, pp. 126 y ss.

CONRADIS, W., (2007), *Mutterschutz - Elterngeld - Elternzeit: Handkommentar*, Nomos.

HOHNERLEIN, E. (2012), “Las prestaciones familiares en Alemania. Una sinopsis”, *RGDTSS*, 32-2012

JUNG, E. (2012), “Elterngeld und Verfassungsrecht”, *Wege zur Sozialversicherung*, 02/2012, pp. 38-42.

KAHALE CARRILLO, D., (2014), “La aplicación del régimen comunitario de extranjería a la pareja registrada de hecho de ciudadano comunitario”, *RMESS*, nº 110.

SOWKA, H.H. (2013), *Elternzeit*, Düsseldorf Schriftenreihe, 6a ed.

PANEL II. DEL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL 883/2004 AL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Capítulo VIII. La Propuesta de Seguro de Desempleo Europeo. Estado de la Cuestión

JUSTO CORTI VARELA
Profesor Derecho Unión Europea
Universidad CEU San Pablo

Resumen

Desde sus inicios la Unión Económica y Monetaria ha carecido de mecanismos de estabilización para dar respuestas a shocks de desequilibrios fiscales, en particular ante situaciones de crisis macroeconómicas. Una de las opciones más interesantes, tanto por su viabilidad económica como por su clara vinculación con el objetivo del mercado único, es la creación de un Seguro de Desempleo Europeo (SDE) a través del cual se solidarice, al menos parcialmente, el coste que representa la cobertura de desempleo en situaciones de crisis. Este trabajo pretende hacer un estado de la cuestión de las propuestas de SDE y responder algunos retos a los que se enfrenta desde el punto de vista jurídico y de implementación.

Abstract

Since the beginning, the Economic and Monetary Union lacks of stabilization mechanisms in order to answer to fiscal imbalances, particularly during macroeconomic crisis. The European Unemployment Insurance (EUI) is one of the most interesting options, both for its economic viability and its clear link with the single market. It would be an instrument by which the cost of unemployment coverage could be shared, at least partially, during economic crisis times. This contribution aims to describe the state of the art of several proposals of EUI that are being discussed and to answer some challenges that these initiatives have from the legal and practical point of view.

1. INTRODUCCIÓN

La protección por desempleo, como gran parte del sistema de seguridad social, ha nacido y se ha desarrollado en cada Estado miembro de la UE de manera diferente. La UE, a la hora de atajar este inconveniente que repercutía directamente en una de las cuatro libertades fundamentales del mercado interior como es la libre circulación de trabajadores, marcó una estrategia de coordinación mínima de sistemas en caso de efectos transfronterizos (primero a través del Reglamento 1408/71 y más recientemente con el Reglamento 883/2004). La instauración de cualquier modelo de armonización produce una fuerte oposición, especialmente en aquellos países con Estados bienestar más generosos, que temen que la misma se haga “a la baja” e incluso en los que la cobertura es menor, por miedo a perder competitividad por el incremento de los costes laborales. Además siempre se ha descartado cualquier sistema de solidaridad o fondo común que pudiese traspasar las cotizaciones de unos en beneficio de “otros”. Como puede apreciarse, el origen último del problema no está tanto en las divergencias de modelos sino en la ausencia de una verdadera identidad europea que haga posible la aplicación de esquemas de solidaridad. Como suele ocurrir, la solidaridad renace en

momentos de crisis, y muchas veces no es un fenómeno altruista sino de simple necesidad de supervivencia. En este trabajo analizaremos el curioso caso de cómo la crisis financiera de 2008-2012 impulsó una serie de propuestas, con un fuerte apoyo institucional de la Comisión y del Parlamento Europeo, para el establecimiento de un Seguro de Desempleo Europeo (SDE).

Comenzaremos analizando las razones que dieron origen a la propuesta; luego abordaremos los diferentes diseños que se están barajando y los efectos de cada uno de ellos; a continuación valoraremos los efectos no económicos que puede tener su implantación y finalizaremos con unos comentarios a modo de conclusiones.

2. EL ORIGEN DE LA PROPUESTA

Cuando el debate entre coordinación versus armonización parecía haber llegado a un punto muerto, la crisis financiera o “gran recesión” introdujo nuevos argumentos en favor del establecimiento de un SDE. La crisis puso en evidencia varios problemas de diseño de la Unión Económica y Monetaria¹.

En un primer lugar, los problemas en la supervisión bancaria (ya que no se supo detectar a tiempo los problemas de descapitalización de las entidades financieras), ni se contaba con sistemas federales de recapitalización².

En segundo término, la carencia de mecanismos de transferencia fiscal que para impedir que los shocks asimétricos (en algunos casos agravados por los rescates bancarios a cargo de presupuestos nacionales), que produjo crisis de deuda pública periférica temiéndose, incluso, con la propia ruptura de la unión monetaria³. Esto último se solucionó parcialmente con la barra libre del BCE (“haré todo lo que sea necesario” en palabras de Dragui) y la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), un híbrido de presupuesto federal de último recurso muy controlado por los Estados prestamistas (no por las instituciones comunitarias), que se hizo célebre por las condiciones draconianas de recortes.

La tercera crisis, probablemente la menos comentada a nivel europeo pero con claras consecuencias en la política nacional, es la de la deslegitimación del proyecto europeo. No nos engañemos, la CEE nace para crear un mercado. Sin embargo a lo largo de los casi 60 años de historia el proyecto europeo, en su afán de avanzar a una “unión más estrecha entre los pueblos” había introducido guiños tendientes a ganarse el apoyo de la ciudadanía. La libre circulación de personas, la política de protección de consumidores y del medio ambiente, y los fondos estructurales son algunos ejemplos. Estas políticas

¹ Para una discusión más en detalles sobre los problemas de diseño de la UEM ver, entre otros: O’ROURKE, K. H. & TAYLOR A.M.: “Cross of Euros” *Journal of Economic Perspectives* 27(3), 2012, págs. 167-192. KRUGMAN, P.: “Revenge of the Optimum Currency Area” en ACEMOGLU, D., PARKER J. & WOODFORD M. (eds.). *NBER Macroeconomics Annual 2012*. University of Chicago Press, 2013, págs. 439-448. DE GRAUWE, P.: *Design Failures in the Eurozone: Can they be fixed?* LSE Europe in Question Discussion Paper 57, 2013.

² Estos se han resuelto parcialmente con la llamada “Unión Bancaria”. Para un estudio completo y reciente ver HINOJOSA L. y BENEYTO J.M. (dirs.). *Banking Union. The New Regime*. Kluwer, 2015.

³ En relación con la vieja discusión económica sobre si la UEM necesariamente llevaría a la unión fiscal ver el resumen presente en COMISIÓN EUROPEA: *Paper on Automatic Stabilizers*, informe del grupo de trabajo presidido por Robert Strauss, Dirección General Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, 4 octubre 2013.

son en su mayoría fruto de la Comisión Delors y desde el tratado de Maastricht prácticamente no se ha avanzado al respecto. La lucha de poderes entre la UE y el Consejo de Europa por la legitimidad en la defensa de los derechos fundamentales poco aporta, y el carácter embrionario de la llamada Europa social no hacen más que confirmar esta idea. Es en este contexto en que surge la idea de crear un SDE.

Como no podía ser de otra manera, la propuesta no se origina por una razón social, sino económica. Es parte del llamado “four presidents' report” de 2012⁴ y del “Blueprint for a deep and genuine Economic and Monetary Union”⁵ que propusieron generar “capacidad fiscal” a nivel central. Uno de los instrumentos sería la creación de un SDE que aliviase las cuentas de los países que estaban sufriendo un shock asimétrico en sus economías, ya que uno de los efectos más visibles de estos impactos es el alza del desempleo, y con ello del gasto público⁶.

¿Tiene entonces el SDE un sentido puramente macroeconómico? La cuestión no es baladí, ya que desde el punto de vista del derecho europeo la razón de su creación afectará sensiblemente en la elección de la base jurídica del tratado que deba darle sustento y, con esta, el procedimiento y mayorías necesarias para alcanzar los acuerdos pertinentes. La gran cantidad de estudios, en su mayoría en base a modelos econométricos, que tratan de avalar su viabilidad parecen indicar que la estabilización macroeconómica es la verdadera razón. Tenemos no obstante la obligación de ir más allá e intentar ver otros motivos. El primero, probablemente el más interesado para un europeísta, sería el que por fin la UE se ha dado cuenta que no pueden avanzar sin conquistar el alma social de sus pueblos. No parece que éste sea el caso, y el rechazo que está sufriendo la propuesta en pos de la defensa del Estado de Bienestar en aquellos países donde está más desarrollado, parece indicar que el SDE no es, al menos hasta ahora, un cambio de tendencia en lo que respecta a la visión puramente mercantilista del proceso de integración. Hay sin embargo otro elemento que aun dentro del mercado puede ser importante. Como ya se ha mencionado⁷, la crisis económica ha puesto en entredicho la radicalidad del principio de igualdad de trato en el marco de la libre circulación de trabajadores, especialmente cuando se combina con protección social, y países como Reino Unido abogan por limitar los intercambios en caso de crisis especialmente graves. Si finalmente algunas de estas propuestas son aprobadas, la gran

⁴ VAN ROMPUY, H. 2012. *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*. Informe para el Consejo Europeo elaborado en colaboración con BARROSO, J. M., JUNCKER J.C. & DRAGHI M. (conocido como el “four presidents' report”, 5 de diciembre de 2012. En este documento se menciona la necesidad de crear mecanismos microeconómicos de transferencia fiscal que dependan de “specific public function sensitive to the economic cycle, such as unemployment insurance”.

⁵ COMISIÓN EUROPEA: *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union: Launching a European Debate*. COM (2012) 777 final/2, 30 de noviembre de 2012. En este documento no se menciona específicamente el SDE pero sí que se menciona la necesidad de profundizar la coordinación en materia de fiscalidad y empleo. La idea se retoma en el plan de acción de la Presidencia Italiana del Consejo de la UE cuando dice: “Special attention will be paid to the issue of automatic stabilisation through discussions on the possible establishment of an EMU-wide unemployment benefit system as a tool for asymmetric shock absorption at central level”.

⁶ Las diferencias de gastos en políticas de desempleo en relación al PIB es sustancial. Según datos de 2010 Reino Unido gastaba aproximadamente un 0,5% de su PIB, mientras que España un 4%. Ver CLAEYS G., DARVAS Z., WOLFF G. “Benefits and drawback of European Unemployment Insurance” Bruegel Policy Brief 6/2014, pag. 1.

⁷ GARCIA DE CORTAZAR Y NEBRED A C.: “Desplazamientos al extranjero y trabajos realizados en la UE. Las nuevas iniciativas europeas de protección a los desempleados” en AAVV *La protección por desempleo en España*, Ed. Laborum, 2015, pags. 281-296, esp. pag.281.

recesión llevaría a un retroceso importante en el corazón del proceso de integración, afectando a una de las cuatro libertades originarias. Además, eliminaría el imperfecto pero hasta ahora único mecanismos de reequilibrio frente a un shock asimétrico, como es el de la emigración. Es en este contexto que el SDE jugaría una labor muy importante. Como el SDE reduce los costes de los sistemas de protección contra el desempleo en los países más afectados, es de esperar que éstos sean más generosos y, con ello, baje la presión emigratoria y, por lo tanto, los aluviones de trabajadores comunitarios que tanto preocupan a Cameron.

Entendemos que estas dos razones (mecanismo de transferencia fiscal y amortiguación de flujos migratorios repentinos y a gran escala) es el marco natural en el que se está desarrollando el SDE, sin perjuicio de otras razones o impactos positivos (y negativos) no previstos inicialmente y que trataremos en las conclusiones de esta contribución.

3. EL DISEÑO

El diseño del SDE se enfrenta a dos problemas principales. El primero, la gran diversidad de modelos de seguro de desempleo⁸ imperante en los Estados miembros. No entraremos a analizar las diferencias que han sido estudiadas en detalle⁹. Aquí nos limitaremos a decir que los mecanismos nacionales varían esencialmente en cuanto a:

- 1) La tasa de reposición (37% en Grecia a 87% en Bélgica)
- 2) Duración de la prestación (26 semanas en Austria a indefinido en Bélgica)
- 3) Condiciones de acceso (17 semanas de cotización en Francia a 156 semanas en Eslovaquia)

El segundo, es fruto de su origen político. Recordemos que el SDE nace como un mecanismo de reequilibrio fiscal y, como tal, debería cumplir los requisitos descritos en el “four presidents' report”:

- 1) Los instrumentos no deben generar “riesgo moral” ni desincentivar las reformas estructurales;
- 2) La capacidad fiscal generada no debe conducir a un flujo permanente y unidireccional de recursos de unos países hacia otros.
- 3) No debe dar como resultado el incremento de los niveles de gasto o impuestos.

Sobre la base de estos condicionantes durante los últimos tres años¹⁰ han habido varias propuestas que podrían clasificarse en dos grandes grupos: las que proponen un

⁸ En este trabajo analizamos los sistemas contributivos y mixtos de proyección contra el desempleo, dejando fuera los mecanismos no contributivos de tipo asistencial.

⁹ Ver los trabajos de la OCDE, del Mutual Information System on Social Protection and Social Security (MISSOC) preparado por la Comisión Europea y del Social Policy Indicator Database que elabora el Swedish Institute for Social Research.

¹⁰ Existen propuestas anteriores aunque no tenían como objetivo la creación de mecanismos de estabilización macroeconómica. Ver MAJOCCHI A. & REY M. (1993), “A special financial support scheme in EMU: need and nature” *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze* 52(2), 1993, (...)

SDE complementario al seguro de desempleo nacional (las más numerosas) y las que proponen un reaseguro de los sistemas nacionales de desempleo.

3.1. El SDE complementario

En este grupo incluimos los trabajos de Dullien¹¹, el preparado por Robert Strauss para la Comisión Europea¹², el de Dolls *et al.*¹³, el de Jara & Sutherland¹⁴ (publicado por la Comisión Europea), y la opción 1 del de Beblavý & Maselli¹⁵ (preparado para el Parlamento Europeo).

Las propuestas confluyen en la idea de que el SDE sería un seguro básico que podría ser mejorado por los sistemas nacionales de protección contra el desempleo tanto en la cuantía como en la duración de la prestación. La mayoría proponen que esta última quede cubierta por el SDE durante un período máximo de 12 meses (9 en el caso de Jara & Sutherland que diseñan un esquema en el cual el SDE cubriría desde el 4to al 12vo mes de desempleo, siendo los tres primero a cargo del sistema nacional).

Las propuestas asumen que las prestaciones se calcularán teniendo en cuenta los ingresos del último mes previo a la situación de desempleo, con una tasa de reposición del 40% o 50%. Para las condiciones de acceso, se mantendrían las vigentes en la legislación nacional.

En cuanto a los costes del sistema se calcula que el mecanismo tendría un coste de unos 50.000 millones de euros (Dullien, Dolls), con efectos muy dispares desde el punto de vista de estabilización macroeconómica dependiendo de la estructura de los mercados de trabajo. Así, teniendo en cuenta los niveles de desempleo de 2012 para España y Grecia significarían una transferencia del orden del 1% o 2% del PBI.

En general todos los estudios concluyen que el SDE sería positivo para un número importante de países, incluyendo a Francia, y para aquellos con un bajo nivel de desempleo (Austria, Holanda, Alemania), los efectos negativos desde el punto de vista fiscal se verían compensados por la garantía de estabilización de tipo macro-económico y flujos migratorios.

pags. 61-204. BAJO-RUBIO O. & DIAZ-ROLDAN C. (eds): *Macroeconomic Policy in an Open Economy: Applications of the Mundell-Fleming Model*, Nueva York: NovaScience Publishers, 2003.

¹¹ DULLIEN, S.: *A Euro-Area Wide Unemployment Insurance as an Automatic Stabilizer: Who Benefits und Who Pays?* Documento preparado para la Comisión Europea (Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), versión corregida de diciembre 2013.

¹² COMISIÓN EUROPEA: Paper on Automatic Stabilizers... op.cit. nota 3.

¹³ DOLLS, M., FUEST C., NEUMANN D. & PEICHL A.: *An Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area: Evidence at the Micro Level*. Centre for European Economic Research (ZEW), versión mayo 2014.

¹⁴ JARA, H. X. & SUTHERLAND H.: *The implications of an EMU unemployment insurance scheme for supporting incomes*. Research Note 3/2013 de la Comisión Europea (Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión), 2013.

¹⁵ El estudio tiene dos opciones, la primera de SDE complementario y la segunda de reaseguro que discutiremos en el punto siguiente. BEBLAVÝ M. & MASELLI I.: *An Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area: A simulation exercise of two options*, CEPS Special Report 98/2014. El estudio publicado por el Parlamento Europeo, donde esta propuesta va en anexo II, está firmado por MONTE M. & ZANDSTRA T.: *Cost of Non-Europe of the Absence of an Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area*, European Parliamentary Research Service - PE 510.984, Septiembre 2014.

Si esta distinción entre contribuyentes y beneficiarios netos se cristaliza, en principio tendríamos un problema para cumplir con los principios del “four presidents' report” ya que se generaría un flujo continuo del centro a la periferia con el consiguiente riesgo moral de desincentivar las reformas necesarias para impulsar el mercado de trabajo. La clave estaría, una vez más, en las diferencias estructurales de los mercados de trabajo, que serían la causa última de los altos *gaps* en niveles de desempleo, y no tanto en las razones conjuntarles de las crisis macroeconómicas que solo las agravarían¹⁶. Para reducir en parte este problema, es que todas las propuestas se centran en el desempleo de corta duración (hasta 12 meses) que normalmente es el que más crece durante los períodos de crisis, y tratan de hacer descender el riesgo moral mediante una cobertura parcial. Sin embargo las diferencias estructurales de los mercados de trabajo también influirían en el impacto que tienen las crisis macroeconómicas sobre el empleo. Así, según el índice Okun, las diferencias serían sustanciales incluso entre países de la llamada “periferia”, siendo una vez más España la que más destruye empleo cuando sobreviene la crisis¹⁷.

No creemos que tales inconvenientes sean un obstáculo insalvable para el SDE. Si se lograra un acuerdo político para crear un SDE parcial y con las debidas limitaciones para reducir el impacto de las diferencias estructurales entre los mercados, éste obligaría a fijar cierta armonización en los sistemas nacionales de seguro de empleo. Así, por ejemplo, por fuerza habría que armonizar las condiciones de acceso al seguro de desempleo¹⁸. Asimismo, probablemente los contribuyentes netos exigirán fijar una metodología más estricta para medir el desempleo, solucionando algunas de las deficiencias de la actual Encuesta de Fuerza de Trabajo de la UE. Tales necesidades, y otras que vendrán, son un primer paso en la armonización de los mercados de trabajo, con lo cual consideramos que el SDE obligaría a atajar por primera vez y en serio la raíz del problema al que nos enfrentamos.

3.2. El reaseguro

Ante las dificultades que presentaban las propuestas de SDE complementario en enero de 2015 el CEPS, por encargo de la DG Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, lanzó una nueva idea de SDE consistente en el reaseguro de los mecanismos nacionales protección contra el desempleo¹⁹.

La idea se inspira en los mecanismos de reaseguro existente en los sistemas federales de Suiza y Estados Unidos. En el primero, tal como ocurre en la UE, se observan importantes diferencias entre cantones en relación con los niveles de desempleo, destrucción de empleo en períodos de crisis y gasto en desempleo en relación al PIB. El sistema es co-financiado por la confederación y los cantones,

¹⁶ BEER C., KÖHLER-TÖGLHOFER W. & STIGLBAUER A. “A Common European Unemployment Insurance - A Much Debated Route toward European Fiscal Union” *Monetary Policy & The Economy* Q4/14, pags. 35-52, esp. pag. 45.

¹⁷ Por ejemplo, en el período que va desde 1980 a 2012 España presenta una intensidad de destrucción tres veces superior a Portugal e Italia, y el doble que Irlanda, durante los períodos de crisis. BALL, L.M., LEIGH D. & LOUNGANI P.: “Okun’s Law: Fit at Fifty?” NBER Working Paper 18668, enero 2013.

¹⁸ Esto ya lo sugiere la Comisión Europea en su propuesta. Ver COMISIÓN EUROPEA: *Paper on Automatic Stabilizers...* *op.cit.* nota 3.

¹⁹ BEBLAVÝ M., GROS D., MASELLI I. “Reinsurance of National Unemployment Benefit Schemes” CEPS working Document 401/2015. La idea ya había sido adelantada como “opción 2” en el trabajo preparado por BEBLAVÝ y MASELLI para el Parlamento Europeo. (ver *supra* nota 15)

corriendo a cargo de la primera los gastos del servicio de empleo y de los programas de búsqueda activa de empleo; mientras que las prestaciones son pagadas por un fondo federal cofinanciado por los cantones que, en caso de no poder cubrir los gastos, puede recibir préstamos a corto plazo del gobierno confederal a condiciones de mercado. Para evitar que estos préstamos generen un déficit excesivo del sistema, anualmente se reajustan los porcentajes de cotizaciones. El sistema, aunque interesante, está muy centralizado ya que tanto las cotizaciones, las condiciones de acceso como las prestaciones están unificadas, y el fondo que paga las prestaciones es federal. Con lo cual, la flexibilidad vendría más bien de la mano de cómo se gestionan las políticas activas de empleo. Según los autores, la viabilidad política del sistema se explicaría por motivos de solidaridad y necesidad de alcanzar una masa crítica suficiente para distribuir riesgos.

En cambio el modelo americano sí que se trata de un esquema menos centralizado. Los gastos son financiados principalmente por un impuesto estatal sobre los empleadores y un impuesto federal complementario²⁰. La flexibilidad radicaría en que aquellos Estados donde el desempleo es más alto deben subir el impuesto estatal, debiendo por lo tanto asumir el riesgo moral. Hay mecanismos de solidaridad para épocas de crisis, donde el fondo estatal puede asumir el 50% de las prestaciones (que se elevó al 100%, excepcionalmente, durante la crisis de 2008). Si bien hay disparidad en los niveles de desempleo, esta no es muy marcada (tres veces entre Michigan y Dakota del Norte) y las prestaciones no están armonizadas, pueden variar de \$133 semanales en Puerto Rico a \$625 en Massachussets, como tampoco lo está el impuesto que deben pagar los empleadores para solventar el sistema que, para evitar el dumping fiscal, lo fija la oficina federal teniendo en cuenta el balance de ingresos y egresos del último año. Es decir, salvo momentos de crisis, cada Estado funciona de forma independiente, eso sí, con un sistema armonizado de financiación y prestaciones aunque con diferentes cuantías, y con posibilidades de pedir préstamos a corto plazo (menos de un año) al fondo federal. Es cuando sobreviene la crisis cuando el sistema desarrolla el principio de solidaridad, pudiendo el fondo federal cubrir hasta un 50% o incluso más de las prestaciones de un Estado, sin que éste tenga que subir los impuestos a los empleados con los que se financia el sistema.

A partir de estos dos modelos federales los autores se inspiraron para proponer un sistema de reaseguro europeo según el cual un fondo común intervendría financiando los sistemas nacionales únicamente cuando haya verdaderos shocks, es decir, variaciones en los niveles de desempleo de corta duración (12 meses) mayores al 1% (tormentas), siendo los cambios inferiores al 1% (“lluvias bruselenses”) a cargo de los esquemas nacionales, todo ello en relación a la media de los últimos diez años. El fondo se financiaría con una contribución en razón del PIB (0,1% anual) hasta alcanzar el 0,5% del PIB europeo. Sin embargo, para evitar el riesgo moral, las contribuciones se multiplicarían por un coeficiente en relación con la utilización del fondo durante los últimos diez años de modo tal que aquellos países que hayan utilizado más de lo que haya aportado, con el paso del tiempo y con cierto efecto retardado, terminarán teniendo que contribuir más al fondo. Para evitar que los gastos se disparen, el fondo sólo cubre las prestaciones de hasta 12 meses y hasta un 40% de los ingresos previos.

²⁰ Según datos de 2011, los impuestos estatales habrían recaudado 44.000 millones de dólares, mientras que el federal 6.700 millones.

La propuesta, aunque interesante, deja varios cabos sueltos, como por ejemplo el del desempleo estructural, o el de la necesaria armonización de los modelos nacionales de desempleo para permitir que el sistema funcione. Además, aunque dice basarse en el modelo americano, poco se ve el principio de solidaridad que éste manifiesta en períodos de crisis ya que los pagos realizados durante los años de “tormenta” luego tienen que ser compensados con mayores aportaciones al fondo. Tampoco se premia a aquellos Estados que logran reducir significativamente su desempleo, ni prevé el caso de los que comenzarían con niveles de desempleo de por sí muy altos (como el caso de España). Eso sí, cumple bastante bien los requisitos del “four president's report”, en especial el de evitar los flujos unidireccionales y el llamado “riesgo moral”.

4. MÁS ALLÁ DE LA ESTABILIZACIÓN MACROECONÓMICA

Todos los esquemas propuestos se esfuerzan en demostrar los efectos de estabilización económica, con flujos que pueden llegar al 2% del PIB. Sin embargo, los necesarios ajustes y compensaciones para evitar los flujos unidireccionales y el llamado riesgo moral eliminan los efectos más notables de solidaridad del sistema. Es decir, se alcanza el objetivo previsto, pero no necesariamente los que pretendían dotar de un “rostro humano” a la UE²¹.

Esto no impide que el SDE pueda tener otros efectos positivos más allá de los puramente macroeconómicos. En primer lugar, su implantación sería un fuerte aliciente para realizar reformas en los mercados de trabajo ya que liberaría recursos y esfuerzos administrativos. El desempleo de corta duración estaría cubierto por el SDE, con lo que las administraciones nacionales podrían centrarse en el desempleo de larga duración. En segundo lugar, la implantación del modelo llevaría a una mínima armonización. Aunque esta no sea obligatoria, simplemente por aprovechar todos los beneficios del sistema es muy probable que los Estados tiendan a converger. Así, seguramente se intentará ampliar los trabajadores cubiertos lo más posible, por ejemplo, incluyendo a trabajadores autónomos, lo que llevaría a un verdadero sistema de cobertura universal. Por esta misma razón incluso países donde la tasa de cobertura es muy modesta, como por ejemplo Portugal, podrían decidirse aumentar las prestaciones. Estimamos que el sistema obligaría a una verdadera armonización de conceptos tales como cotizaciones, criterios de elegibilidad, duración y cobertura, ni qué decir la medición del desempleo.

Aunque pueda resultar contradictorio, creemos que esta armonización, sumada a la socialización de ciertos riesgos de desempleo, puede impulsar la movilidad laboral. En primer lugar la armonización haría mucho más fácil la exportabilidad de las prestaciones para aquellos desempleados que quieran buscar trabajo en otros Estados miembros. En segundo término, el hecho que la cobertura de desempleo de corta duración esté parcialmente europeizado, seguramente impulsará la cooperación de las oficinas de empleo con el fin intercambiar ofertas y colocar a parados de aquellos países que más están aprovechando el sistema.

Finalmente, todo ello tendrá un impacto positivo en la percepción que tienen los ciudadanos de la UE. Al igual que en su día ocurrió con los agricultores con las ayudas de la PAC, los ciudadanos volverán a sentir que Europa forma parte no del problema

²¹ FATTIBENE D. “Creating a Union with a 'human face': A European Unemployment Insurance” *Istituto Affari Internazionali* 15/13, mayo 2015.

sino de la solución en un momento tan crítico como es el que pasa un trabajador desempleado. Sería probablemente el mayor golpe de efecto desde la instauración de la ciudadanía europea y la comunitarización del acervo Schengen.

5. A MODO DE CONCLUSIONES

La propuesta para el establecimiento de un SDE es una de las más importantes dentro de los mecanismos de estabilización macroeconómica que se propusieron como consecuencia de la “gran recesión”. Dado su origen estrictamente económico (y no social) la iniciativa nace encorsetada con una serie de condiciones que limitan su desarrollo según criterios de solidaridad. A pesar de ello, se cuenta actualmente con algunos modelos que, con las debidas adaptaciones, serían viables desde el punto de vista económico y político. El gran riesgo, y aquí la paradoja, radicaría en que por evitar el llamado “riesgo moral” se limite tanto los efectos de solidaridad que, al final, el instrumento pierda utilidad práctica. Sin llegar a estos extremos, un SDE que cubra sólo el desempleo de corta duración (12 meses) y con una tasa de cobertura de entre el 40% o el 50% de los ingresos previos tendría un coste muy admisible (50.000 millones de euros). Incluso ante iniciativas más limitadas en cuanto a la solidaridad, como las de reaseguro, entendemos que su implantación sería beneficiosa. Esta conclusión se basa no tanto en sus efectos de estabilización macroeconómica, que contamos con ello y dejamos esa tarea a los economistas, sino más bien por las muy positivas consecuencias en materia de armonización y coordinación que entendemos serían necesarias realizar para que el sistema funcione. Incluso creemos que aun cuando no se les obligue, los propios Estados tenderán a converger para aprovechar todas las posibilidades que la financiación comunitaria les ofrece. Este efecto positivo, de naturaleza jurídica más que económica, sumado a la muy probable incentivo para aumentar la cooperación entre oficinas de empleo, puede que reduzca el principal problema del mercado de trabajo europeo, que es su tradicional heterogeneidad y divergencia.

Capítulo IX. Alcance y Articulación del Principio de Igualdad de Trato Respecto de las Prestaciones de Asistencia Social

THAIS GUERRERO PADRÓN

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad De Cádiz*

Resumen

Aunque la asistencia social está expresamente excluida del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, la propia norma regula unas prestaciones económicas que, por su naturaleza, participan de caracteres tanto de asistencia social como de seguridad social. Respecto de las mismas, el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad va a encontrar serias matizaciones o restricciones en combinación con los requisitos para disfrutar del derecho de residencia en otro Estado miembro que contempla la Directiva 2008/34, en especial cuando se trata de ciudadanos que sin estar realizando una actividad por cuenta ajena mantienen el estatuto de trabajadores, o que son únicamente demandantes de empleo, incluso cuando pierden esta condición.

Abstract

Although social assistance is specifically excluded of Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems, however it regulates cash benefits which have characteristics both of the social security and of social assistance. Related to those benefits, the requirements to gain the right of residence in a different Member State according Directive 2004/38, will restrict the principle of equal treatment and non-discrimination on grounds of nationality. This happens especially for those citizens who retain the status of worker despite not being workers, or those who are only job seekers even if they lose this status.

1. PRESTACIONES ESPECIALES EN METÁLICO NO CONTRIBUTIVAS

El ámbito material del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, que sustituye al anterior Reglamento 1408/71, comprende toda legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad asimiladas, invalidez, vejez, supervivencia, prestaciones de accidentes laborales y de enfermedad profesional, desempleo, prejubilación y prestaciones familiares (artículo 3.1), excluyendo expresamente la asistencia social. Sin embargo, el propio Reglamento regula unas “prestaciones económicas especiales no contributivas” que “presentan características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere al apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social” (art. 70.1 Reglamento 883/2004). Por su parte, el Reglamento 1247/92, que modificó el Reglamento 1408/71, indicaba que “determinadas prestaciones contempladas en las legislaciones nacionales pueden pertenecer simultáneamente a la seguridad social y a la asistencia social, debido a su ámbito de aplicación personal, sus objetivos y sus normas de desarrollo”; la semejanza con la asistencia social se evidencia “en la medida en que la necesidad constituye un criterio esencial de aplicación y las condiciones de concesión prescinden de cualquier requisito relativo a la acumulación de períodos de actividad profesional o de cotización (...) Por otras características se aproximan a la seguridad social, en la medida que no hay poder discrecional en el procedimiento por el cual se conceden (...) y porque confieren a sus beneficiarios una posición jurídicamente definida”.

Históricamente la asistencia social se ha considerado “una técnica enmarcable en el ámbito más amplio de la seguridad social, que pretende la eliminación de la necesidad cuando el ciudadano con sus propios medios no puede sobrellevar las circunstancias que le acaecen”¹, situaciones identificadas por los siguientes rasgos: la insuficiencia de recursos en el asistido, la atención de las necesidades básicas, no ya la mera indigencia; carácter residual y complementario de los seguros sociales; gratuidad de las prestaciones; financiación con cargo a los presupuestos generales del Estado y carácter voluntario para el asistido². No obstante, la asistencia social ha experimentado un proceso de evolución no ajeno a la progresiva extensión del ámbito de la seguridad social³. En esta misma línea algún autor⁴ ha utilizado los siguientes criterios para identificar los sistemas de asistencia social: a) se basa exclusivamente sobre la necesidad individual de ayuda o asistencia; b) principio de acceso general para todos, no limitado sólo a las personas que hayan desarrollado una actividad profesional; c) no se otorga en función de riesgos particulares, excepción hecha de la indigencia; d) es normalmente financiada vía impuestos, y e) presenta un carácter subsidiario respecto de otras prestaciones. No obstante, la distinción entre “asistencia social” y “seguridad social” no está exenta de relativismo pues ambas participan de caracteres comunes en orden a atender necesidades sociales para lo cual, a veces, llevan a cabo una labor de interrelación de sus funciones⁵.

En el ámbito del Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia ha precisado que la naturaleza real de cada prestación se determina conforme al Derecho comunitario, siendo irrelevante lo que al respecto indique cualquier ordenamiento jurídico nacional⁶. La noción de “asistencia social” tiene contenido y alcance comunitarios, de modo que la identificación de una prestación como de asistencia social dependerá de los elementos constitutivos de la prestación en sí y de la finalidad que persigue, pero no de la manera en que sea calificada –de seguridad social o de asistencia social– por la legislación del Estado miembro⁷, o de la naturaleza contributiva o no contributiva de la prestación, o incluso de la entidad encargada de su reconocimiento y gestión. Ninguno de estos

¹ MARTÍN MATEO, R. “Sobre el concepto de asistencia social”, *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia Social*, AA.VV., Ministerio de Gobernación, col. Estudios 10, Madrid, 1967, p. 66.

² MARTÍN MATEO, R., “Sobre el concepto de asistencia social”, op. cit., pp. 64 y 65; G. RUBIO NOMBELA, “Caridad, beneficencia y asistencia social”, *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*, AA.VV., Ministerio de Gobernación, col. Estudios 10, Madrid, 1967.

³ Un estudio interesante sobre los orígenes de los términos “seguridad social” y “asistencia social”, la diferente consideración de la asistencia social en el entorno internacional e interno de cada país y, en general, el debate doctrinal en torno a ambas nociones, se encuentra en SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, ed. Comares, Granada, 1997, pp. 104 y ss.

⁴ BIEBACK, K.J., *La discrimination indirecte fondee sur le sexe dans le droit social des Etats membres des ce auegard de la Directive (CE) 79/7*, ed. Comisión Europea, febrero 1996, p. 20.

⁵ La doctrina científica ha tratado de deslindar ambas nociones. Véase al respecto: RODRIGUEZ PIÑERO, M., *La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, Madrid, 1981; PÉREZ DEL RÍO, T., “El concepto de prestaciones de asistencia social establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social, Junta de Andalucía*, nº 7/1986, pp. 77 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, R.M., “La integración de los servicios sociales y la asistencia social en la seguridad social”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social, Junta de Andalucía* nº 7/1986, pp. 9 y ss.; SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 64, 2006, p. 116.

⁶ Asuntos Fossi, 79/76, sentencia de 31 de marzo de 1977; Guillard, 9/78, sentencia de 6 de julio de 1978; Toia, 237/78, sentencia de 12 de julio de 1979.

⁷ Asunto Hughes, C-78/91, sentencia de 16 de julio de 1992.

criterios es determinante para encuadrar una prestación en el ámbito de la seguridad social o de la asistencia social. Con todo, es probable que el criterio más seguro para diferenciar si una prestación es de seguridad social o de asistencia social es el de la posición del beneficiario de la misma conforme a la legislación del Estado miembro de residencia: si existe una categoría de personas normativamente predeterminada cuyo derecho subjetivo a la prestación deriva de su condición de afiliado al sistema de seguridad social, estamos ante una prestación de seguridad social. Pero si la cobertura de la situación de necesidad depende de la comprobación individualizada y discrecional del riesgo protegido, la prestación sería de asistencia social⁸.

El art. 70 del Reglamento 883/2004, como se indicó, define las denominadas “prestaciones especiales en metálico no contributivas” ofreciendo un régimen jurídico muy definido que deja escaso margen a la duda interpretativa. Conviene aclarar previamente que el objetivo de este precepto no es determinar los requisitos materiales para que exista el derecho a estas prestaciones, lo cual es competencia de cada Estado miembro del mismo modo que lo es definir el alcance de la cobertura social de este tipo de prestaciones⁹.

La naturaleza híbrida de las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” se proyecta en su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión. La condición asistencial se evidencia, principalmente, en el propósito de garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia conforme al nivel económico social del país miembro de que se trate, en tanto que el carácter de seguridad social deriva del objeto finalista consistente en ofrecer una protección adicional, complementaria o sustitutoria de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social que componen el campo de aplicación material del propio Reglamento. Reforzando su naturaleza “no contributiva”, su reconocimiento y concesión no se hacen depender de contribuciones o cotizaciones previas del beneficiario, procediendo la financiación de estas prestaciones de los presupuestos generales de cada país. Pero este último elemento difícilmente puede utilizarse para delimitar cuál es la naturaleza de la prestación. Las tendencias actuales de los sistemas de protección social en orden a su universalización, es decir, la atención globalizada de todos los ciudadanos y la financiación pública progresiva a través de los presupuestos generales vierten nuevas dificultades en el intento de deslindar ambos conceptos: seguridad social y asistencia social.

Como colofón, cada Estado miembro ha identificado en su propio sistema de seguridad social las prestaciones “especiales y no contributivas” que participan de los rasgos mencionados, habiendo quedado incluidas en el Anexo X del propio Reglamento 883/2004 como un *numerus clausus*¹⁰; habría que entender que, a los efectos del mismo, fuera de este listado no hay prestaciones que tengan esta consideración¹¹.

⁸ Asunto Frilli, 1/72, sentencia de 22 de junio de 1972.

⁹ Asunto Dano, C-333/13, sentencia de 11 de noviembre de 2014.

¹⁰ España, por ejemplo, ha incluido en el Anexo X el subsidio de garantía de ingresos mínimos (Ley 13/1982, de 7 abril), las prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo (RD 2620/1981, de 24 de julio), el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (Ley 13/1982, de 7 abril), las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación (art. 42.1 RD Legislativo 8/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social) y las prestaciones que complementan las anteriores pensiones según disponen las legislaciones de las Comunidades Autónomas.

¹¹ En este sentido, SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”, *op. cit.*, p. 124.

Algunos ejemplos de este tipo de prestaciones han sido tratados por la jurisprudencia comunitaria. Así, el “suplemento compensatorio” que, según la legislación austríaca, se concede a los beneficiarios de una pensión de vejez, en caso de que su cuantía –más otros posibles ingresos que tenga el interesado– no superen un determinado importe de referencia (legalmente establecido) y siempre que tengan la residencia legal en Austria. Este derecho de residencia está supeditado a contar con un seguro de enfermedad y recursos suficientes, de tal manera que a priori no necesite solicitar prestaciones de asistencia social ni un suplemento compensatorio. Es decir, al exigir la residencia legal vinculada a no tener necesidad de una prestación compensatoria o de asistencia social, la norma nacional parte de que el beneficiario de esa prestación cuenta con recursos suficientes. La prestación compensatoria es para mejorar un nivel mínimo de rentas que, no obstante, permite al individuo subvenir a sus necesidades; si es inferior a ese nivel, se entiende que no puede tener la residencia legal porque carece de recursos suficientes, en cuyo caso sería una carga para la asistencia social del país¹².

En la legislación alemana las “prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo” fueron identificadas con las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” del art. 70.2 del Reglamento 883/2004 porque tratan de garantizar la subsistencia a personas que no pueden subvenir a ella. Se financian mediante impuestos, no tienen carácter contributivo y, además, están expresamente mencionadas en el Anexo X del propio Reglamento¹³. Un último ejemplo, en este caso de la legislación británica, es el “complemento de ingresos” que se otorga a distintas categorías de personas en función de los recursos de que dispongan, siendo uno de los requisitos para su concesión que los ingresos del beneficiario no superen el importe aplicable establecido¹⁴.

Cuestión importante es si estas “prestaciones especiales en metálico no contributivas”, que en parte son de asistencia social, encuentra correspondencia con las referencias a la “asistencia social” que figuran en la Directiva 2004/38 relativa a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Esta norma persigue precisar las condiciones de ejercicio del derecho de residencia para evitar que el ciudadano que no dispone de recursos suficientes se convierta en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. La mención a la “asistencia social” en la Directiva hay que entenderla comprensiva de las prestaciones del art. 70.2 del Reglamento 883/2004 en atención al objetivo mencionado, indicando el TJUE en este contexto, que el concepto de asistencia social se refiere “a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas (...) a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado”¹⁵.

La singular naturaleza mixta de las prestaciones reguladas en el art. 70 justifica que se les apliquen un sistema de coordinación diferente dentro del previsto en el Reglamento 883/2004, teniendo en cuenta las características propias de las mismas para ofrecer una protección adecuada a los trabajadores y sus familias. Esta peculiar posición tiene, incluso, reflejo en el modo en que se aplican a la concesión de estas prestaciones

¹² Asunto Brey, C-140/12, sentencia de 19 de septiembre de 2013.

¹³ Asunto Alimanovic, C-67/14, sentencia de 15 de septiembre de 2015.

¹⁴ Asunto Saint Prix, C-507/12, sentencia de 19 de junio de 2014.

¹⁵ Asunto Brey, citado.

los principios básicos que rigen la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social de los Estados miembros. Constituyen, en esencia, estos principios:

En primer lugar, el principio de exportabilidad de prestaciones. Este principio regulado en el art. 7 Reglamento 883/2004 no se aplica a las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” ex. art. 70.3 del Reglamento, de modo que el beneficiario de una prestación de este tipo no podría percibirla en caso de residir en un Estado miembro diferente al que compete su concesión y cuya institución deudora la abona. Reforzando este aspecto, el apartado 4 del art. 70 señala que tales prestaciones “únicamente serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan”. Según el TJUE, lo característico en este caso es “la imposibilidad de exportar “prestaciones especiales en metálico no contributivas” a cambio de la igualdad de trato en el Estado de residencia”¹⁶. Estimamos que la inviabilidad en la aplicación del principio de exportabilidad a este tipo de prestaciones probablemente hoy encuentra justificación en razones de tipo presupuestario, condicionamiento que comparten todos los Estados miembros, pero que indudablemente esta excepción en la actualidad constituye un auténtico reto de futuro en la progresiva coordinación de sistemas de seguridad social¹⁷.

En segundo lugar, el principio de totalización de períodos computables (art. 6 Reglamento 883/2004) resulta igualmente inaplicable, por razones obvias, en lo relativo a la cobertura de períodos de seguro o de empleo o actividad profesional; en cambio sí es posible la totalización de períodos de residencia cubiertos en el territorio de cualquier otro Estado miembro y sin discriminación basada en la nacionalidad, debiendo estar a la particular regulación de la prestación en cada caso.

En tercer lugar, el principio de una única legislación aplicable (arts. 11 y ss del Reglamento 883/2004) que, respecto de las prestaciones especiales que analizamos se simplifica hasta el punto que la legislación del Estado miembro donde resida el beneficiario es la única aplicable sin más consideraciones. Como ha señalado el TJUE, el art. 70.4 del Reglamento 883/2004 establece una “norma de conflicto” cuyo objeto consiste en determinar, en el caso de estas prestaciones especiales, la legislación aplicable y la institución a cargo de su abono. La finalidad de este precepto es doble: de un lado evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales con las complicaciones que ello conlleva y, de otro lado, impedir que las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento se vean privadas de protección en materia de seguridad social, a falta de una legislación aplicable¹⁸.

Finalmente, el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 4 Reglamento 883/2004) –en virtud del cual se aplican los beneficios y obligaciones de la legislación del Estado miembro a los ciudadanos comunitarios en las mismas condiciones que a los propios nacionales–, también encontraría precisiones, incluso excepciones, ligadas al derecho de residencia y al mantenimiento del estatuto de trabajador, aspecto que se analizará con posterioridad.

¹⁶ Asunto Dano, citado.

¹⁷ “La supresión del principio de exportabilidad de las prestaciones” ha sido calificada como “serio obstáculo que impide el disfrute del derecho a tales prestaciones”. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados miembros de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 64, 2006, p. 48.

¹⁸ Asunto Brey, citado.

2. LIBRE CIRCULACIÓN Y DERECHO DE RESIDENCIA

“La Unión establecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas” (art. 3.2). Bajo estos términos, el Tratado de la Unión Europea reconoce el derecho a la libre circulación de los ciudadanos por el territorio de los Estados miembros, como una de las libertades fundamentales sobre la que se asienta la Unión, respecto de la que rige el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 Tratado de Funcionamiento UE), siendo reconocido además el “derecho de todo ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación” (art. 21 TFUE).

El derecho de libre circulación cobra especial significación cuando el ciudadano de la Unión tiene, además, la condición de trabajador, tratándose de un derecho subjetivo que el beneficiario del mismo tiene frente a los demás sujetos del Derecho comunitario, sean las propias Instituciones, los Estados miembros o incluso entes o personas privadas¹⁹. Como ha señalado el TJUE, la libre circulación de los trabajadores implica el derecho de los nacionales de los Estados miembros a circular libremente por el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo²⁰. Esta libertad de circulación se proyecta en dos planos distintos pero necesariamente interrelacionados: uno estrictamente laboral y otro conexo con la seguridad social. En el primero, se pretende garantizar la libre circulación de trabajadores aboliendo toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros en lo que se refiere, en sentido amplio, al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 45.2 TFUE), aspectos desarrollados puntualmente en el Reglamento 492/2011. En el segundo, respetando la subsistencia de regímenes nacionales de seguridad social distintos y con el propósito de garantizar el nivel óptimo de coordinación entre los mismos, se persigue evitar que las normas nacionales de seguridad social supongan un obstáculo o impedimento a la libre circulación de los trabajadores migrantes y sus familiares, de modo que se trata de establecer reglas sobre acumulación de períodos computables para acceso y mantenimiento del derecho a prestaciones, o cálculo de las mismas, así como respecto del abono de ciertas prestaciones para los residentes en los territorios de los Estados miembros (art. 48 TFUE); materia pormenorizada en el Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Para que la libertad de circulación de trabajadores sea efectiva y plena es preciso reconocer a sus titulares el derecho de residencia en uno de los Estados miembros para ejercer en él un empleo y, en su caso, ejercitar los derechos correspondientes en el marco de la seguridad social. El derecho de residencia es un derecho accesorio o adjetivo que no forma parte del contenido esencial de la libre circulación pero que, en determinadas circunstancias, puede condicionar la libertad de circulación. La Directiva 2004/38 constituye en esta materia la norma de referencia que pretende facilitar y reforzar el ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión y miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹⁹ En este sentido, LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 41.

²⁰ Asunto Antonissen, C-292/89, sentencia de 26 de febrero de 1991.

Lejos de existir un reconocimiento abierto e incondicionado a estos efectos, la Directiva 2004/38 regula el derecho de residencia en el Estado miembro de acogida de forma diferente, según se trate de un ciudadano de la Unión o tenga éste, además, la condición de trabajador, gozando éste en una valoración de conjunto de un trato más favorable.

En su dinámica legal (art. 6.1 Directiva 2004/38), durante el primer período de residencia –cuya duración alcanza taxativamente hasta tres meses–, se exige con carácter previo al ciudadano disponer de un documento de identidad o pasaporte válidos, gozando del derecho de residencia en tanto no suponga una carga excesiva²¹ para la asistencia social del Estado miembro de acogida (art. 14.1 Directiva 2004/38). Superado este corto período de tres meses, entran en juego una serie de requisitos necesarios para conservar el derecho de residencia en el otro país miembro que, en suma, distinguen si el ciudadano ostenta o no la condición de trabajador.

Si únicamente tiene el estatus de ciudadano se le exige, de un lado y para períodos de residencia superiores a los tres meses, contar con recursos suficientes²² para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante el período de residencia; y de otro, tener un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida (art. 7.1.b Directiva 2004/38). En este terreno, los Estados miembros están facultados para imponer a tales ciudadanos una obligación de registro ligada a la demostración del cumplimiento de aquellos requisitos, es decir, contar con recursos suficientes y tener cobertura médica (art. 8.3 Directiva 2004/38). En cambio, la Directiva 2004/38 no autoriza a los Estados para establecer un importe fijo sobre lo que estiman serían “recursos suficientes”, debiendo valorar en cada caso la situación personal del interesado. Sí sienta, en cambio, una trascendente regla: ese importe no superará el límite de recursos establecido en el país para conceder la asistencia social o, en su defecto, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida (art. 8.4). Se deduce, por tanto, que los Estados miembros pueden señalar una determinada cantidad que sirve como cifra de

²¹ Según el considerando n° 16 de la Directiva 2004/38, el Estado miembro de acogida debe examinar si el recurso a la asistencia social obedece a dificultades temporales, debe considerar la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida antes de poder decidir si el beneficiario se ha convertido en una carga excesiva para su asistencia social y si procede su expulsión. En esta línea, el TJUE ha precisado que “la ayuda concedida a un solo solicitante difícilmente puede calificarse de «carga excesiva» para un Estado miembro (...), carga que podría pesar sobre el Estado miembro interesado, no cuando se le hubiere presentado una solicitud individual, sino necesariamente una vez sumadas las solicitudes individuales que se hubieran presentado”. Asunto Alimanovic, citado.

²² La condición de disponer de recursos suficientes con objeto de no convertirse en una carga para la asistencia social de dicho Estado miembro durante su período de residencia “parte de la idea de que el ejercicio del derecho de residencia por los ciudadanos de la Unión puede estar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros”, como “la protección del erario” (asunto Brey, citado). Lo que procede para comprobar tal requisito es efectuar un examen concreto de la situación económica de cada interesado, sin tener en cuenta las prestaciones sociales solicitadas en su caso (asunto Dano). Hay supuestos excepcionales en los que el derecho de residencia en el Estado miembro de acogida no está supeditado al requisito de disponer de recursos suficientes; ocurre de esta manera cuando se trata de un progenitor cuyo derecho de residencia está vinculado a la custodia efectiva de un hijo que ejerce el derecho a cursar estudios y en virtud del cual tiene derecho a residir en el Estado miembro de acogida (Asunto Teixeira, C-480/08, sentencia de 23 de febrero de 2010).

referencia, “pero no pueden imponer un importe de ingresos mínimos por debajo del cual se presumirá que el interesado no dispone de recursos suficientes”²³.

Tratándose de un trabajador se le reconoce el derecho de residencia por período superior a tres meses sin más precisiones, puesto que en tales casos se presume que dispone de una fuente regular de ingresos que, en principio, garantiza su manutención, por tanto, cumple el requisito de tener recursos suficientes en el sentido de la Directiva 2004/38, si bien en este caso también puede el Estado de acogida exigir su registro y la acreditación de su condición de trabajador, por ejemplo y en lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena, con la declaración de contratación del empleador o un certificado de empleo (art. 8.3 Directiva 2004/38).

El concepto de trabajador en el contexto de la libre circulación de trabajadores no puede ser variable en función del contenido que al mismo confiera cada legislación nacional; se impone una noción de contenido y alcance comunitarios evitando de este modo que los Estados miembros puedan ofrecer conceptos en su caso restrictivos o selectivos que tengan por efecto excluir a determinadas personas de los beneficios y protección de los Tratados²⁴. En el marco del derecho a la libre circulación y residencia el concepto de trabajador debe necesariamente interpretarse en un sentido amplio “en la medida en que define el ámbito de aplicación de una libertad fundamental prevista por el TFUE”²⁵. En el contexto de la libre circulación de trabajadores se considera trabajador por cuenta ajena a la persona que realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una retribución, no pudiendo “existir excepciones a esa libertad que se basen bien en el objeto de la actividad desarrollada por el trabajador bien en las modalidades y en los plazos temporales en los que la actividad misma es o debe ser ejercida”²⁶.

Por tanto, es indiferente a estos efectos el género de trabajo desempeñado, el sector profesional en que se inserte el trabajador, la modalidad contractual y los plazos temporales de ejecución de la prestación laboral, la duración del empleo, el carácter intermitente de los servicios, que preste su actividad a domicilio o que el trabajador no traslade su residencia al país donde se ejecuta el trabajo (caso de los trabajadores fronterizos). El concepto de trabajador y de actividad por cuenta ajena deben interpretarse de manera amplia, excluyendo sólo aquellas actividades que no sean reales y efectivas o que no generen contraprestación económica.

El TJUE ha equiparado “actividad económica” y “actividad remunerada”²⁷ habiéndose planteado en la práctica si entraba en el concepto de trabajador la persona que realizaba una actividad por cuenta ajena en un régimen de jornada a tiempo parcial muy reducida que le reportaba una remuneración proporcional tan limitada que no alcanzaba siquiera el salario mínimo general establecido en el Estado miembro de residencia o el importe mínimo de subsistencia fijado por éste, precisando para subvenir a sus necesidades una ayuda complementaria con cargo a la asistencia social del Estado

²³ Asunto Brey, citado

²⁴ Asunto Unger, 75/63, sentencia de 16 de marzo de 1964.

²⁵ Asunto N., C-46/12, sentencia de 21 de febrero de 2013.

²⁶ POCAR, F., *Derecho comunitario del trabajo*, civitas, Madrid, 1988, p. 61.

²⁷ DASTISQUECEDO, A. M., “La libre circulación de trabajadores”, *Estudios de derecho comunitario europeo*, CGPJ, 1989, p. 294.

de residencia²⁸. Debe reiterarse que si, pese a todo, se trata de una actividad real y efectiva y no marginal o accesorio, entra en el concepto comunitario de “trabajador” y en tal condición, la Directiva 2004/38 no condiciona su derecho de residencia a ningún requisito. En este sentido, puede invocarse el principio de igualdad de trato para acceder a esas prestaciones en las mismas condiciones que los propios nacionales del Estado miembro de acogida que se encuentren en la misma situación (ex art. 24.1 de la Directiva 2004/38). Por tanto, ante el supuesto de un “trabajador comunitario” no se plantea si dispone o no de recursos suficientes para ser titular del derecho de residencia, aunque perciba un salario exiguo, siempre que obedezca a una actividad real y efectiva, no marginal o accesorio.

En determinadas circunstancias, el ciudadano que ya no ejerce ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia puede, sin embargo, mantener la condición de trabajador a los efectos de conservar el derecho de residencia, sin señalar la Directiva 2004/38 limitación temporal. Tal es así cuando ha sufrido una incapacidad temporal como resultado de una enfermedad o accidente, o cuando habiendo estado empleado durante más de un año se encuentra en situación de paro involuntario (acreditado) e inscrito como demandante de empleo con la finalidad de encontrar un nuevo trabajo. También mantiene la condición de trabajador el que sigue una formación profesional si está relacionada con el empleo previo, condición ésta que no se aplica en caso de encontrarse en paro involuntario (art. 7.3 letras a, b y d Directiva 2004/38).

Una vez concluida la relación laboral el interesado pierde, en principio, la condición de trabajador, si bien hay que tener en cuenta, por una parte, que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral y, por otra parte, que una persona que realmente busque empleo también debe ser considerada trabajador a efectos de la libre circulación²⁹. En el sentido del artículo 45 TFUE, la consideración de trabajador, al igual que los derechos que se derivan de dicha condición, no dependen necesariamente de la existencia o de la permanencia efectiva de una relación laboral³⁰.

Aparte de los supuestos mencionados, también mantiene la condición de trabajadora –acaso como supuesto excepcional o ejemplificativo– la ciudadana de otro Estado miembro que voluntariamente deja su trabajo en el territorio del país miembro de acogida, tres meses antes del nacimiento de su hijo, decisión personal basada en determinadas limitaciones físicas relacionadas con la última fase de su embarazo y, presuntamente, atinentes al período inmediatamente posterior al parto. En estas circunstancias, no puede ser privada, en principio, de la condición de trabajadora, en el sentido del artículo 45 TFUE, como ha matizado el TJUE, afirmando: “Efectivamente, el hecho de que en la práctica la persona afectada no haya estado presente en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida durante algunos meses no implica que haya dejado de pertenecer a dicho mercado durante ese período, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un plazo razonable contado a partir del parto”. Además, “las ciudadanas de la Unión se verían disuadidas de ejercer su derecho a la libre circulación en el supuesto de que corrieran el riesgo de perder la condición de

²⁸ Asuntos LawrieBlum, citado, Kemf, 139/85, sentencia de 3 de junio de 1986 y Levin, 53/81, sentencia de 23 de marzo de 1982.

²⁹ Asunto Caves KrierFrères, C-379/11, sentencia de 13 de diciembre de 2012.

³⁰ Asunto Lair/Universität Hannover, 39/86, sentencia de 21 de junio de 1988.

trabajadoras en el Estado de acogida cuando a causa del embarazo dejan, incluso durante un período breve, su trabajo en dicho Estado”³¹.

Por último, mantiene la condición de trabajador y conserva su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, aunque durante un período no inferior a seis meses, el demandante de empleo que se encuentra en una situación de paro involuntario (acreditado) durante los primeros doce meses o tras finalizar un contrato de duración determinada inferior a un año (supuesto del art. 7.3 c). Durante el período indicado de seis meses, este ciudadano tiene el derecho de residencia y puede invocar el principio de igualdad de trato en el acceso a prestaciones sociales en las mismas condiciones que los nacionales del país de acogida³². Transcurrido ese período, conserva el derecho de residencia si es demandante de empleo, debiendo demostrar que sigue buscando empleo y que tiene posibilidades reales de ser contratado, precisión legal de casuístico y puntual contenido. Su situación se precariza en cuanto que, como excepción al principio de igualdad de trato, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder a ese ciudadano el derecho a prestaciones de asistencia social, aunque sí las conceda a sus propios nacionales en la misma situación.

3. GARANTÍAS Y VICISITUDES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Del análisis legal y doctrinal del TJUE practicado, puede deducirse que la libertad de circulación queda condicionada, de alguna manera, por el derecho de residencia que disfrute el ciudadano y, en concreto, el trabajador, cuando éste cumple los requisitos preceptivos fijados en la Directiva 2004/38, que establece al efecto un sistema gradual para el mantenimiento de la condición de trabajador, dirigido a conservar el derecho de residencia y, derivadamente, posibilitar su acceso a prestaciones sociales. En este contexto, el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad queda supeditado al cumplimiento de las reglas de estancia y residencia establecidas por la propia Directiva; dicho de otra manera, sólo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del país miembro de acogida el ciudadano comunitario que cumple los requisitos de la repetida Directiva para disfrutar del derecho de residencia.

En términos generales, se ha planteado ante el TJUE la adecuación al principio de igualdad de trato de determinadas normas de algunos Estados miembros que deniegan el acceso a ciertas prestaciones de asistencia social a ciudadanos de otros países miembros residentes en su territorio cuando, en la misma situación, se concederían a los propios nacionales. Son situaciones en las que el derecho de residencia de aquellos ciudadanos comunitarios no conservan un derecho pleno, presuntamente por cuanto no se acredita disponer de recursos suficientes, ya que, en caso contrario, produciría idénticos efectos y aplicabilidad el referido principio de igualdad de trato.

La prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad es un principio general y fundamental en el Derecho Comunitario que se reconoce a los ciudadanos de la Unión, garantía aducible o invocable en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico de la Unión, conforme al art. 18 TFUE. Igualmente se reconoce a los ciudadanos de la Unión el

³¹ Asunto Saint Prix, C-507/12, sentencia de 19 de junio de 2014. En este caso el TJUE señalaba que la lista mencionada en el art. 7.3 de la Directiva 2004/38 no tiene carácter exhaustivo.

³² Asunto Vatsouras y Koupatantze, C-22 y 23/08, sentencia de 4 de junio de 2009.

derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, estando supeditando su ejercicio a las condiciones y límites previstos por los Tratados y demás medidas adoptadas en aplicación de éstos (art. 20.2 TFUE).

La prohibición general de discriminación por la nacionalidad prevista en el mencionado art. 18 TFUE supone aplicar a los ciudadanos de otros países miembros (que ejercen su derecho a la libre circulación) el principio de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida, como regula en el ámbito de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social el art. 4 del Reglamento 883/2004, y en el ámbito de la libre circulación y residencia el art. 24.1 de la Directiva 2004/38. En consecuencia, los que son trabajadores en el Estado miembro de acogida (art. 7.1 a Directiva 2004/38) y los ciudadanos que cuentan con recursos suficientes para no entrañar en una carga en el marco de la asistencia social de ese Estado durante su período de residencia, siempre que cuenten simultáneamente con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el mismo (Art. 7.1 b de la citada Directiva), se les debe aplicar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad, en caso de solicitar al Estado miembro de acogida una prestación de asistencia social, procediendo su reconocimiento y efectividad en los mismos términos y bajo las mismas condiciones de concesión a los propios nacionales de ese Estado.

Fuera de los supuestos contemplados en los apartados a) y b) del art. 7.1 indicado (trabajador y ciudadano con recursos suficientes y seguro médico), entra en juego la excepción al principio de igualdad establecida en el art. 24.2 de la repetida Directiva. En síntesis, este precepto faculta a los Estados miembros para denegar a los nacionales de otros países comunitarios el derecho a prestaciones de asistencia social durante los tres primeros meses de residencia. Del mismo modo, puede rechazarse el reconocimiento de tales prestaciones cuando, transcurridos los seis meses durante los cuales mantuvo la condición asimilada a trabajador, es mero demandante de empleo que debe demostrar que sigue buscando trabajo y que tiene posibilidades reales de ser contratado. Es una excepción a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad cuyo fundamento estriba en evitar que personas que no cumplen las condiciones para disfrutar del derecho de residencia, es decir, esencialmente disponer de recursos suficientes, se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Podría ocurrir de esta manera cuando se tratase de ciudadanos que carecen de recursos bastantes porque no realizan una actividad económica, o que ejercen su derecho a la libre circulación con el único propósito de obtener una ayuda social de otro Estado miembro, puesto que tampoco disponen de recursos suficientes para obtener al derecho de residencia. En estos casos, el Estado miembro de acogida está legitimado para no aplicar el principio de igualdad de trato a esos ciudadanos de otros países miembros que solicitasen una prestación de asistencia social, estando por tanto facultados para denegarla, aunque concediesen tal prestación a los propios nacionales que se encuentran en la misma situación³³.

En el supuesto de demandantes de empleo previsto en el art. 7.3 c de la Directiva de referencia nos parece especialmente grave porque, transcurrido el período de seis meses a contar desde que concluyó el último empleo, su situación se precariza notoriamente; en tanto que mantenga la condición de demandante de empleo, se le aplica el principio general de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad conforme

³³ Asunto Dano, citado.

previene el art. 1.2 del Reglamento 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, lo que implica, para todo nacional de un país miembro, beneficiarse en el territorio de otro Estado miembro de las mismas posibilidades que disfruten los nacionales de dicho país en el acceso a los empleos disponibles. Se trata de una garantía que pretende evitar la existencia de normas nacionales o prácticas administrativas que limiten o subordinen la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio a condiciones no previstas para los propios nacionales, o que tengan por efecto excluir a los nacionales de otros Estados miembros (art.3). La igualdad de trato en esta materia conlleva que el ciudadano de un Estado miembro que busque un empleo en el territorio de otro, recibirá de las oficinas de empleo de ese Estado miembro la misma asistencia otorgada a los propios nacionales (art. 5).

Pasados los seis meses, resulta llamativo observar que el sujeto deja de mantener la condición de trabajador y, en consecuencia, ya se presume que carece de medios o ingresos bastantes para garantizar su manutención, situación que debilita sensiblemente la efectividad del derecho de residencia, de tal modo que el Estado miembro de acogida no vendría obligado a respetar el principio de igualdad de trato en caso de solicitarse una prestación social de tal índole. Sobre la fijación de este período de seis meses, el TJUE ha estimado que es “un plazo razonable que le permite llegar a conocer, en el territorio del Estado miembro de que se trate, las ofertas de empleo que correspondan a sus calificaciones profesionales, y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratado, de manera que tal plazo no menoscaba la eficacia del principio de libre circulación. Sin embargo, si cuando se ha agotado dicho plazo el interesado prueba que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado, no podrá ser obligado a abandonar el territorio del Estado miembro de acogida”³⁴.

En efecto, si transcurridos los seis meses continúa siendo “demandante de empleo”, su derecho de residencia se fundamentará en esa condición. Resultaría de aplicación en estos supuestos el art. 14.4 b de la Directiva 2004/38, toda vez que según esta norma el ciudadano interesado “no podrá ser expulsado” del Estado miembro de acogida mientras demuestre que sigue buscando empleo y que tiene posibilidades reales de ser contratado; la expresión o exigencia legal “demuestre” revela lógicamente su necesaria constatación y control. A sensu contrario, podría ser expulsado razonablemente en caso de no acreditar tales extremos³⁵. ¿Cuál es la razón que subyace? Se presume que este ciudadano ya no dispone ingresos regulares o recursos suficientes para atender las necesidades propias y familiares, estando latente el riesgo de que se convierta en una

³⁴ Asunto Antonissen, citado.

³⁵ Como antecedente de interés, la Directiva 68/360 relativa a la supresión de restricciones a la circulación y a la residencia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad, señalaba que los nacionales de un Estado miembro que se trasladasen a otro para buscar empleo, disponían a tal fin de un plazo mínimo de tres meses, al término del cual, si no habían encontrado empleo, se podría poner fin a su estancia en el territorio de ese Estado miembro. Sin embargo, si durante el transcurso del plazo citado, esas personas fueron tomadas a su cargo por la asistencia benéfica financiada con fondos públicos de dicho Estado, “podrían ser invitadas a abandonar su territorio”. La situación de la persona demandante de empleo era relativamente precaria porque si el derecho de residencia temporal en los Estados miembros era reconocido en el TCEE con el fin de ejercer un empleo, subsistía el temor de que se instaurase “una libre circulación de parados”. Transcurrido ese período, el Estado podía poner fin a la residencia del nacional de otro Estado miembro que no hubiera encontrado empleo. RIBAS, J. J., JONCZY, M. J. Y SECHE, J. C., *Derecho Social Europeo*, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Zaragoza, 1980, p. 87.

carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida en el caso de que solicite la prestación correspondiente, máxime cuando el transcurso del tiempo sin encontrar ocupación o empleo parece estar agravando su situación. En estas circunstancias, se debilita profundamente el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad hasta el punto que el Estado miembro interesado podrá aplicar la excepción al principio de igualdad de trato prevista en el apartado segundo del art. 24 de la Directiva de referencia, rechazando en consecuencia la solicitud de prestaciones de asistencia social formulada por el ciudadano de otro Estado miembro que reside en su territorio, a diferencia de lo que haría con los propios nacionales que se encontrasen en la misma situación.

En palabras del TJUE, “la Directiva 2004/38 permite al Estado miembro de acogida que imponga a los ciudadanos de la Unión, cuando éstos ya no tengan la condición de trabajador, restricciones legítimas por lo que respecta a la concesión de prestaciones sociales a fin de que éstos no se conviertan en una carga excesiva para el sistema de asistencia social de dicho Estado miembro”³⁶, apreciación que corresponderá a las instituciones competentes del Estado miembro que deberán valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia son de carácter temporal o coyunturales, los ingresos percibidos y su periodicidad, el estado sectorial del mercado de trabajo, las cargas familiares como factor influyente del contenido económico de la prestación social prevista con carácter general para los ciudadanos de la Unión, y el número de demandantes de este tipo de prestaciones. Todo ello sin perjuicio de que el mero hecho de que un ciudadano disfrute de una prestación de asistencia social no es suficiente para demostrar que sea efectivamente una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida.

4. CONCLUSIONES

El derecho de residencia, como está configurado en la actualidad para los ciudadanos de la Unión Europea, condiciona el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación por el territorio de los Estados miembros cuando no se tiene la garantía de disponer de recursos suficientes para atender las necesidades propias y de los familiares, es decir, cuando el ciudadano no es efectivamente un trabajador que percibe una contraprestación económica por sus servicios o un ciudadano que acredita disponer de recursos suficientes y seguro médico. Es indudable que el riesgo de pasar a ser una potencial carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida va in crescendo cuando el trabajador pierde su empleo y no logra otra contratación en los seis meses siguientes, pendiendo la posibilidad de expulsión del país. En estas circunstancias, la excepción al principio de igualdad de trato en lo que se refiere a la concesión de prestaciones de asistencia social a los no nacionales residentes en el propio territorio, es una medida justificada por razones de carácter financiero que, presuntamente y pese a su entidad y significación social, todos los Estados miembros comparten y aprueban. Pero desde el punto de vista de los ciudadanos negativamente afectados, es una evidencia que la libre circulación de ciudadanos y de trabajadores en la Unión Europea es todavía incompleta y precisa, reflexionando sobre los extremos de su financiación, de nuevos esfuerzos en el plano de la coordinación de sistemas de seguridad social para lograr su plena realización.

³⁶ Asunto Brey, citado.

Capítulo X. La Problemática Derivada de la Aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004, y del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social al personal que presta servicios a bordo de buques¹

MARÍA ISABEL RIBES MORENO

*Profesora Ayudante Doctora, Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Cádiz*

Resumen

La aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004 presenta reglas especiales para el personal a bordo de buques. Esta misma circunstancia se manifiesta en el Convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social. Los criterios previstos para establecer la ley aplicable a los trabajadores del mar, son distintos de los que se establecen para otros trabajadores. Se trata de un sistema basado (con ciertas excepciones) con la aplicación de la norma correspondiente al Estado de pabellón. El presente trabajo pretende poner de manifiesto las posibles disfunciones que se pueden ocasionar con la utilización de dicho criterio, basado en una ficción jurídica que, en la actualidad, con el recurso cada vez más frecuente de la utilización de pabellones de conveniencia, requiere de una revisión en profundidad.

Abstract

The Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems establish special rules to employed persons who normally pursued on board a vessel at sea. The same circumstances are clear in the Ibero-American multilateral Convention on Social Security. Both Conventions provides special criteria to persons employed on board a vessel. The person employed on board shall be subject to the legislation of the Flag's Member State (with some exceptions). This paper aims to draw attention about the problems originate with the application of the abovementioned criteria, which is not very adequate because the general use of Flags of convenience. This situation should lead us to think about the need of a deep revision.

1. INTRODUCCIÓN

Las legislaciones de seguridad social se basan en el principio de territorialidad, tomando como punto de referencia el lugar de prestación de los servicios a los efectos de determinar a quien se aplican sus disposiciones. Del mismo modo, la mayoría de los sistemas de Seguridad Social requieren del cumplimiento de un período de prestación profesional, y/o de residencia, en definitiva, de cotización o aportación económica a un sistema para reconocer el acceso a determinadas prestaciones. Sin embargo, la mundialización de la economía, los fenómenos migratorios y la movilidad transnacional de trabajadores han introducido elementos que han ocasionado que los Estados hayan formalizado acuerdos o convenios para establecer reglas de coordinación de los distintos sistemas y proteger a sus ciudadanos. Así, la Unión Europea (en adelante UE), al objeto de garantizar la efectividad del principio de libre circulación, elaboró Reglamentos destinados a evitar que los derechos de los trabajadores migrantes se viesen disminuidos como consecuencia de un cambio de su lugar de trabajo o residencia dentro de la Unión. Actualmente, las normas aplicables están compuestas por el

¹ Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO titulado “Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte” (Ref. DER2013-43423-R), cuya investigadora principal es la Dra. O. FOTINOPOULOU BASURKO.

Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y su Reglamento de aplicación (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de sistemas de seguridad social. Las reglas se completan con el Reglamento (UE) n° 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación de los citados Reglamentos, a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos.

A diferencia de lo que pudiese parecer a primera vista, la elaboración de un Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social en el marco de la UE, no pretendía constituir un régimen o sistema común de protección social para los Estados miembros². En realidad se trata de un “sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes”³, destinado a determinar la legislación nacional aplicable al régimen de seguridad social. Ello es así, que utilizando el instrumento de los Reglamentos se concretan actuaciones de articulación –que no de armonización–, cuya finalidad es “crear el entramado necesario para permitir el engranaje de las relaciones jurídicas transnacionales”⁴.

Igualmente, los distintos Estados sudamericanos, tomando como modelo el instituido en la UE, adoptaron el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social⁵. El convenio es un instrumento multilateral que también constituye un instrumento de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social, en el mismo sentido que el expresado con anterioridad para el instrumento comunitario.

Por último, es necesario reseñar que, además de los instrumentos señalados, el sistema se completa con los numerosos convenios internacionales que nuestro país ha suscrito con diferentes Estados. Son convenios generales de seguridad social, que generalmente tienen carácter bilateral, cuya finalidad es la de proteger, igualmente, a aquellos trabajadores cuya actividad se realiza allende nuestras fronteras. Todo este conjunto conforma el Derecho Internacional convencional de la Seguridad Social⁶, una materia extensa y compleja destinada a garantizar que los trabajadores “viajen con su Seguridad Social”⁷.

Como se ha expresado, en principio, la realización de actividades en un país tiene como resultado la aplicación de las normas de seguridad social nacionales. No obstante,

² Sobre las implicaciones terminológicas del término coordinación véase MIRANDA BOTO, J.M., “El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria”, en VV.AA. (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Sevilla, Laborum, 2008, págs. 11-28.

³ STJCE de 24 de marzo de 1994, *Van Pouque*, asunto C-71/93.

⁴ Cfr. MIRANDA BOTO, J.M., “El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria”, cit., pág.27.

⁵ El convenio se adoptó en noviembre de 2007 en la cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile.

⁶ Estamos ante un conjunto normativo diferente del Derecho Internacional de la Seguridad Social, uniforme o multilateral, cuya finalidad es definir los derechos que deben garantizarse a los trabajadores, como el Convenio 102 OIT, de norma mínima de Seguridad Social, o la Carta Social Europea de 1961.

⁷ Cfr. VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2010, pág. 57

cuando intervienen elementos de internacionalización, que pueden significar confluencia entre normas, es cuándo tendremos que recurrir a los reglamentos de coordinación o a convenios multilaterales o bilaterales, al objeto de establecer la legislación nacional de seguridad social que resulte de aplicación. A tal efecto, tanto las normas de seguridad social, como los Reglamentos de coordinación y los distintos convenios utilizan como criterio para determinar la legislación aplicable el lugar de prestación de los servicios o *lex loci laboris*. Este criterio, sin embargo, no resulta fácil de encajar al tratar de la actividad marítimo mercante. Hay que señalar que estamos ante un colectivo que desempeña su actividad en centros de trabajo móviles y, por tanto, ha de matizarse el criterio de lugar de prestación, cuestión abordada de forma específica en todos los instrumentos aplicables, tomando en estos casos como referencia para establecer el régimen jurídico de aplicación el del país de abanderamiento del buque.

El presente trabajo pretende poner de manifiesto las complicaciones respecto a la determinación del régimen de seguridad social aplicable a los marinos a bordo de buques mercantes, concretando el estudio únicamente a la situación del personal embarcado por cuenta ajena –sin atender a los que navegan en buques pesqueros o realizan su actividad por cuenta propia–. En particular, se estudiará únicamente la problemática del encuadramiento de este personal conforme a la consideración del Estado de pabellón, como lugar de prestación de la actividad a bordo de buques. Así, en primer lugar se analizarán las disposiciones nacionales sobre Seguridad Social y sus criterios de aplicación, para a continuación abordar los previstos en los convenios multilaterales o bilaterales con otros países, y las reglas incorporadas tanto por el Reglamento de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social 883/2004, como en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, respecto a este colectivo. En segundo lugar, se tratará la dificultad de mantener este criterio como elemento de vinculación con la aparición del recurso a las banderas de conveniencia. Por último, se analizarán las razones que, a nuestro juicio, justifican la necesidad de un cambio de criterio para conectar al personal marítimo mercante con el sistema de protección social de un Estado determinado, avalando dicha postura en el pronunciamiento que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha realizado recientemente sobre esta cuestión y ofreciendo conclusiones sobre ello

2. BUQUES MERCANTES Y SEGURIDAD SOCIAL: EL CRITERIO DE TERRITORIALIDAD A TRAVÉS DEL PABELLÓN DEL BUQUE

Con carácter previo al tratamiento de las normas de conflicto en las que interviene un elemento de internacionalización, es necesario referir las disposiciones previstas en las normas españolas para encuadrar a los trabajadores en su régimen de Seguridad Social.

Como es sabido, la legislación española de Seguridad Social establece como beneficiarios de las prestaciones de modalidad contributiva, a los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional –lo que supone la aplicación de un criterio personal, territorial y profesional–⁸. Asimismo, por sus

⁸ Aunque la Constitución Española habla de que es un derecho de todos los ciudadanos. Sin embargo, al acudir al ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social especifica que el principio que fundamenta el sistema es el de universalidad según su art. 2.

particulares circunstancias⁹, los trabajadores del mar cuentan con un régimen especial de seguridad social. La Ley ordenadora, recientemente reformada, es la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero¹⁰, que incluye dentro de su ámbito, entre otros, a los trabajadores que prestan servicios en buques de la marina mercante abanderados en España cuya actividad, por su propia naturaleza, puede desarrollarse en otras localizaciones diferentes del territorio español.

El abanderamiento es el acto administrativo que otorga nacionalidad al buque –a partir de la matriculación del mismo–, que determinará la normativa aplicable tanto al propio buque, como a los trabajadores que prestan sus servicios a bordo, lo que puede ser especialmente significativo dependiendo de la bandera que enarbole¹¹. Ello es así, puesto que la elección de una bandera u otra puede permitir un sustancial ahorro de costes entre los que se encuentran los laborales y de seguridad social lo que se intensifica, como se verá, cuando se trate de una bandera de conveniencia¹².

De este modo será el pabellón o bandera el que determinará el régimen de Seguridad Social aplicable, por lo que el marino que desempeña su actividad en un buque abanderado en España se verá incluido en nuestro régimen de protección social. Ahora bien, la Ley 47/2015 incorpora expresamente, una excepción al principio de territorialidad conforme al pabellón¹³. La norma permite la inclusión en el régimen especial nacional también a aquellos trabajadores residentes en nuestro territorio, aunque ejerzan actividad a bordo de un buque de bandera de un Estado de la UE o con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad social¹⁴

⁹ El preámbulo de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero establece una serie de notas diferenciadoras basadas en el espacio físico en el que se realiza la actividad, la dureza de sus condiciones de vida a bordo, el aislamiento prolongado de las tripulaciones y el alejamiento del hogar familiar, así como las elevadas tasas de morbilidad y siniestralidad.

¹⁰ BOE núm. 253, de 22 de octubre de 2015. Esta norma viene a derogar al hasta entonces vigente Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1974.

¹¹ El otorgamiento de nacionalidad a un buque se realiza mediante el acto administrativo de abanderamiento, lo que en España se realizará conforme a lo previsto en el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo, BOE núm. 194, de 15 de agosto de 1989. Dicha norma establece que el abanderamiento, que conlleva la ficción de que el buque forma parte integrante del Estado que le otorga bandera, se realiza mediante un acto administrativo, por el cual y tras la tramitación prevista en el Real Decreto anteriormente citado, que autoriza a que el buque arbole el pabellón nacional.

¹² Sobre banderas de conveniencia vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia”, *Revista de Estudios Financieros*, núm. 260, 2004, págs. 65-90; RUIZ SOROA, J.M. y DÍAZ SÁNCHEZ, J., “Reflexiones sobre banderas de conveniencia y Derecho Marítimo y Laboral Español”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. IV, 1986, págs. 91-155. SEMPERE NAVARRO, A.V., “Pabellones de conveniencia y Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2002 parte Estudio, BIB 2002/816, CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108, 2001, págs. 909-927. También puede consultarse en la página web de la ITF los 32 registros que han sido declarados como de conveniencia por el Comité de Prácticas Aceptables de la ITF <http://www.itfseafarers.org/foc-registries.cfm/languageID/4>.

¹³ Artículo 6, que recoge lo establecido, en el art. 11.4 del Reglamento 883/2004, pero sin hacer referencia, como aquí sucede, al pabellón del buque.

¹⁴ Sobre los convenios bilaterales de Seguridad Social firmados por España vid. http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/Internacional/Conveniosbilaterales/index.htm

–aunque no cualquier otra bandera, lo que puede significar que no se aplica a pabellones de conveniencia si no existe convenio–, siempre que la empresa que lo retribuya tenga su sede o domicilio en España¹⁵.

Al mismo tiempo, para intentar competir contra el fenómeno de las banderas de conveniencia, los Estados desarrollados también han permitido la constitución de segundos registros dentro de su territorio, con un tratamiento fiscal y laboral más beneficioso pero sin disminuir las coberturas de seguridad social, lo que en España aparece regulado en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante¹⁶. A tal efecto, la Disposición adicional decimosexta de la referida norma, instituye la regulación del Registro Especial de Buques y Empresas Navieras, situado en Canarias, que incluye un apartado respecto a las disposiciones de Seguridad Social de los trabajadores no nacionales españoles, empleados a bordo de los buques matriculados en el Registro Especial. Estas relaciones se regularán por la legislación a la que libremente se sometan las partes, siempre que la misma respete la normativa emanada de la Organización Internacional del Trabajo o, en defecto de sometimiento expreso, por lo dispuesto en la normativa laboral y de Seguridad Social española, todo ello sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria y de los convenios internacionales suscritos por España¹⁷. Esta libertad de elección que es posible para la ley aplicable al contrato de trabajo, puede ser nula para la determinación de la norma de Seguridad social salvo que existan convenios bilaterales sobre esta cuestión, puesto que el sistema se basa en “la inclusión obligatoria de quienes prestan personalmente sus servicios en determinadas condiciones debidamente regladas y no sujetas a la disponibilidad de los afectados (...), límite a la autonomía de la voluntad”¹⁸.

Los convenios multilaterales o bilaterales permiten que se pueda exceptuar la aplicación de nuestra normativa de seguridad social a trabajadores nacionales de dichos Estados signatarios conforme a los pactos incluidos en estos instrumentos¹⁹. En concreto, existen un gran número de convenios suscritos por España en los que se recogen disposiciones sobre los marinos, que mantienen la regla general de aplicación

¹⁵ Para hacer efectiva dicha inclusión, se introduce otra salvedad en la Ley respecto a los buques que pueden estar inscritos como centros de trabajo y, por tanto, registrados en el Instituto Social de la Marina (ISM). Hasta ahora únicamente se permitía la inscripción en el Registro de embarcaciones del ISM a los buques inscritos en el Registro de Buques de Marina Mercante –y por tanto abanderados en España–, sin embargo, desde ahora cabe inscribir también embarcaciones extranjeras, cuando los tripulantes deban quedar encuadrados en nuestro Régimen de Seguridad Social conforme al artículo 6 de la Ley 47/2015.

¹⁶ Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011.

¹⁷ Apartado 7 de la Disposición adicional 16ª de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante.

¹⁸ En ese sentido, aunque para establecer la imposibilidad de optar para trabajadores españoles que desempeñan actividades en buques de pabellones de conveniencia, CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia”, cit., págs. 927, refiriendo la STSJ del País Vasco de 6 de mayo de 1997 (Ar. 2164) y STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2000 (Ar. 4041).

¹⁹ No incluyen disposiciones específicas sobre marinos el Convenio de Seguridad Social entre España y Andorra de 9 de noviembre de 2001 (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2002); Convenio de Seguridad Social entre España y Australia de 31 de enero de 2002 (BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2002); Convenio de Social entre España y Filipinas de 20 de mayo de 1988 (BOE núm. 244 de 11 de octubre de 1989).

en todo caso de las normas correspondientes al Estado de pabellón²⁰. Otros convenios permiten excepcionar esta regla instituyendo que si la empresa que lo retribuye tuviera su sede o domicilio en el país de residencia del marino se aplicarían dichas normas, con independencia de que el pabellón del buque fuese español²¹, o permitiendo en dicho supuesto la facultad de elección de la normativa de Seguridad Social de cualquiera de los dos Estados²²; e incluso la posible excepción en la aplicación de la ley del pabellón, en favor de la del lugar de residencia del marino si coincide con el lugar de contratación²³.

Conforme a lo expuesto, en primer lugar, en lo que respecta a marinos españoles o extranjeros a bordo de buques de bandera española no existen reglas de conflicto, puesto que quedan comprendidos en el campo de aplicación del sistema de seguridad social nacional, salvo que por convenio internacional se contemplen excepciones a la regla de la ley del pabellón. En segundo lugar, también quedan encuadrados en nuestro sistema los trabajadores residentes en España retribuidos por empresa que tenga su sede o domicilio en nuestro país que ejerzan actividad a bordo de un buque de bandera de un Estado de la UE o con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad social. En consecuencia, quedarían incluidos dentro del ámbito de nuestro

²⁰ Art. 5.3 Convenio de Seguridad Social entre España y USA de 30 de septiembre de 1986 (BOE núm. 76 de 29 de marzo de 1988), art. 3.1 c) Convenio de Seguridad Social entre España y Ecuador de 1 de abril de 1960 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 1962), art. 7 Convenio de Seguridad Social entre España y Rusia de 11 de abril de 1994 (BOE núm. 48 de 24 de febrero de 1996), art. 7.3 Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela de 12 de mayo de 1988 (BOE núm. 162 de 12 de julio de 1990).

²¹ Así art. 6.4, párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y México de 25 de abril de 1994 (BOE núm. 65, 17 de marzo de 1995); art. 7.3, párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Brasil de 25 de abril de 1991 (BOE núm. 13, 15 de enero de 1996); art. 7.3, párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Chile de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 72, 25 de marzo de 1998); art. 7.1 c) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Uruguay de 1 de diciembre de 1997 (BOE núm. 47, 24 de febrero de 2000); art. 7.d) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez de 26 de febrero de 2001 (BOE núm. 309, 26 de diciembre de 2001); art. 6.1 e) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos de 6 de noviembre de 1979 (BOE núm. 245, 13 de octubre de 1982), modificado el 27 de enero de 1998 (BOE 24 de noviembre de 2001); art. 7.1 c) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 297, 10 de diciembre de 2004); art. 8.1 f) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Perú de 16 de junio de 2003 (BOE núm. 31, 5 de febrero de 2003); art. 7.1, 3º párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Paraguay de 24 de junio de 1998 (BOE núm. 28, 2 de febrero de 2006); art. art. 9.1, f) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y República Dominicana de 1 de julio de 2004 (BOE núm. 255, 12 de junio de 2006); art. 8.1 f) Convenio de Seguridad Social entre España y Cabo Verde de 1 de diciembre de 2013 (BOE núm. 255, 24 de octubre de 2013); art. 9.2 Convenio de Seguridad Social entre España y Corea de 1 de diciembre de 2013 (BOE núm. 110, 8 de mayo de 2013); art. 8.1 Convenio de Seguridad Social entre España y Japón de 12 de noviembre de 2008 (BOE núm. 236 de 30 de septiembre de 2009 y BOE núm. 270 de 9 de noviembre de 2009);

²² Art. 7.4, párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania de 7 de octubre de 1996 (BOE núm. 81, 4 de abril de 1998).

²³ En el caso del art. 6.4 Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá de 10 de noviembre de 1986, BOE núm. 287 de 1 de diciembre de 1987, que establece que cuando el marino pudiera estar sometido tanto a la legislación española como al régimen de Pensiones de Canadá a causa de tal trabajo, estará sometido, en relación con el mismo, únicamente al Régimen de Pensiones de Canadá si esa persona tiene su residencia y es contratada en Canadá, y únicamente a la legislación española si esa persona tiene su residencia y es contratada en España. De no darse estas circunstancias quedará sometida únicamente a la legislación española si el buque enarbola bandera de España. Este criterio se ha incorporado como consecuencia del Protocolo de 19 de octubre de 1995 (BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1997).

régimen de seguridad social, los marinos de cualquier nacionalidad que realicen su actividad a bordo de buques abanderados en España, o los marinos de cualquier nacionalidad residentes en nuestro país embarcados en buques de pabellón extranjero –aunque solo si son comunitarios o con convenio– pero que sean retribuidos por empresas con sede o domicilio en nuestro país.

Esta situación no parece plantear dificultades para establecer la aplicación de la normativa nacional al existir conexión directa entre el Estado y el trabajador, veamos que sucede cuando los marinos se desplazan entre distintos Estados y cómo se determina entonces la normativa de seguridad social aplicable.

2.1. El Reglamento de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social 883/2004

Como se ha mencionado, el Reglamento 883/2004 y demás normas instrumentales establecen las reglas para ordenar el sistema aplicable a situaciones en las que trabajadores nacionales de países de la UE, o nacionales de terceros países con residencia legal en un Estado miembro²⁴ (salvo Dinamarca y Reino Unido²⁵), prestan servicios en otros países de la Unión²⁶.

El sistema no reemplaza a los regímenes nacionales de seguridad social sino que funciona sobre cinco principios fundamentales. El primero, tienen como fundamento la unificación de las normas de Derecho internacional privado de seguridad social de todos los Estados, para garantizar que solo se aplica la ley de un Estado miembro cuando se hace uso de la libertad de circulación. Este principio se construye tomando como elemento para la determinación de la normativa aplicable el lugar de la prestación de los servicios, o *lex loci laboris*. El segundo, permite la totalización de los períodos de cotización que se hayan adquirido en los distintos Estados; el tercero, la exportación de las prestaciones o supresión de las cláusulas de residencia; el cuarto, la igualdad de trato; y por último la colaboración administrativa entre las autoridades de los distintos Estados²⁷. El conjunto de normas garantizan mediante sus disposiciones que el derecho

²⁴ El Reglamento (CE) N° 1231/2010 extendió las disposiciones del Reglamento (CE) n° 883/04 a este colectivo.

²⁵ En Dinamarca los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social no son aplicables a los nacionales de terceros países. En la relaciones con Reino Unido siguen siendo aplicables, a los nacionales de terceros países, los Reglamentos (CEE) n° 1408/71 y 574/72.

²⁶ Dichas normas conforman un paquete modernizador que vino a sustituir al Reglamento (CE) núm. 1408/1972 de 14 de junio, junto a su “norma instrumental” el Reglamento (CE) núm. 574/1972 de 21 marzo, que en su momento establecieron reglas de coordinación para solucionar la posible concurrencia de legislaciones sobre Seguridad social, ocasionadas con el desplazamiento geográfico de los sujetos protegidos. Sobre su origen vid. MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V. *Derecho Social Europeo*, Madrid, Tecnos, 1994, págs. 189-300. Sobre las modificaciones sufridas en los Reglamentos, vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de Coordinación de Regímenes de Seguridad Social”, en VV.AA. (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Sevilla, Laborum, 2010, págs. 23-38, asimismo de la misma autora “El Derecho de Libre Circulación y la Supresión de Cláusulas de Residencia”, *Temas Laborales* núm. 130/2015, págs. 395-417.

²⁷ Vid. ASÍN CABRERA, M.A., “La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en los acuerdos internacionales bilaterales concluidos por España con terceros Estados africanos”, *Documentación Laboral*, n° 103, año 2015, vol. I, Ediciones Cinca.

de libre circulación de trabajadores, y de personas²⁸, dentro de la UE tenga efectividad real, como piedra angular que era –y es– dentro de la construcción de la Unión.

El criterio que se utiliza para la determinación del sistema de seguridad social aplicable es el de la territorialidad, es decir, el del lugar de prestación de servicios. Sin embargo, habida cuenta las especiales circunstancias del trabajo a bordo de buques, la norma refiere reglas especiales para establecer la legislación de aplicación²⁹.

En primer lugar, como regla *ad hoc* para el sector marítimo-mercante el Reglamento establece que cuando se ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro, se considerará dicha actividad como ejercida en ese Estado miembro. De nuevo se reconduce las reglas de conflicto al Estado de pabellón. No obstante, el legislador europeo ha intentado introducir otros puntos de conexión que pudieran presentar vínculos más estrechos con el asunto en cuestión. Así, si el marino es remunerado por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro, estará sujeto a la legislación de este último si él mismo también reside en dicho Estado.

Por tanto, la empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario, a efectos de dicha legislación. De esta forma, aunque se consagra el criterio del lugar de prestación de los servicios a través de la ficción legal del pabellón del buque, se permite el desplazamiento desde la *lex loci laboris* a la del Estado en el que esté domiciliada la empresa, cuando coincida con el de residencia del trabajador³⁰. Este supuesto viene a consagrar una regla similar a la introducida en nuestras normas nacionales de seguridad social para el encuadramiento del marino.

Pero supongamos que el marino es contratado por una empresa cuya sede está Francia, él reside en España, y en su actividad es embarcado sucesivamente en buques con pabellón alemán, italiano y belga. En esos casos, podríamos considerar aplicable

²⁸ El derecho de libre circulación de trabajadores se encuentra consagrado en el artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE), y el artículo 4, apartado 2, letra a), y los artículos 20, 26 y 45 a 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y regulado mediante distintos reglamentos como el Reglamento (UE) n° 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, así como, la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Sin las normas de coordinación estos derechos se verían gravemente afectados.

²⁹ Vid. art. 11.4 del Reglamento 883/2004. Asimismo, aunque no se trata de una disposición al objeto de establecer reglas para identificar la legislación aplicable en supuestos de conflicto, sino el ámbito de aplicación material, y por tanto las ramas de Seguridad Social sobre el que se aplicará el Reglamento, también el artículo 3 establece en su apartado 4 una especialidad sobre el trabajo a bordo de buques, ya que las disposiciones del título III no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador, previsión igual a la prevista en el anterior Reglamento 1408/1971, de 14 de junio. A tal efecto, lo que viene a significar es que el armador o empleador, mantendrá aquellas obligaciones en materia de Seguridad Social y protección social asignadas en virtud de su normativa nacional, sin que pueda eludirlas conforme a las reglas de coordinación. Con mayor profundidad sobre esta cuestión VICENTE PALACIO, A., “El Reglamento 883/2004 y las obligaciones de los armadores en el ámbito de la Seguridad Social”, en VV.AA. (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, cit., págs. 65-90.

³⁰ Puede consultarse sobre el ámbito personal del Reglamento RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Problemas de aplicación de la Seguridad Social en el espacio: el conflicto de leyes en el Reglamento 883/2004”, en VV.AA. (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, cit., págs. 39-63.

junto al artículo 11.4 lo previsto en el artículo 13 del Reglamento, que instituye reglas para la determinación de la normativa aplicable para personal itinerante, es decir, en los que la actividad se desenvuelva de forma simultánea en varios Estados³¹. La norma remite, inicialmente, a la legislación del Estado miembro de residencia, siempre que el trabajador ejerza una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, o si ha sido contratado por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tienen su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia. Sin embargo, si no se cumplen estas condiciones, se reconducirá la regulación a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede/s o domicilio/s la empresa o el empleador que lo ocupa de forma prioritaria. En consecuencia, respecto al ejemplo planteado, conforme a las reglas descritas, sería la legislación francesa la aplicable. Por otro lado, el artículo 14 del Reglamento incorpora una regla correctora para el caso de que esta actividad solo se realice de forma esporádica. A tal efecto, establece que la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que realiza sus actividades normalmente en él, y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro, seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada. Igualmente, el marino embarcado en un buque de pabellón español que sea enviado temporalmente a otro buque de distinto pabellón, siempre que sea ocasionalmente, no verá modificada la legislación de seguridad social que debe ser aplicable. Los distintos supuestos descritos pueden parecer rebuscados, pero lo cierto es que la necesidad de disminuir los costes de explotación del transporte marítimo, ha hecho que estas situaciones sean más frecuentes de lo que uno pueda imaginar.

2.2. El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 10 de noviembre de 2007

El Convenio Multilateral Iberoamericano es una norma de coordinación que se empleará para determinar la norma de Seguridad social de aplicación en los desplazamientos de trabajadores³² entre los Estados Iberoamericanos que lo ratifiquen y que, además, suscriban el Acuerdo de Aplicación³³. El Convenio tiene como objetivo establecer un sistema de coordinación similar al realizado en el ámbito europeo, aunque con un carácter distinto habida cuenta de las diferencias que existen entre la Unión Europea, como entidad supranacional, y los Estados iberoamericanos³⁴. Dicha norma multilateral toma como base los mismos principios que los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, de los que también se detecta una influencia en su articulado³⁵, si bien ha

³¹ La regulación prevista en este artículo se separa de la prevista en el Reglamento 1408/1971 donde se diferenciaba la regulación para el personal itinerante de empresas de transporte internacional y los que prestaban servicios en otras compañías, vid. art. 13 del Reglamento.

³² Se aplica a las personas (de cualquier nacionalidad) que estén o hayan estado sujetas en algún momento a la legislación de Seguridad Social de dos o más Estados Parte del mismo, así como a sus familiares, beneficiarios y derechohabientes, aplicándose a prestaciones económicas de la Seguridad Social, por Invalidez, Vejez, Supervivencia, Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional.

³³ Sobre la génesis y significado del Convenio vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 26, 2011, Iustel, págs. 201-222.

³⁴ Actualmente solo a España, Paraguay, Portugal, Uruguay, El Salvador, Brasil, Chile, Ecuador y Bolivia, ya que son los únicos que han ratificado el Convenio y suscrito el Acuerdo de aplicación.

³⁵ Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, cit. pág. 206. Dentro de las diferencias que se evidencian entre ambos sistemas de coordinación, hemos (...)

superado las dificultades de redacción que se siguen manifestando en las normas europeas³⁶. Asimismo, se establece su plena aplicación entre los Estados parte, siempre que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes, en cuyo caso habrán de aplicarse las disposiciones más favorables al posible beneficiario. En consecuencia, el Convenio no deroga a otros convenios internacionales vigentes que pudieran haber sido suscritos por los Estados parte del mismo, por lo que si las disposiciones que se contienen en estos son más favorables para los trabajadores migrantes serán las que prevalezcan frente al Convenio Multilateral³⁷.

Como viene siendo habitual a la hora de determinar la legislación de Seguridad Social aplicable, el Convenio establece como regla general el lugar de prestación de los servicios³⁸, y dentro de las reglas especiales se recoge expresamente la actividad a bordo de buques donde se manifiesta, de nuevo, la influencia del Reglamento 884/2003.

A tal efecto, se comprenderán dentro de su ámbito las actividades dependientes que se desarrollen a bordo de un buque en el mar que enarbole el pabellón de un Estado parte, siendo considerada dicha actividad como ejercida en el Estado parte de bandera. La norma introduce, asimismo, una regla correctora similar a la anteriormente reseñada, ya que en los casos de que el trabajador sea remunerado por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado parte, estará sujeto a la legislación de este último siempre que el marino resida en dicho Estado. Igualmente se considerará a la empresa o persona que abone la remuneración como empresario o empleador a efectos de la aplicación de la correspondiente legislación.

En consecuencia, en las líneas que anteceden hemos podido comprobar la ley del Estado de pabellón se toma como criterio preferente para determinar el encuadramiento de trabajadores enrolados a bordo de buques dentro del sistema de seguridad social. Este criterio se sigue tanto por las normas españolas, como para determinar la ley aplicable

de señalar que dentro del ámbito material del Convenio Multilateral presenta un inferior ya que se limita a circunscribir a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, a diferencia de los Reglamentos comunitarios que comprenden los regímenes de Seguridad Social, contributivos y no contributivos, generales y especiales, así como, los relativos a las obligaciones del armador, incluyendo prestaciones de enfermedad; las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; las prestaciones de invalidez; las prestaciones de vejez; las prestaciones de supervivencia; las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; los subsidios de defunción; las prestaciones de desempleo; las prestaciones de prejubilación y las prestaciones familiares.

³⁶ Dificultad que ya se presentaba en su predecesor el Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Dicho Reglamento ha sido calificado repetidamente por la doctrina como instrumento endiabrado por su complejidad y por las sucesivas modificaciones que sufrió, ninguna de ellas destinada a clarificar su contenido. Vid. sobre esta concepción CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “La seguridad social de los trabajadores del mar en el Derecho internacional y comunitario”, en VV.AA. (FOTINOPOULOU BASURKO, O., coord.), *Jornada sobre la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Bilbao, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2007, pág. 71.

³⁷ Utilizando la técnica del “espiguelo”, lo que previsiblemente dará lugar a litigiosidad a juicio de SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, cit. pág. 219.

³⁸ Art. 9 del Convenio Multilateral que dispone “las personas a quienes sea aplicable el presente Convenio estarán sujetas exclusivamente a la legislación de seguridad social del Estado Parte en cuyo territorio ejerzan una actividad, dependiente o no dependiente, que dé lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación de dicha legislación”, si bien a continuación en el art. 10 establece una serie de excepciones a dicha regla.

en supuestos de concurrencia de varios regímenes, conforme a la aplicación de las normas de coordinación de los Reglamentos Europeos, el Convenio Multilateral Iberoamericano, e incluso en los convenios bilaterales sobre Sistemas de Seguridad Social. El referido criterio es apropiado, en nuestra opinión, cuando el buque mantiene elementos de conexión con el lugar que le otorga nacionalidad. Sin embargo, piénsese en marino uruguayo (nacionalidad del trabajador) que vive en España (lugar de residencia), trabaja para una naviera Suiza (domicilio del empleador), con buque de pabellón panameño (bandera del buque) y navega por el Golfo Pérsico (lugar donde se desarrolla la prestación)³⁹. En definitiva ha de aplicarse solo una legislación conforme a las reglas establecidas por el Derecho Internacional, o el Derecho europeo, que sin excepción cuando existe un elemento de extranjería optan por elegir el lugar de realización de los servicios, entendiendo como tal el de bandera del buque. ¿Pero son estas normas las adecuadas para regular la situación descrita? Es visible que estamos ante un sector que requiere de reglas especiales pero, a nuestro juicio, la aplicación de la ley del pabellón no resuelve los problemas que se pueden plantear a partir de la introducción del fenómeno de las banderas de conveniencia.

3. LEX LOCI LABORIS Y BANDERAS DE CONVENIENCIA

En este escenario el recurso a las llamadas banderas de conveniencia incorporan un elemento distorsionador sobre las reglas de determinación de las normas de seguridad social en el transporte marítimo⁴⁰. Es visible, que los armadores que abanderan sus buques en estos registros, donde cuentan con una fiscalidad reducida, obtienen una importante ventaja competitiva⁴¹. Son pabellones que disminuyen los costes operativos de la actividad, utilizando una ficción jurídica para permitir el registro y, por tanto, dotando nacionalidad a un buque sin que tenga que existir vínculo alguno entre el armador y la bandera que enarbola, ya que la propiedad del buque y su control puede estar ubicado en cualquier otro país. Conforme a los pabellones de conveniencia el mencionado ahorro de costes económicos se basa en la permisividad de estos Estados, que favorece que los armadores utilicen buques en mal estado, mal cuidados, con tripulaciones escasas, peor formadas, mal pagadas y con inexistencia de seguridad social o costes sociales. Estamos ante unos países cuyos registros permiten matricular a un buque sin que tengan que cumplir los requisitos que en países occidentales exigen, entre otras cuestiones, a las tripulaciones, donde las autoridades ejercen un escaso –o inexistente– control sobre la flota abanderada en los mismos. En este orden de cosas es

³⁹ No está tan lejos de la realidad, en definitiva es una relación de hechos similar a la de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 19 de marzo de 2015, *L. Kik y Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-266/13, a la que se ha introducido una pequeña licencia de la autora.

⁴⁰ Pueden consultarse los antecedentes históricos de las banderas de conveniencia en MARTÍNEZ LANDALUCE, J.A., “De las banderas de conveniencia a los segundos registros”, *Tribuna Social*, núm. 49, 1995, págs. 36 y sig.

⁴¹ Sobre el efecto de utilización de banderas de conveniencia y su incidencia en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vid. entre otros, RUIZ SOROA, J.M., DÍAZ SÁNCHEZ, J., “Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y Derecho Marítimo y Laboral español”, cit., págs. 91-155, CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia”, cit., págs. 909-927. También ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia”, cit.

visible que la tripulación de pabellones de conveniencia trabaja en condiciones de inseguridad técnica e “inseguridad social”⁴².

No obstante, la comunidad internacional ha intentado resolver el problema elaborando soluciones normativas que no han tenido el éxito deseado⁴³. Cada Estado tiene libertad en fijar los requisitos que pueda exigir en orden al abanderamiento, si bien el Convenio de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 vino a reconocer la necesidad de que existiese un vínculo efectivo de la persona con el Estado para abanderar el buque. Esta misma previsión figura en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, Convenio de Montego Bay, que aunque exige un control efectivo al Estado de bandera, tampoco prevé que la inexistencia de este control pueda dar lugar al rechazo de la matriculación del buque. En este orden de cosas, la OIT al detectar que los trabajadores que realizan sus servicios a bordo de buques de banderas de conveniencia se ven afectados por las normas nacionales del pabellón, y en términos generales dichos países tienen un nivel de protección social y asistencial muy escaso, en muchos casos careciendo de un sistema obligatorio de Seguridad Social, acometió una iniciativa destinada a regular el derecho a una protección sobre esta materia para la gente de mar⁴⁴. Por consiguiente, se elaboraron y aprobaron sucesivamente el Convenio número 70, sobre seguridad social de la Gente de mar de 1946, el número 71 sobre pensiones de la gente de mar de 1946, número 147, sobre la marina mercante (normas mínimas) de 1976 y número 165, sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado) de 1987. En la actualidad estas normas han sido sustituidas por el Convenio de Trabajo Marítimo, 2006⁴⁵, donde se introduce un sistema de implantación progresiva para lograr una protección completa para la gente de mar⁴⁶. Igualmente, el Convenio de Trabajo Marítimo, 2006 ordena que los miembros adopten medidas acordes con sus circunstancias nacionales para proporcionar protección en materia de seguridad social para la gente de mar con residencia habitual en su territorio, recomendando, asimismo, que todo miembro cuyo pabellón enarbole el buque proporcione a su personal a bordo la protección prevista en el convenio en materia de Seguridad Social. Sin embargo, a juicio de la doctrina estas disposiciones no han tenido el efecto deseado, sin que se proteja adecuadamente a los trabajadores que navegan bajo estos pabellones⁴⁷.

Por tanto, si bien el criterio de la *lex loci laboris* es perfectamente válido para actividades estables como las prestadas en tierra firme, se pone de manifiesto que el recurso a la ley de pabellón permite eludir normas de Derecho nacional mucho más exigentes respecto a las obligaciones de índole tanto laboral, como de seguridad social.

⁴² Cfr. RUIZ SOROA, J.M., DÍAZ SÁNCHEZ, J., “Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y Derecho Marítimo y Laboral español”, cit. pág. 101.

⁴³ SEMPERE NAVARRO, A.V., “Pabellones de conveniencia y Seguridad Social”, cit.

⁴⁴ Gente de mar es el término empleado en los convenios de la OIT para referirse a los trabajadores de la marina mercante.

⁴⁵ Todos estos convenios fueron revisados con el Convenio de Trabajo Marítimo, a excepción del C-71.

⁴⁶ Vid. párrafo 2 de la Regla 4.5 CTM, 2006. Sobre las implicaciones de la aprobación del Convenio de la OIT vid. CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “El Derecho a la atención médica y a la protección de Seguridad social y a las responsabilidades exigibles al armador por enfermedad, lesiones y muerte por causas laborales de la gente de mar en el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Emigración*, núm. 82, págs. 383-392. Del mismo autor, “La seguridad social de los trabajadores del mar en el Convenio de Trabajo Marítimo 2006”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, Iustel, págs. 248-261.

⁴⁷ Vid. CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia”, cit., págs. 916-917.

Se evidencia con esta situación la necesidad de atender a otros criterios de determinación, como sucede con el propio contrato de embarco, que permitiesen conectar la relación laboral con la norma que tiene con ella vínculos más estrechos.

4. LA QUIEBRA DEL CRITERIO DEL ESTADO DE PABELLÓN EN EL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN: LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS

También el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los problemas derivados de la aplicación de los Reglamentos de coordinación a trabajadores del mar⁴⁸. En concreto, estamos hablando de los asuntos *Bakker*⁴⁹ y *Kik*⁵⁰ que por diferentes razones merecen ser traídos a colación. El último de ellos, recientemente resuelto por el TJUE, ha venido a poner de relieve que también el Tribunal Europeo alberga dudas sobre la viabilidad del principio de territorialidad para la aplicación de los Reglamentos de coordinación, cuando la actividad se presta a bordo de buques con pabellones de conveniencia.

El Asunto *Bakker* venía a resolver la controversia acerca de la aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social a un trabajador neerlandés, el Sr. *Bakker*, residente en España, que ejercía su actividad a bordo de dragas con pabellón holandés para una empresa establecida en los Países Bajos. El Sr. *Bakker* consideraba que no debía aplicársele la legislación neerlandesa ni era aplicable el Reglamento de coordinación, entre otras razones⁵¹, porque su actividad se desempeñaba fuera del territorio de la Unión Europea, principalmente en aguas territoriales chinas y en los Emiratos Árabes Unidos. El Tribunal consideró que la circunstancia de que las actividades se desarrollasen fuera del territorio de la Unión no tenía incidencia en el asunto, al prestar servicio a bordo de una draga de pabellón holandés y para una empresa establecida en ese mismo Estado y, por tanto, sujeta a la legislación de Países Bajos. En el asunto de referencia el Tribunal utilizó el criterio del Estado de pabellón para determinar la normativa aplicable, ya que consideraba que el abanderamiento en los Países Bajos era un vínculo suficientemente estrecho para permitir la conexión con el territorio de la Unión Europea⁵².

Ahora bien, es el Asunto *Kik* el que a nuestro juicio introduce un nuevo enfoque de especial interés, puesto que puso de manifiesto el problema de los pabellones de conveniencia. El Sr. *Kik* es un nacional y residente neerlandés que trabajaba para una sociedad establecida en los Países Bajos a bordo de un buque colocador de tuberías con

⁴⁸ Aunque con motivo de la aplicación del Reglamento 1408/1972, antecesor del 883/2004 vigente. Sobre la actuación del TJUE en estas cuestiones, véase MIRANDA BOTO, J.M., “La Seguridad Social de los trabajadores del mar en los Reglamentos Europeos”, en VV.AA. (CABEZA PEREIRO, J., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., coord.), *El Trabajo en el Mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Albacete, Bomarzo, 2015, págs. 265-278, del mismo autor “El trabajo en el mar en la jurisprudencia comunitaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Emigración*, núm. 82, págs. 417-434.

⁴⁹ Sentencia de 7 de junio de 2012, Asunto C-106/11, *M.J. Bakker y Minister van Financiën*.

⁵⁰ Sentencia de 19 de marzo de 2015, Asunto C-266/13, *L. Kik y Staatssecretaris van Financiën*.

⁵¹ También alegaba que la draga no es un buque, cuestión descartada por el Tribunal ya que no se establece nada en tal sentido en el Reglamento y porque están matriculadas e inscritas en el Registro neerlandés de buques.

⁵² Este mismo criterio se había utilizado en la Sentencia de 29 de junio de 1994, asunto C-60/93, *R.L. Aldewereld y Staatssecretaris van Financiën*.

bandera panameña. Posteriormente, el trabajador, aunque siguió prestando los mismos servicios en el mismo buque y bajo la misma bandera, comienza a ejercer la actividad para una sociedad establecida en Suiza. Durante el tiempo que el Sr. *Kik* desempeñó sus servicios para la entidad establecida en Suiza, su trabajo se situó tanto fuera del territorio de la UE, como en plataformas continentales adyacentes a un Estado tercero, en aguas internacionales y a la altura de la plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros. Por tanto, el Sr. *Kik* entendía que no le era de aplicación la normativa de Seguridad Social neerlandesa. En puridad conforme al articulado del Reglamento de coordinación la norma de Seguridad Social aplicable habría de corresponder a la del pabellón del buque, en consecuencia, sería la legislación panameña encontrándose la actividad fuera del ámbito del Reglamento de coordinación. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, haciendo uso de una orientación que ya había seguido en otras ocasiones aunque para otras actividades⁵³, entendió que existía una vinculación suficientemente estrecha entre la relación laboral y el territorio de la Unión por diversos factores, esto es, el lugar de residencia del trabajador y el lugar de establecimiento de la empresa, Países Bajos y Suiza, respectivamente. Es significativo que utilice para vincular esta situación al ámbito de aplicación del reglamento, las reglas aplicables a trabajadores que son contratados por empresas establecidas en la UE para realizar su actividad fuera de la Unión⁵⁴. El TJUE emplea sin vacilar, a tal efecto, disposiciones que no se aplican a trabajadores a bordo de buques, eludiendo el criterio tradicional del pabellón como lugar de realización de la actividad, ya que hubiera dado como resultado la inaplicación del Reglamento de coordinación⁵⁵. Finalmente, resuelve en base a los elementos de vinculación con la legislación de los Estados miembros y establece que un trabajador nacional de un Estado miembro, que ejerza fuera del territorio de la Unión una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque de pabellón de un Estado tercero, pero que trabaje para una empresa establecida en territorio de la UE estará sujeto a la legislación de éste último Estado, salvo que ello conlleve la afiliación a un régimen de seguro voluntario, o no supusiese la afiliación a régimen alguno de seguridad social, en ese caso se aplicaría la legislación del Estado de residencia del trabajador.

Por tanto, la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos permite reflexionar sobre la problemática de aplicación de la norma del Estado de pabellón⁵⁶, y la necesidad de revisar los criterios, para la determinación de la normativa aplicable.

5. CONCLUSIONES

La situación de los trabajadores del mar respecto a la normativa de aplicación a sus relaciones jurídico-laborales es especial. Así, cuando se trata del desempeño de actividades a bordo de buques todas las normas que establecen la vinculación a un régimen determinado de seguridad social, recogen disposiciones específicas anudadas al

⁵³ Vid. Sentencia de 30 de abril de 1996, asunto C-214/94, *Ingrid Boukhalfa y Bundesrepublik Deutschland*.

⁵⁴ Vid. Considerandos 48-49 Asunto *Kik*.

⁵⁵ Véase considerandos 56, 59 y 60 de la Sentencia citada que aplica, como se ha referido, el Reglamento 1408/1972.

⁵⁶ En la misma línea vid. FOTINOPOULOU BASURKO, O., “¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 5, 2015, Editorial Laborum, págs. 63-96.

Estado de pabellón. Es visible que en estas actividades el lugar de prestación habitual suele ser incierto, pero el recurso a una ficción legal como es el Estado de pabellón del buque permite eludir normas de previsión social que en otro caso serían de aplicación.

De lo anteriormente expuesto se extrae que esta circunstancia puede originar problemas para encuadrar al trabajador en un régimen de seguridad social por su conexión con más de un ordenamiento jurídico, ya que la actividad es por su propia naturaleza transnacional, lo que también se produce respecto al régimen jurídico regulador de los contratos de trabajo –o contratos de embarco– que subyacen en la misma actividad. En estos casos, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ha introducido criterios de aplicación distintos, a partir de la ley elegida por las partes, aunque sin que pueda privarse al trabajador de la protección que le brindan las normas de carácter imperativo que serían aplicables en defecto de elección. No obstante, en defecto de elección, se habrá de acudir a otros criterios, en primer lugar a la ley del país en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo, *lex loci laboris*. En segundo lugar, se atenderá a la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador, *lex loci celebrationis* y, por último, se tomará como elemento de aplicación, aquel ordenamiento jurídico con el que el contrato presente vínculos más estrechos, sin tener en cuenta los criterios anteriores y corrigiendo las reglas de aplicación.

En nuestra opinión, el criterio del Estado de pabellón resulta adecuado cuando existe conexión directa entre el buque y la bandera que enarbola y, en consecuencia, concurren vínculos estrechos entre ellos. Por las mismas razones, conectar la normativa a la residencia de empresario y trabajador cuando ambas se encuentran en el mismo Estado entendemos que es apropiada pero sigue permitiendo eludir disposiciones que, de otra forma, serían aplicables. En este sentido, la corrección, que figura en la Ley 47/2015, reguladora del régimen especial de seguridad social para el sector marítimo pesquero, sobre el principio de territorialidad, aunque adecuada, deviene insuficiente. Como se ha señalado en páginas anteriores, los problemas surgen con los pabellones de conveniencia, a los que no se hace extensiva la regla antecitada, ya que limita la aplicación de nuestras normas de Seguridad social al trabajador -nacional o residente-retribuido por empresa con sede en España, embarcado en buques de bandera de países UE o de países con los que España hubiera firmado un convenio de seguridad social. Por tanto, nos preguntamos si no sería más adecuado, en lugar de tomar como criterio de determinación de la normativa aplicable el Estado de pabellón que, en definitiva, no es más que una ficción legal, introducir con carácter general el recurso a los vínculos más estrechos, en la línea señalada por el TJUE. Esta modificación de los criterios existentes para el encuadramiento en las normas de Seguridad social, los Convenios y los Reglamentos de coordinación, permitirán proteger adecuadamente a los trabajadores del mar.

Capítulo XI. Las obligaciones y responsabilidades del armador en los instrumentos supranacionales

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

Resumen

Al ser el buque el centro de trabajo de la gente de mar se crea una ficción por la que se entiende que aquel forma parte del territorio del Estado donde se registra. Este factor, entre otros, ha dificultado la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a las relaciones jurídicas marítimas; a la par que ha provocado el ser un punto de confluencia de las leyes promulgadas por los distintos Estados. La movilidad laboral marítima ha suscitado la problemática de conocer la normativa aplicable a las relaciones jurídicas nacidas en este sector, que es sinónimo por antonomasia de movilidad. En tanto, la Comunidad Internacional ha formulado diversos instrumentos para proteger los derechos de los trabajadores. En este sentido, nuestra disciplina se enfrenta a una encrucijada, la de dar una respuesta firme para atender la lamentable situación que padece la gente de mar.

Abstract

Since the vessel is the working place of seafarers, it is misunderstood that it is a part of the country where it is registered. This factor, among others, has difficulties into the application of Labour Law and Social Security regulations to the rules of the maritime relationship between these workers and the ship-owners. At the same time, it has become a meeting point of many laws enacted by different governments. Maritime labour mobility has raised the necessity of researching the applied regulations to legal rules on this sector, which has always been closely linked with mobility. Meanwhile, the International Community has developed various instruments to protect the workers rights. Thus, we face a crossroads where we have to give a determined response to the regrettable situation faced by seafarers.

1. La situación socio-laboral de la gente de mar ante un escenario de desregularización

La gente de mar queda sujeta al desarrollo de una actividad marcada por singulares factores; entre ellos: la asunción del riesgo inherente al trabajo realizado, la penosidad laboral o las largas estancias fuera del hogar. Unos factores que se tornan más intensos cuando el marino se enrola en buque con bandera de conveniencia (BdC)¹.

Además, si la migración es de por sí dura se puede volver dramática cuando el marino embarca en una de estas naves; pues quedan empleados bajo legislaciones que están muy alejadas del prisma occidental. Se trata de ordenamientos jurídicos donde es natural la inexistencia de derechos sociales y la nula protección al trabajador frente a cualquier forma de abuso: despido libre, bajos salarios, pésimas condiciones de vida a bordo de un buque antiguo y subestándar que no mantiene los requisitos mínimos de

¹ La BdC es un término peyorativo para calificar a los países que permiten el registro de buques bajo su bandera sin exigir el cumplimiento de un mínimo legal de condiciones ambientales, fiscales y laborales; obviando con ello los instrumentos internacionales. Son paraísos fiscales para los armadores pues gozan de libertad para explotar sus buques y dirigir al personal empleado. De este modo, los Estados carecen de un ordenamiento jurídico que proteja a los trabajadores del mar. El registro es un acto administrativo por el que un buque adquiere la nacionalidad del Estado donde el armador lo matricula. Así, el buque forma parte del Estado y se aplica a los trabajadores la legislación laboral y de seguridad social de su nacionalidad. Así, lo prevé el art. 91 de la Convención de las Naciones Unidas del Derecho en el Mar de 1982 (CNUDM) y el propio Código Civil Español en su art. 10.2.

habitabilidad. Además, la legislación aplicable a los trabajadores no reconoce derechos mínimos como: formación, tiempo libre para bajar a puerto, atención médica o, ya en el plano que nos ocupa, un sistema obligatorio de Seguridad Social que prevea protección social. Por tanto, los marinos empleados en este tipo de buques quedan privados de derechos laborales, sociales y humanos; pues éstos son inobservados por los Estados de abanderamiento al carecer de mecanismos o del deseo de imponer y controlar el cumplimiento del mínimo legal. Así, la violación de esos derechos se invisibiliza y es ignorada por las autoridades públicas y por la población en general.

Si retomamos los factores que determinan la situación socio-laboral de la gente de mar hay que acudir al centro de trabajo donde se desarrolla esta actividad: el buque; es por definición móvil e itinerante y navega por las aguas jurisdiccionales de muy diversos Estados. Estos elementos dificultan la aplicación de las normas laborales y sociales; a la par, son el punto de confluencia de diversas leyes². Es esta posibilidad de confluencia la oportunidad de nuestro estudio; pues la concurrencia de normas promulgadas por los diversos Estados crean divergencias entre los derechos de los trabajadores que se desplazan dentro del marco comunitario e internacional. Es por ello que en justificación de la igualdad de trato y en garantía de la libre circulación de trabajadores se crean instrumentos para coordinar las legislaciones nacionales aplicables y para evitar las complicaciones que se derivan de esta confluencia. A ello responde el Reglamento 338/2004 y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

1.1. La globalización marítima: necesidad de una normativa internacional

Se afirma que la industria marítima es el paradigma de la globalización y el pilar del capitalismo³, pues es un negocio en el que actúan sujetos de una multiplicidad de países⁴. La diversidad de actores que operan en el transporte de mercancías por el globo terráqueo puso de manifiesto la imperiosa necesidad de prever instrumentos legislativos de carácter supranacional para proteger los derechos del trabajador del mar.

Pues bien la Comunidad Internacional ha reconocido que los Estados son libres para recoger los requisitos de inscripción en su registro que conceden la nacionalidad al buque⁵ pero, ha matizado esta libertad exigiendo que existiera una relación auténtica entre ambos. La sujeción a este deber *genuine link* se concreta en el deber del Estado de ejercer su jurisdicción y su autoridad sobre aquellos buques que enarbolan su pabellón. Sin embargo, dada la vaguedad con la que está formulada, la respuesta ha sido ineficaz

² En mayor profundidad, léase CARRIL VÁZQUEZ, XM., *Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia*, Pamplona, Civitas SA, Revista española de Derecho del Trabajo, 108/2001, BIB/2001/1741.

³ En la industria marítima las empresas actúan con libertad y sin sujeción a injerencias externas públicas en temas socio-laborales; así es el paradigma y la forma más perfecta del capitalismo que exige propias reglas. Además, la industria marítima se anticipó en décadas en la globalización económica con respecto a otros sectores. En: RUIZ SOROA, J., <http://www.caffereggio.net/2006/05/28/un-caso-la-mar-de-instructivo-de-jose-maria-ruiz-soroa-en-el-pais-del-pais-vasco/> (Acceso: 12 de dic. de 15).

⁴ Es usual que un buque se construya en un astillero asiático, se registre bajo bandera de una isla caribeña, se asegure en el Reino Unido, y se flete a un agente danés que contrata a oficiales ucranianos y marineros filipinos con la intermediación de una agencia de colocación establecida en Chipre. Además, que transporte productos fabricados en Alemania que tenga destino cualquier lugar del mundo, y realizar la operación en un puerto español pero dentro de una terminal concesionada a un operador coreano.

⁵ Principalmente la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre el alta mar y la CNUDM.

al problema de las BdC. La evidencia es que la situación de la gente de mar no ha mejorado por la formulación de este deber de vínculo real.

En esta línea, destacamos el afán constante de instituciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para la protección de la gente de mar. En este esfuerzo se adoptó el Convenio del Trabajo Marítimo (CTM 2006)⁶ que refundió y actualizó un gran número de normas sobre el trabajo marítimo. Sin embargo, la Seguridad Social no se refundió pues el Convenio núm. 171 OIT sobre las pensiones de la gente de mar de 1946 no se agregó el corpus del Código. Además, la actualización provocó que los Convenios incorporados fueran una versión flexibilizada⁷. Si sumamos el desinterés de los Estados por cumplir por cumplir la norma de la OIT⁸; podemos reconocer que el proyecto final del CTM 2006 en protección social ha quedado en una versión atenuada y poco comprometida.

El CTM 2006 recoge la Seguridad Social en el Título 4 conviniendo un elenco de derechos para la gente de mar⁹. Como contraparte impone a los armadores y a los Estados ratificantes deberes que se pueden concretar para los Estados en garantizar el acceso a la protección social y atención médica; en tanto que los armadores deben asumir los costes cuando el marino sufre ciertas contingencias¹⁰. La Seguridad Social está limitada al prever como Pauta, por tanto es opcional, que el Estado de residencia y el Estado de abanderamiento determinen medidas para prestar la protección social; supeditando o flexibilizando las mismas a determinados condicionantes.

En este punto acudimos a la posibilidad que arbitra el CTM 2006 para cumplir con la obligación de protección del Estado de residencia. De modo que faculta a éste a tomar medidas acordes con sus circunstancias nacionales para proveer de protección social complementaria. Esta responsabilidad puede venir determinada por la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales o de sistemas basados en cotizaciones. Asimismo, habilita a los Estados a determinar otras reglas sobre la legislación en materia de

⁶ Se adoptó en la 94ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo el 23 de febrero de 2006 y entró en vigor en agosto de 2013. Es considerado como el Código de Trabajo internacional de la gente de mar.

⁷ Los Convenios N.º.164 sobre la protección de la salud y la asistencia médica, de 1987; N.º.147, sobre normas mínimas en la marina mercante, de 1976; N.º.165, sobre la seguridad social de la gente de mar, de 1987 se incorporaron en su versión actualizada al CTM 2006. Se actualizaron preceptos que permiten condicionar el cumplimiento de las responsabilidades a la legislación y práctica de cada Estado, o que prevén como opcional lo que antes era obligatorio. A modo de ejemplo, vid. Regla 4.1 y Pauta B.4.1 del CTM 2006 comparada con el Art. 13 del Convenio N.º 164.

⁸ Los Convenios Internacionales «aparecen como una especie de referentes áulicos, con escasa y muy poco relevante aplicación práctica, de tal forma que más que aplicarse directamente, los convenios devienen algo así como meros principios inspiradores, sin traslación efectiva y concreta, cuando no son expresamente incumplidos». FALGUERA BARÓ, MG.: *La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral*, <http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/nrevista.asp>, Revista On-line de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia, Núm.123 agosto 2012 (Acceso: 12 de dic. de 15). De hecho, los sindicatos denuncian a España por incumplir las obligaciones internacionales.

⁹ Un estudio detallado de las mismas por CARRIL VÁZQUEZ, XM.: *La Seguridad Social de la gente de mar en el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 36, Madrid, Iustel, 2014, págs. 249-260.

¹⁰ Entiéndase en caso de accidente, enfermedad o muerte con el nexo causal en el trabajo. El CTM 2006 guardaba silencio sobre el deber de asumir las consecuencias del abandono de la gente de mar. En este sentido, se pronunciará, tal y como veremos más adelante, las Enmiendas al CTM 2006.

Seguridad Social a través de estos acuerdos o a través de las disposiciones adoptadas en el marco de las organizaciones de integración económica regional. Por tanto, esta previsión podría ser el asidero de los instrumentos supranacionales: el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y el Reglamento 883/2004 de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la UE. Así, conoceremos las responsabilidades y obligaciones previstas en ellos para el armador, y la aplicación de la ley a las relaciones laborales. Antes de ello, realizaremos un esbozo de la problemática que acaece ante una situación de abandono y de la consideración de éste como un riesgo social.

1.2. Una problemática concreta: la situación de la gente de mar abandonada

Una dificultad en el estudio del abandono es la ausencia de un término que lo delimite. Así, sintetizando los instrumentos promulgados, un marino es abandonado cuando su armador deje de sufragar el coste de su repatriación, el pago de salarios, o la manutención y gastos para vivir: alimentación, alojamiento, atención médica; también cuando deje al capitán sin medios para explotar el buque. Estos elementos delimitan el incumplimiento del empleador como sujeto responsable de las obligaciones, y provocan la ruptura unilateral de los vínculos que le unían al trabajador¹¹.

Por otro lado, el abandono de la gente de mar puede devenir por diversas causas que van desde la insolvencia del armador a la inmovilización del buque en el puerto por orden de la autoridad competente ante el incumplimiento de medidas de seguridad, sanitarias o laborales. Del estudio de las causas se ha vislumbrado por la doctrina que el abandono es una consecuencia más del deterioro de las condiciones de trabajo; un deterioro que viene provocado por el uso desmesurado de las BdC¹². En este escenario los trabajadores se enfrentan a situaciones infrahumanas, pues no solo están a expensas del cobro de sus salarios, sino que conviven con unas condiciones de vida marcadas por no tener a bordo del buque los medios necesarios para vivir con dignidad; tales como: agua, comida, medicina, electricidad o medios de comunicación. Estos factores llegan a alterar la salud y la integridad moral y física de los trabajadores, hasta tal punto que, tal y como relataremos, podríamos configurar esta situación como un riesgo social específico de los trabajadores del mar; riesgo que se materializa provocado por la concurrencia de una serie de causas, cuyo origen versa en la prestación de servicios del marino.

En este punto nos planteamos si estamos ante una situación de necesidad; la doctrina entiende que el abandono escenifica una situación de necesidad pues el marino no recibe salario e incurre en gastos a bordo del buque, incluso hace frente a su propia repatriación¹³. Pues bien, como cada país determina las concretas situaciones que se

¹¹ Vid. Resolución A. 930 (22) de la OMI aprobada en el 2001 sobre Directrices sobre la provisión de garantía financiera para los casos de abandono de la gente de mar Resolución, Artículo 2.1, párrafo 3º. Este instrumento se engendró en el seno de un Grupo creado entre la OMI y la OIT para atender, entre otras, el problema del abandono; y al que haremos referencia más adelante.

¹² Las BdC son un recurso consustancial al sistema capitalista y a la globalización, que exige a los actores lidiar bajo una competencia feroz. Ante ello, los armadores presionan para que los poderes públicos no intervengan en las relaciones laborales, por ende, apuesten por la desreglamentación laboral en el mar.

¹³ Así lo entiende, y nos sumamos a este considerando, uno de los expertos en Seguridad Social marítima del panorama español con su aportación a VV.AA.: *Derechos del hombre y trabajo marítimo: Los marinos abandonados, el bienestar y la repatriación de los trabajadores del mar*, FOTINOPOULOU BASURKO, O., (Dir.), En: CÁRRIL VÁZQUEZ, XM., *El régimen jurídico* (...)

encuadran dentro del estado de necesidad, vamos a acudir a dos principios que informan el sistema de Seguridad Social español: universalidad objetiva y generalidad objetiva.

Bajo el amparo del primer principio, «cualquier ciudadano – sin el condicionamiento de haber establecido previamente una regulación jurídica específica con la seguridad social, sino meramente por el mero hecho de serlo – tendrá derecho a que la seguridad social le atienda cuando se vea afectado por una determinada situación de necesidad»¹⁴. Por lo tanto, el principio se activará ante la situación de necesidad, independientemente de la situación profesional del marino y de su previa cotización al sistema. En este sentido, entendemos que el sistema público de Seguridad Social no puede desatender a estos trabajadores, sea cual sea su nacionalidad, pues una función estatal no puede quedar en manos exclusivas de las compañías de seguro privadas.

Bajo el amparo del segundo principio, el sistema debe garantizar prestaciones sociales y asistencia ante situaciones de necesidad; y otorgarlas sea cual sea la causa que provocó esa necesidad. De este modo, lo digno a proteger es la situación de necesidad. Así, «la única contingencia que cuenta es la carencia de recursos necesarios para vivir»¹⁵. Precisamente así, la Seguridad Social se podría diferenciar del sistema de Seguros Sociales articulado en torno a la contingencia. Ahora bien, la selección de la contingencia a proteger tiene como base la probabilidad de que ese riesgo sea potencial de convertirse en una situación de necesidad. En el siguiente apartado conoceremos la posibilidad de concebir el abandono de la gente de mar como un riesgo laboral.

1.3. La concepción del abandono como un riesgo social

En líneas anteriores expusimos que el abandono altera la salud y la integridad moral y física del trabajador hasta tal punto que podemos entender que estamos ante un riesgo específico del trabajador del mar; por ser un riesgo cuyo origen está en las condiciones de trabajo en las que presta el servicio el marino. Es este un punto crucial de nuestro estudio, pues si se determinara legalmente que la gente de mar está expuesta a este riesgo «daría lugar a una contingencia o situación protegida, puesto que nada impediría de esta manera, que las prestaciones correspondientes se financiasen exclusivamente por cuenta del empresario del mar vía cotizaciones, teniendo en cuenta que el responsable de que exista el riesgo y de que se materialice es precisamente el empresario del mar»¹⁶.

Además, al hilo de lo apuntado el abandono ocasiona al marino una situación de necesidad, por lo que se debe prever un mecanismo que garantice protección. El legislador español bajo la presión de la OIT, reguló el RD 869/2007 y su norma de desarrollo¹⁷. Pues bien, la propia Exposición de Motivos del RD ya califica el abandono como un riesgo para el trabajador atendiendo a las causas lo provocan, sobre todo en un

español de protección social de los trabajadores del mar en casos de abandono, Vitoria, Eusko Jaurlaritz, 2009, págs 224-229.

¹⁴ Cfr. ALARCÓN CARACUEL, MR.: *La Seguridad Social en España*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pág. 72.

¹⁵ En este sentido, Cfr. ALARCÓN CARACUEL, MR.: *La Seguridad Social en España*, Op. Cit. pág. 81.

¹⁶ Tesis, a la que nos sumamos, mantenida por CÁRRIL VÁZQUEZ, XM.: *El régimen español de la protección social de los trabajadores del mar en casos de abandono*, Op. Cit., pág. 227.

¹⁷ RD 869/2007, de 2 de julio, por el que se regula la concesión de prestaciones asistenciales en atención a las situaciones especiales derivadas del trabajo en la mar para trabajadores y beneficiarios del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y se establecen determinados servicios a los trabajadores del mar. Publicado en BOE núm. 168 de 14 de Julio de 2007, con vigencia desde 15 de Julio de 2007; desarrollado reglamentariamente por la Orden núm. TAS/29/2008, de 15 de enero.

puerto extranjero. La protección que garantiza el RD se concreta en prestar servicios de asistencia en el extranjero para el sostenimiento y la repatriación de los trabajadores del mar en caso de abandono por empresas insolventes¹⁸. De la lectura de estas normas se desprende que la mayor complejidad es la acreditación de la situación de necesidad; pues son procedimientos administrativos que se dilatan en el tiempo. Esta parsimonia burocrática se traduce en que la gente de mar queda desprotegida y al amparo de instituciones benéficas y de organizaciones sindicales.

En este momento, nos planteamos la protección que se debe brindar al marino abandonado, pues bien habría que diferenciar entre trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social español de los que no lo están. Para el primer colectivo se apunta a la protección del propio régimen de Seguridad Social o bien a concertar un convenio especial de Seguridad Social. Para el segundo colectivo se apunta a mantener el servicio actual de la asistencia en el extranjero y de asistencia a transeúntes; y que se complemente con la tramitación de un seguro privado¹⁹.

El mecanismo del seguro privado no es una solución ajena a las intenciones de los agentes marítimos; de hecho estuvo presente en las deliberaciones del Grupo Mixto especial de expertos OMI/OIT sobre responsabilidad e indemnización respecto de las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono de la gente de mar (Grupo Mixto). Sobre la oportunidad y los trabajos de este Grupo Mixto volveremos más adelante para conocer la prevalencia del seguro privado frente a la acción protectora de la Seguridad Social como mecanismo de garantía financiera para cubrir el abandono²⁰. En este contexto nos interesa adelantar que la Enmienda al CTM 2006 incluye una garantía financiera para cubrir el abandono de la gente de mar.

2. La encrucijada del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la situación de la gente de mar

En un punto anterior anotamos que los caracteres singulares de la industria marítima han propiciado la dificultad de aplicar las normas laborales y sociales a sus relaciones jurídicas; y que en este contexto se ha mantenido como principio hegemónico la ley de pabellón para conocer la legislación aplicable a aquellas relaciones. Sin embargo, el peculiar protagonismo de las BdC en la globalización marítima y su íntima relación con buques subestándares, que son nexos causales de accidentes marítimos y desastres medioambientales, han estimulado que las autoridades públicas se vean obligadas a intervenir en la organización marítima para regular materias del orden de la seguridad marítima. Pues bien, la preocupación por las condiciones medioambientales ha suscitado un creciente interés por mejorar las condiciones de trabajo, entendiendo de la relación directa entre estas últimas y la probabilidad de accidentes en el mar.

¹⁸ El art. 10 del RD contempla los sujetos que podrán ser beneficiarios de este tipo de servicios. El Instituto Social de la Marina adelantaría el importe causado por estos gastos en base a la repatriación y al mantenimiento esencial de la gente de mar. La cuantía de los servicios y la documentación que solicita el ISM están previstos en el art. 3 de la Orden TAS. Esa misma orden estipula el procedimiento para la reclamación a determinados actores de los gastos ocasionados por la prestación de los servicios al marino.

¹⁹ Soluciones aportadas por CÁRRIL VÁZQUEZ, XM.: *El régimen jurídico español...* Op.Cit., pág. 227.

²⁰ El mecanismo de Seguridad Social siempre es peliagudo de negociar, así en el seno del Grupo Mixto, los actores mostraron serias reticencias a esta opción, que sin embargo finalmente fue incluida en el texto final de Enmiendas al CTM 2006, tal y como veremos en un epígrafe posterior.

En este escenario, asistimos a una reorientación del modelo, en el que gozan de mayor protagonismo el papel y la jurisdicción de las naciones. Tal es así, que algunas investigadoras respaldan que se trata de la publicación del modelo de las relaciones laborales marítimas²¹. En esta reorientación tiene un rol fundamental el CTM 2006 al prever un sistema en el que el Estado pabellón cede jurisdicción sobre las relaciones laborales al Estado rector del puerto. En concreto, este último podrá controlar las relaciones laborales, restando el protagonismo que ha ostentado tradicionalmente la hegemonía de la ley pabellón. Nos parece interesante adelantar que esta supremacía ha sido recientemente replanteada por el Tribunal Europeo, tal y como veremos después.

Por consiguiente, la encrucijada del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se centra en la necesidad de regular la responsabilidad del empleador, ya sea en forma de armador o de cualquier otra figura²², en el terreno de las relaciones laborales. En este sentido, habrá que acudir a los instrumentos de coordinación que existen para conocer los regímenes existentes, así como a algunos pronunciamientos judiciales que están siendo reveladores. Esta tarea será valedora para cuestionarse el alejamiento de la ley de pabellón. Por ende, el dilema se traza en dibujar otros principios rectores para conocer la norma aplicable y la responsabilidad de los actores marítimos.

2.1. La inclusión de la responsabilidad del armador en el Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004 y en el Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social

Antes de conocer la inclusión de la responsabilidad del armador en ambos instrumentos, nos gustaría insistir en la demostrada ineficiencia de aquellas normas que provienen de instituciones como la OIT. El motivo de esta ineficiencia se fundamenta en el proceso de nacionalización que estamos viviendo desde hace unos años. Es cierto que, en un principio, existía una clara tendencia internacionalista de la disciplina iuslaboralista, pero ésta posteriormente quedó quebrada. Así, los Convenios y Tratados Internacionales se quedan en meros principios inspiradores, sin traslación práctica y sin ser cumplidos. De este modo, estamos siendo espectadores de la regresión nacional en una disciplina que había nacido bajo el auspicio internacional²³. En este sentido, si los Estados persisten en la tendencia de no aplicar o trasladar la norma internacional a su ordenamiento jurídico interno, la garantía financiera prevista por la Enmienda al CTM 2006, que previsiblemente entrará en vigor en enero de 2017, será un fracaso para resolver el problema del abandono, y quedará en una simple declaración de principios.

Pues bien, a pesar de esta aseveración cabría puntualizar que el fenómeno de la nacionalización del Derecho del Trabajo se predica sobre todo en la vertiente individual y en la vertiente colectiva de esta disciplina; pero que sin embargo, no es así en «su inevitable pareja de hecho, el Derecho de la Seguridad Social»²⁴. En otras palabras, parece que la vertiente de la Seguridad Social, a pesar de ser por definición nacional, el

²¹ La profesora FOTINOPOULOU BASURKO así lo ha venido defendiendo en sus últimas publicaciones e intervenciones.

²² Téngase en cuenta que dada la multiplicidad de actores que pueden intervenir en la contratación de la gente de mar, podrá ser responsable, sin el ánimo de ser exhaustivos, el armador, el agente de colocación o el consignatario.

²³ Un estudio sobre esta tendencia en: FALGUERA BARÓ, MA.: *La normativa de la OIT y su traslación...*, Op. Cit.

²⁴ FALGUERA BARÓ, MA.: *La normativa de la OIT y su traslación...* Op. Cit.

movimiento migratorio ha marcado que se traspase las fronteras nacionales. Siendo así, los países han optado por aunar esfuerzos y superar el marco nacional para reconocer derechos a los trabajadores migrantes. El objeto es que la migración no sea en sí misma un obstáculo y es por ello, que en el marco de la Seguridad Social se está logrando superar el marco territorial con la promulgación de instrumentos supranacionales. Desde luego, en la industria marítima la migración es consustancial, por lo que será esencial contar con una adecuada política legislativa supranacional de cara a dilucidar la diferente problemática que suscita el continuo trasiego de contrataciones de trabajadores del mar. El objeto de los instrumentos supranacionales es la necesidad de proteger los derechos de los marinos que pueden verse afectados por la confluencia de legislaciones.

Así, es común que el marino resida en varios Estados a lo largo de su trayectoria laboral y preste servicios en diferentes empresas ubicadas en varios territorios, en buques que navegan bajo BdC de terceros Estados. En este horizonte, se conectan los territorios de los Estados, dentro y fuera del espacio comunitario, por lo que es capital arbitrar mecanismos en Seguridad Social. De otra manera, se torpedearía la movilidad de trabajadores, pues la Seguridad Social se convertiría en un impedimento a ésta.

En el mismo sentido, el modelo supranacional de Seguridad Social no responde a un esquema homogéneo y uniforme; todo lo contrario cada Estado ha diseñado su propio sistema, por lo que se ha dibujado un escenario heterogéneo en el que conviven una amalgama de sistemas²⁵. Actualmente están configurados y financiados por múltiples elementos que divergen unos de otros: sistemas contributivos y/o no contributivos, sostenidos por cotizaciones o a través de impuestos, con base en periodos de residencia o de seguro, protección profesional y/o común, de reparto o de capitalización, por ejemplo. Entendemos que la armonización es un camino muy largo, y que en el espacio de la Seguridad Social es prácticamente irrealizable; sin embargo, este terreno se vuelve más penetrable para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Llegados a este punto, nos interesa acudir al estudio del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004 y del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social para conocer si existe algún precepto que recoja la responsabilidad ante la situación de abandono.

En primer término nos ocuparemos del estudio del Reglamento comunitario. El art. 3.2 incluye dentro del campo de aplicación material las obligaciones del empleador o del armador. Por su parte, el art. 3.4 implanta como excepción que «las disposiciones del título III no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador». Tal y como se ha apuntado por la doctrina, esta previsión es la prueba de la especialidad reguladora de la protección social de la gente de mar; sin embargo, no es óbice para que el armador, como principal responsable de las obligaciones laborales, quede excluido de la aplicación del Reglamento.

En el orden de la aplicación personal del Reglamento, el art. 2 prevé la inclusión de los nacionales de Estados miembros que hayan o estén sujetos a legislación de uno o de varios Estados miembros. Por tanto, para su inclusión en este Reglamento son dos las exigencias: nacionalidad y sujeción a la legislación de algún Estado comunitario.

²⁵ Sobre la evolución histórica de la formación de la Seguridad Social en Europa y en España, leáse, ALARCON CARACUEL, MR.: *La Seguridad Social en España*, Op.Cit., pags. 21-44.

Pero, ¿cuáles serían las obligaciones que se disponen para el armador? En este sentido, nos interesa acudir a un interesante estudio en el que se relaciona el Reglamento comunitario con la problemática que suscita el abandono de la gente de mar²⁶. En este trabajo se acude a las actuaciones de la OIT en relación con el abandono; donde se acordó enmendar el CTM 2006 con la constitución de una garantía financiera para la protección de la gente de mar abandonada.

El origen de la garantía financiera es el Grupo Mixto al que nos referimos anteriormente²⁷. Se creó en 1999 y hasta el 2009 mantuvieron nueve reuniones y varias sesiones intermedias, en cuyo seno se acordó la Resolución A.930 (22) que impregnando de un carácter puramente orientativo y recomendatorio, establecía un sistema de garantía financiera en caso de abandono. Entendemos que la importancia de este Grupo radica en que sus frutos se trasladaron a los debates internos de la OIT de las Enmiendas al CTM 2006.

Pues bien, la garantía es un instrumento para atender las consecuencias que se derivan del abandono, siendo diseñado con el fin de cubrir determinadas circunstancias: la ausencia de ingresos por la falta de cobro de los salarios²⁸, el aumento de los gastos provocados por las necesidades esenciales que soporta el marino²⁹; junto el gasto que le supondría el deseo de volver a su país³⁰. Además, la garantía se proyecta como un apoyo preciso y adecuado al marino abandonado para superar esta incidencia; apoyo que debe brindar el empleador de la gente de mar.

La Enmienda insta a los Estados a que exijan a los buques que enarbolan su bandera a portar esta garantía. Así, los Estados deben velar para que el armador o empleador la constituya. La Enmienda permite que el sistema de garantía pueda consistir en un régimen de seguridad social, un seguro o un fondo nacional u otro sistema similar³¹. De

²⁶ Es de obligado estudio las investigaciones de una gran estudiosa de la Seguridad Social marítima, y es de referencia VV.AA.: *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.). En: VICENTE PALACIO, A.: *El Reglamento 883/2004 y las obligaciones de los armadores en el ámbito de la Seguridad Social*, pág. 66.

²⁷ Para conocer las reuniones y el proyecto final se puede acudir a: VV.AA. SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, MC., *La coordinación de los sistemas...* Op.Cit., pags. 66-82; VV.AA. PETIT LAVALL, MC y PUETZ, A. (Dir.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*. En: BERNAL SANTAMARÍA, F., *Abandono de buques y de gente de mar: La necesidad de un instrumento Internacional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2015.

²⁸ Con respecto a los salarios prevé en su punto I.A.9 a) que la asistencia proporcionada por el sistema de garantía financiera deberá ser suficiente para cubrir los salarios y otras prestaciones pendientes en virtud del acuerdo de empleo, convenio colectivo o legislación del Estado del pabellón; con un límite de cuatro meses de salarios pendientes y cuatro meses del resto de prestaciones pendientes.

²⁹ El punto I.A.c) del Texto de Enmienda del CTM 2006 comprende, entre otros, como necesidades esenciales: alimentación, ropa, alojamiento, abastecimiento de agua, combustible, atención médica.

³⁰ El punto I.A.10 del texto de la Enmienda del CTM 2006 expone que la repatriación comprenderá entre otros, el viaje, el suministro de alimentos y alojamiento a la gente de mar desde el momento en que deja el buque hasta la llegada a su hogar, la atención médica, el transporte de sus efectos personales.

³¹ Cfr. Enmiendas al Código para aplicar las reglas 2.5 y 4.2 y los anexos del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (MLC, 2006), adoptadas por el Comité Tripartito Especial el 11 de abril de 2014, I.A.3. Además, esta Enmienda proclama que todo Miembro deberá velar por que exista, para los buques que enarbolan su pabellón, un sistema de garantía financiera que cumpla los requisitos estipulados en la Enmienda, dando libertad al Miembro para determinar la modalidad del sistema, previa consulta con las organizaciones de armadores y de gente de mar interesadas. Habría que cuestionarse qué ocurriría con aquellos Estados que no cuenten con interlocutores sociales facultados para esta labor.

entre estas modalidades nos interesa subrayar que la Enmienda abre la posibilidad a los Estados a que la garantía derive del sistema de Seguridad Social sin que este limitado por las reglas de nacionalidad o de residencia.

En efecto, la Norma A.2.5.2 en su punto cuarto predica el derecho de toda la gente de mar abandonada a bordo de un buque de pabellón de un Estado miembro, sin que medie restricción en aplicación a las reglas de nacionalidad o de residencia³².

Una vez entendida la previsión que realiza el Reglamento comunitario al respecto de las obligaciones del armador y su relación con el abandono de la gente de mar, es el momento de que en un segundo término acudamos al otro instrumento objeto de nuestro estudio: el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Pues bien, los Estados parte del Convenio constatan que el proceso de globalización y la movilidad de trabajadores conlleva nuevas y complejas relaciones. Es una realidad que evidencia la necesidad de cooperar en el espacio internacional para proveer medidas de protección social. El objeto es garantizar la igualdad de trato y los derechos adquiridos o en curso de adquisición por los trabajadores migrantes de la Comunidad Iberoamericana.

Una cuestión prioritaria será conocer la determinación de la legislación aplicable que dispone el Convenio. Pues bien, la regla general vincula la Seguridad Social a la legislación del territorio donde ejerza su actividad el trabajador³³. Es decir, los sujetos podrán beneficiarse de los derechos y estarán afectos a las obligaciones que estipule el Estado donde efectivamente desarrolla la actividad. Sin embargo, seguidamente el Convenio lista un elenco de reglas especiales para determinar la ley aplicable; y en efecto entre ellas, recoge la previsión para las relaciones marítimas. El presupuesto de la actividad marítima se regula en el art. 10 del Convenio Iberoamericano, que diferencia dos supuestos a los efectos de establecer la norma aplicable.

Un supuesto está regulado en el art. 10 párrafo primero que opta por mantener la ley de pabellón como principio rector. De este modo, la vincula a las actividades, dependientes o no, que se ejerzan a bordo de buque en el mar. Esto es, a la relación jurídica se le aplicará la norma socio-laboral del Estado que de nacionalidad al buque a través del acto de abanderamiento.

El otro supuesto está regulado en el segundo párrafo del art. 10 que declara una salvedad eludiendo el principio de la ley de pabellón. Esta excepción sobreviene cuando el trabajador ejerce su actividad de forma dependiente a bordo de un buque de un Estado parte, pero que sin embargo, es remunerado por una persona, física o jurídica, que tiene su sede o domicilio en el territorio de otro Estado parte. Si bien, exige que el trabajador resida en ese último Estado. Sobre esta base, determina que la legislación aplicable a estas relaciones será la legislación del último Estado, es decir, aquel donde está ubicado el empresario que abona los servicios al trabajador del mar. Por ende, y

³² Por ello, «es preciso diferenciar el alcance del eventual régimen de Seguridad Social: cuando actúa como propia garantía financiera sustitutiva de la que debe exigir a sus buques y cuando actúa en grado de responsabilidad subsidiaria». Cfr. VV.AA.: CABEZA PEREIRO, J. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*; En: VICENTE PALACIO, A.: *Garantías financieras en caso de abandono de gente de mar: las Enmiendas al Convenio de Trabajo Marítimo (2006) y sus consecuencias para España y la Unión Europea*, Albacete, Bomarzo, 2015, pág. 224.

³³ Vid. art. 4 del Convenio Multilateral Iberoamericano. Esta es la regla general reiterada en el art. 9.

desde la perspectiva socio-laboral, será empleador o empresario aquel que abone la actividad desarrollada por el trabajador del mar.

En base a lo esgrimido, ya podemos aclarar que las obligaciones y las responsabilidades del armador y del resto de actores estará determinada por el Estado de pabellón en el primer supuesto; en tanto que para el segundo de los supuestos estarán determinadas por el Estado en el que se establece el empleador que abona la retribución del trabajador.

Por cuanto al campo de aplicación personal, el art. 2 del Convenio anuncia que serán quienes estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios Estados parte. En tanto que para el campo de aplicación material, el Convenio se limita a contar con instrumentos de coordinación para el tema de las pensiones y prestaciones económicas por las siguientes ramas de actividad: invalidez, vejez, supervivencia accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Podemos apuntar que el Convenio ha optado por excluir de su campo de aplicación las prestaciones médicas³⁴. Por último, no realiza previsión alguna sobre el riesgo de abandono de la gente de mar.

2.2. Unos apuntes jurisprudenciales sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el replanteamiento de la ley de pabellón

En líneas anteriores expusimos la dificultad de aplicar la norma laboral y social a las relaciones marítimas y que en este sector ha sido tradicional el mantenimiento de la ley pabellón como criterio aplicable a las cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón³⁵. En el panorama comunitario desde la óptica sustantiva este principio no se ha llegado a discutir. Así, cabe recordar que el Reglamento 883/2004 mantiene el principio de la ley de pabellón. Sin embargo, hemos apuntado que el Convenio Iberoamericano sí que prevé una excepción al principio vinculada al sujeto que abone los salarios al trabajador del mar³⁶.

La base de este apunte jurisprudencial es el análisis de la Sentencia TJUE de 19 de marzo de 2015³⁷, con el objeto de interpretar el Reglamento 1408/71³⁸, predecesor del Reglamento 883/2004. Este asunto versa sobre si el Reglamento comunitario es aplicable a una concreta situación; si un trabajador a bordo de un buque con bandera panameña puede quedar comprendido dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Comunitario, y en su caso, la normativa que sería aplicable. El interés de esta sentencia se proyecta porque el Tribunal discute el mantenimiento de la ley de pabellón aún cuando al trabajador le sería aplicable la legislación panameña en virtud de ley de

³⁴ Estas categorías de prestaciones están desarrolladas en el Título II del Convenio.

³⁵ El art. 94 de la CNUDM estipula la jurisdicción y el control a ejercer por el Estado pabellón.

³⁶ Vid. art. 10 párrafo segundo del Reglamento Comunitario y art. 11.4 del Convenio Iberoamericano.

³⁷ En este aspecto, nos interesa acudir a un estudio reciente de FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “¿Es necesario formular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley de pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, N.º. 5, 2015, págs. 63-73. Pues bien, esta Sentencia conocida como el caso KIK, alborotará la hegemonía de la ley de pabellón.

³⁸ Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social; que fue sustituido por el Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y que es aplicable desde el 1 de mayo de 2010. Por tanto, desde esta fecha el Reglamento 1408/71 está derogado, pero se mantienen para los asuntos ocurridos en el pasado.

pabellón. Sin embargo, el Tribunal descarta este principio y entiende que el trabajador está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento³⁹. De este modo, interpreta que la norma comunitaria puede aplicarse a las actividades realizadas fuera de su territorio.

Además, esta tendencia ya había sido mantenida en pronunciamientos anteriores por el mismo Tribunal⁴⁰. En este contexto, exigía para que la norma comunitaria pudiera producir efectos fuera del territorio de la Comunidad cuando la relación laboral mantenga un vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio de la Comunidad. Los elementos fácticos de los que se valía el Tribunal para dibujar y perfilar este vínculo eran de diversa índole, creando de este modo lo que se ha denominado como un haz de indicios⁴¹.

Pues bien, en la Sentencia Kik a diferencia de pronunciamientos anteriores, el Tribunal considera que el trabajo realizado por el trabajador del mar no es efectivamente ejecutado en territorio comunitario⁴². Sin embargo, aún así, deviene que no será un motivo que determine la exclusión del trabajador del ámbito de aplicación personal del Reglamento. Es decir, a pesar de que la prestación laboral se realiza en Panamá, y de entender el Tribunal que no es asimilable a una prestación realizada en el territorio de la Comunidad, concreta que éste no será un motivo para excluir al trabajador del ámbito de aplicación del Reglamento. De este modo, el Tribunal flexibiliza los elementos que fundamentarán la extensión de la norma social comunitaria a las relaciones laborales realizadas fuera de su ámbito territorial. Este fundamento hace tambalear los cimientos del principio de la ley de pabellón como el criterio supremo para sujetar la relación laboral al sistema de Seguridad Social que tradicionalmente se ha mantenido en la industria marítima.

En sintonía con lo expuesto, entendemos que esta es la llave que opera para abrir el retiro de la ley de pabellón. Por tanto, el Tribunal se ha encargado de desmitificar este principio con elementos flexibilizadores. Con el camino trazado ha sorteado la CNUDM para extender la legislación comunitaria a relaciones laborales que *a priori* deberían estar sujetas a la ley de pabellón. Con esta extensión consigue dos propósitos: evitar la acumulación de las legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que se derivan de ello; y ser un reflejo del principio de no discriminación en el marco de la libre circulación de trabajadores.

³⁹ El trabajador es un nacional neerlandés y residente en los Países Bajos, que trabajó en un buque colocador de tuberías que enarbola pabellón de panamá. Hasta el 31 de mayo del 2004 trabajó para una sociedad establecida en los Países Bajos. Desde el 1 de junio ejerció la misma actividad para una sociedad establecida en Suiza. Sin embargo, su sueldo siguió estando sujeto al impuesto neerlandés sobre la renta. La pretensión del trabajador versa en desvincularse del régimen de seguro obligatorio que preveía el régimen neerlandés de seguridad social, estando obligado al pago de las cotizaciones. Ante este supuesto, el Tribunal se plantea si el Reglamento se podría aplicar al referido trabajador teniendo en cuenta los caracteres específicos del buque, los lugares en los que ejerce su actividad. Vid. Apartado 25 Sentencia Kik para conocer la singularidad del asunto: ejercer su actividad como tubero a la altura de las plataformas continentales adyacentes de los Países Bajos y del Reino Unido. Otro apunte interesante será conocer los elementos que le guían al Tribunal para conocer la existencia de una vinculación suficientemente estrecha del trabajador con algún territorio comunitario. Vid. Apartado 27 de la referida Sentencia.

⁴⁰ Vid. Apartado 14 y 15 de la Sentencia TJCE de 30 de abril 1996, Asunto: C-214/94, Boukhalfa.

⁴¹ Vid. Apartado 46 de las Conclusiones del abogado del Estado para la sentencia Boukhalfa.

⁴² Criterio mantenido también por la Sentencia asunto Aldewereld, C: 1994: 27. Véase punto 42.

Una vez que el Tribunal se declina por entender al trabajador incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento, obra conocer qué legislación entiende de aplicación a la relación laboral. Los elementos de vinculación con la legislación comunitaria son el lugar de establecimiento de la empresa, y accesoriamente, el lugar donde reside el trabajador. Si bien matiza el Tribunal que esta vinculación podrá cambiar comparando el carácter que prevea una y otra legislación. Así anuncia que el trabajador quedaría sujeto al Estado que prevea el régimen de seguro obligatorio de Seguridad Social, en detrimento del Estado que previera el seguro voluntario. Es decir, la pretensión del Tribunal con esta interpretación ha sido elegir aquella legislación que otorgue un régimen de protección obligatorio al trabajador, pues si optara por el régimen de seguridad social voluntario se privaría al trabajador de una protección social adecuada⁴³.

3. Conclusiones

En esta ponencia hemos puesto de relieve la problemática a la que se ven expuestos los trabajadores del mar por dos hechos. Uno, que dada las peculiaridades de su actividad y sobre todo, dando el medio donde desarrollan la misma, el propio buque, ha dificultado la aplicación de la norma socio-laboral. Dos, que ha sido tradicional el recurso a la ley de pabellón para vincular las relaciones jurídicas al Estado que da la nación al buque. Estos dos hechos, unidos al recurso masivo a las BdC, ha conllevado repercusiones nocivas en los derechos socio-laborales de los trabajadores. Desde esta perspectiva, las instituciones supranacionales, como la UE o la OIT, han ofrecido respuestas legislativas para proteger a este colectivo considerado como especialmente sensible. Es sabido la ineficiencia de determinadas normas supranacionales dada la vaguedad con la que están formuladas o cuando éstas quedan en una simple declaración de principios.

Por otro lado, y al estar inmersos en una industria genuinamente globalizada como el la marítima debe ser objeto de estudio los dos instrumentos estudiados: El Reglamento comunitario y el Convenio Iberoamericano. Son dos ejemplos de la necesidad de proveer mecanismos supranacionales para garantizar la igualdad de trato entre los migrantes que se desplazan a escala global. Además, ambos regulan preceptos relacionados con el sector marítimo, entendiéndose con ello que esta previsión es una de las pruebas de la especialidad reguladora de la gente de mar. En este sentido, los instrumentos estudiados encajan en la escenificación y en la regulación del trabajo en el mar. El objeto de estos instrumentos debe estar enfocado en garantizar la protección de los derechos sociales a los trabajadores migrantes. En el imaginario de la migración y de la globalización tiene una capital importancia la gente de mar por emplearse en una industria que es sinónimo del movimiento de trabajadores y de mercancías. En este contexto, el carácter del propio buque que ha dificultado la aplicación de la norma socio-laboral y ha escenificado la confluencia de diversas normas ha justificado que los diversos Estados hayan formulado instrumentos supranacionales con el fin de coordinar sus respectivos regimenes y garantizar los derechos sociales de los trabajadores.

Pues bien, en un primer acercamiento a estos instrumentos se revela que son diseñados considerando la perspectiva y las dificultades que acaecen en el contexto marítimo; sin embargo adolecen de ciertas carencias. Con respecto al Reglamento Comunitario entendemos que debe adaptarse a las sentencias que han revelado el desgaste del principio de la ley de pabellón y ofrecer otras alternativas. En lo que

⁴³ Los fundamentos están contenidos en los apartados 58 a 63 de la sentencia Kik.

respecta al Convenio Iberoamericano si ha creído conveniente prever siquiera una única excepción que emprenda la huida de la ley de pabellón. En otro orden, ninguno de los dos instrumentos regulan mención alguna al abandono; sin embargo, dado que ambos prevén las responsabilidades y las obligaciones del armador como sujeto que debe responder ante las eventualidades que sufra el trabajador; entendemos que el abandono de la gente de mar debe incluirse en el cuadro de las responsabilidades y de las obligaciones que ostenta el empleador como principal garante de la relación laboral.

En línea con el destierro de la ley de pabellón es interesante subrayar que, dada su íntima relación con las BdC, entendemos que el replanteamiento de este destierro conllevará una mejora de las condiciones laborales y de la protección del trabajador. Por tanto, se trata de replantear el apoyo al criterio extraterritorial y artificial de conectar la relación laboral con el régimen de protección social que da nacionalidad al buque. En este replanteamiento, el escenario está visualizando la extensión de la aplicación del Derecho comunitario traspasando sus fronteras territoriales sorteando el principio de territorialidad, tan característico de la Seguridad Social, y huyendo del principio de la ley de pabellón. En este sentido, la implantación de otros principios que determinen la ley aplicable a la gente de mar exigen de un estudio detallado y templado.

Así, el Derecho sustantivo cabe emprender una andadura que plantee nuevas fórmulas y principios que redunden en una mayor protección del colectivo. Esta gesta que se está emprendiendo con pasos tímidos hacia la publicación del sistema de relaciones laborales, requerirá de un protagonismo de las naciones y decretar el deterioro de la ley de pabellón como principio que ha imperado en las relaciones jurídicas marítimas. Este principio ya ha mostrado los perjuicios no solo para los trabajadores que se ven expuestos a condiciones de trabajo lamentables, sino que también conlleva desventajas para los armadores enfrentados a la competencia desleal que supone las BdC y a los Estados que comprueban como sus registros tradicionales reducen su tonelaje drásticamente.

El Tribunal comunitario ha dado luz al túnel en el que deambulaban las relaciones laborales en el mar; y más concretamente en el aspecto de la protección social. En definitiva, se trata de alterar el criterio que establece la norma jurídica reguladora y protectora bajo el objeto de crear un marco jurídico que garantice los derechos sociales de los trabajadores del mar que han sido y son sinónimo de movilidad laboral en un contexto de una industria que es el paradigma de la globalización.

Nuestra disciplina se enfrenta a la encrucijada de responder a este reto creando sino un conjunto armónico, al menos, coordinado de sistemas que garanticen los derechos sociales de los trabajadores del mar. En esta línea, y ante una de las peores consecuencias de las condiciones de trabajo, el abandono, el reto estará en que el ordenamiento jurídico interno apueste por medidas garantistas para proveer de un sistema de garantía financiera que cubra los costes en los que incurre el trabajador abandonado, tales como: las necesidades especiales y la repatriación; a la par, que le asegure el cobro de los salarios y de las prestaciones pendientes y adeudadas por el armador. El principal responsable de las obligaciones referidas es el armador o empleador de la gente de mar; si bien los Estados no pueden permanecer ajenos a la realidad que ocurre en su propio territorio, en su propio puerto. Por tanto, deberán articular mecanismos para atender esta situación de necesidad de la gente de mar abandonada, sea cual sea su nacionalidad. Además, esta atención se debe brindar independientemente de las reglas de nacionalidad o de residencia.

Capítulo XII. Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social¹

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Resumen

El Reglamento 883/2004 y el Convenio Multilateral tienen por finalidad la coordinación de sistemas de Seguridad Social. Este último se caracteriza porque es el primer instrumento internacional de estas características que se adopta en el seno de la comunidad Iberoamericana.

Abstract

Regulation 883/2004 and the Ibero-American Multilateral Convention on Social Security have both the same aim: the coordination on social security systems. The second one is the first international instrument of its kind within the Ibero-American Community.

1. EL REGLAMENTO 883/2004 DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

1.1. Antecedentes

Con el objetivo de facilitar el derecho a la libre circulación de los trabajadores, el artículo 51 del Tratado de la Comunidad Europea, actualmente artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proclama, que “el Parlamento Europeo y el Consejo...adoptarán en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes:

- a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas.
- b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

En virtud de dicho mandato se aprobaron los Reglamentos 3/58 y 4/58 que fueron sustituidos por los Reglamentos 1408/71 y 574/72, que a su vez quedaron derogados con la entrada en vigor el 1.5.2010 del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y su Reglamento de Aplicación 987/2009. Ambos Reglamentos despliegan eficacia en todos los Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea².

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2012-32111).

² STS de 13.7.1991 (RJ.5985): “a partir del 1.1.1986, fecha en que entró en vigor el Tratado de Adhesión, España asumió las mismas obligaciones que los demás Estados miembros”.

1.2. Objetivos: simplificar, clarificar, modernizar e incrementar los derechos de los sujetos protegidos

Entre las causas que propiciaron la promulgación del Reglamento 883/2004 hay que destacar que las sucesivas y frecuentes reformas de que fue objeto el Reglamento 1408/71 a lo largo de las casi cuatro décadas en que estuvo vigente provocaron que el articulado resultante fuera no sólo sumamente extenso sino extremadamente complejo y de difícil comprensión.

A lo que se sumó la necesidad de adaptar el Reglamento a los cambios experimentados por las legislaciones nacionales, y también a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A título ilustrativo puede comprobarse fácilmente que la cuestión prejudicial 290/00 (Duchon) inspira la redacción del artículo 5 del Reglamento 883/2004; la 368/96 (Vanbraeckel) el artículo 26.7 del Reglamento 987/2009; y la 178/97 (Banks) los artículos 5.1 y 6.3 del Reglamento 987/2009.

Otro de los motivos que impulsaron la adopción del Reglamento 883/2004 fue la necesidad de modernizar, clarificar, simplificar, reforzar la cooperación administrativa entre los Estados e incrementar los derechos de los sujetos.

Aspira también el Reglamento 883/2004 a incrementar los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la coordinación comunitaria lo que se materializa, por ejemplo, en los artículos 2 y 3 del Reglamento 987/2009. Asimismo, se evidencia el esfuerzo por implementar procedimientos administrativos más eficientes, mejorando los procedimientos de reembolso, fortaleciendo la cooperación y agilizando el intercambio de información entre las Administraciones.

En España, como Estado miembro de la Unión Europea, resulta de aplicación directa el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

2. GÉNESIS DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Desde sus orígenes el Convenio Multilateral ha estado íntimamente ligado a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Precisamente fue en el congreso que ésta última organizó en el año 2004 donde surgió la idea de su elaboración. La idea comienza a materializarse a partir de 2005 con ocasión de la V Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de Seguridad Social, celebrada en Segovia, con el propósito de “contar con un instrumento único de coordinación de las legislaciones nacionales en materia de pensiones que, con plena seguridad jurídica, garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos”.

El proyecto del Convenio Multilateral se aprobaría dos años más tarde, con motivo de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social celebrada en Chile en 2007. Siendo aprobado el texto definitivo ese mismo año durante la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile.

Está redactado en español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos. En cuanto su estructura, lo integran 35 artículos, distribuidos en 6 Títulos y 5 Anexos.

Por lo que a España se refiere, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social fue ratificado el 12 de febrero de 2010 y publicado, junto a su Acuerdo de aplicación (2009) en el BOE nº 7 de 8 de enero de 2011. Entró en vigor en nuestro país el 1 de mayo de 2011.

3. PARALELISMOS Y DIVERGENCIAS ENTRE EL REGLAMENTO 883/2004 Y EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Multilateral no tiene por objeto ni armonizar ni unificar los sistemas de Seguridad Social de los Estados signatarios, sino que tiene una finalidad mucho más restringida: coordinar las prestaciones contributivas de Seguridad Social de los Estados parte (15 Estados lo han firmado, 12 lo han ratificado, y está en vigor actualmente en 9 países³).

Estamos ante un instrumento internacional para facilitar la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Iberoamericana.

Que la redacción del articulado del Convenio Multilateral está inspirada en el Reglamento 883/2004 resulta indudable, ya que hay numerosos artículos del primero que literalmente copian preceptos del segundo⁴.

Pero, a diferencia de la normativa de la Unión Europea de coordinación de sistemas de Seguridad Social, el Convenio Iberoamericano es una “experiencia pionera porque, plantea lograr un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito en el que no existe una previa asociación política que facilite el sustrato jurídico que podría darle apoyo”⁵.

Otra obvia divergencia entre el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social y el Convenio Multilateral es el distinto ámbito de aplicación territorial de cada uno de ellos. De hecho sólo hay 2 Estados de la Unión Europea en los que el Convenio Multilateral sea aplicable: España y Portugal.

Asimismo, a nivel de fuentes del Derecho, es de destacar que el Reglamento 883/2004 es una norma de Derecho derivado emanado de las instituciones de la Unión Europea, del que se predicen las notas de primacía y eficacia directa; mientras que el Convenio Multilateral es un tratado internacional para cuya aplicación en los Estados signatarios se precisa su recepción por el Derecho interno.

A efectos prácticos la diferencia más remarcable en cuanto a la interpretación y aplicación de ambos instrumentos de coordinación radica en el hecho de que a nivel de

³ Para la aplicación efectiva del Convenio Multilateral no es suficiente la ratificación del mismo sino que es preciso que los Estados Parte firmen el Acuerdo de Aplicación (2009).

⁴ Cfr. ARELLANO ORTÍZ, P., “Reception of Social Security coordination in the Ibero-american region. A process following the European Experience” en: C.Sánchez-Rodas Navarro (Dir.); Good Practices in Social Law. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2015; pp.251-165.

⁵ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA.; “El Futuro de la Protección Social”. Laborum. Murcia. 2010; p.375.

la Unión Europea existe un Tribunal supranacional (el Tribunal de Justicia de la UE) que es el máximo intérprete del Derecho de la UE y cuyas sentencias han de ser acatadas por los tribunales nacionales. Por lo que al Convenio Multilateral se refiere, serán los tribunales nacionales los únicos competentes para aplicarlo.

4. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE COORDINACIÓN

Ni en el ámbito del Derecho de la Unión Europea ni en el articulado del Convenio Multilateral encontramos una definición jurídica de coordinación.

Aunque de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE se infiere que la coordinación⁶ se caracteriza por las siguientes notas:

- Coordinación no implica unificación ni armonización de sistemas de Seguridad Social.
- Tampoco conlleva la derogación, reforma, o modificación de los sistemas nacionales de Seguridad Social coordinados que subsisten con todas sus peculiaridades.
- No veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social.
- La coordinación no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para facilitar, en última instancia, la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Iberoamericana (por lo que al Convenio Multilateral se refiere) y en el ámbito de la Unión Europea por lo que respecta al Reglamento 883/2004.
- La coordinación permite salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad Social, evitando que los trabajadores migrantes no vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de Seguridad Social.
- Mediante la técnica de la coordinación tanto el Reglamento 883/2004 como el Convenio Multilateral garantizan a los sujetos incluidos dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación un trato igual al dispensado a los trabajadores nacionales.

5. PILARES DE LA COORDINACIÓN EN EL REGLAMENTO 883/2004 Y EN EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

En ambos instrumentos jurídicos la coordinación se articula en torno a cuatro pilares fundamentales:

a) Unicidad de la legislación aplicable

A fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales con los subsiguientes problemas que ello supondría para los trabajadores migrantes y las instituciones nacionales de Seguridad Social, el artículo 9 del Convenio Multilateral,

⁶ Frente al clásico término de coordinación, Miranda Boto propone utilizar una nueva terminología “articulación de sistemas de Seguridad Social”. Cfr. MIRANDA BOTO, J.M.; “El Estadio Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria” en: VV.AA.; El Reglamento Comunitario. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas. Laborum. Murcia. 2008; pp. 26-28.

como también hace el Reglamento 883/2004 (artículos 11-16), opta por el principio de unicidad de la legislación aplicable.

Esto implica que los trabajadores migrantes estarán sometidas a una sola legislación, que –por regla general– será la del Estado en cuyo territorio el trabajador preste servicios por cuenta ajena o por cuenta propia (“*lex locis laboris*”).

b) Igualdad de trato

El derecho a la igualdad de trato constituye la “piedra angular” de la coordinación de los regímenes de Seguridad Social para evitar discriminaciones basadas en la nacionalidad.

Mediante este principio se pretende evitar que los trabajadores migrantes –por el simple hecho de no ostentar la nacionalidad del Estado cuya legislación les resulta aplicable– puedan encontrarse en una situación menos ventajosa que los propios nacionales.

Está consagrado en el artículo 4 del Convenio Multilateral Iberoamericano y en el artículo 4 del Reglamento 883/2004, respectivamente.

c) Totalización de períodos

Cuando el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social esté subordinado por el Derecho nacional al cumplimiento de períodos de actividad profesional o empleo, resulta de capital importancia para los trabajadores migrantes que se arbitren mecanismos que impidan que, por el simple hecho de haber ejercido una actividad en diversos Estados se vean mermados sus derechos en materia de Seguridad Social adquiridos, o en curso de adquisición, bajo la legislación de uno o varios Estados miembros⁷.

De ahí que resulte esencial que todos los períodos de cotización acreditados bajo una pluralidad de legislaciones nacionales puedan computarse, de ser necesario, para el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social solicitada. En tales casos, y por regla general, la prestación económica se abonará por los respectivos Estados a prorrata de los períodos cumplidos bajo las diferentes legislaciones.

Esta materia está regulada por el artículo 5 del Convenio Multilateral, y por el artículo 6 del Reglamento 883/2004⁸, respectivamente.

d) Supresión de cláusulas de residencia

Es conocido también como principio de exportación de prestaciones.

Se traduce en la prohibición de reducción, suspensión, modificación, supresión o confiscación de una prestación económica de Seguridad Social por el mero hecho de que la persona beneficiaria haya fijado su residencia en un Estado miembro distinto del que radica la institución deudora.

⁷ ROJAS CASTRO, M.; “Derecho Comunitario Social. Guía de Trabajadores Migrantes”. Comares. Granada. 1993; p.97.

⁸ No resulta aplicable a las prestaciones de prejubilación coordinadas por el Reglamento 883/2004.

La supresión de la cláusula de residencia tiene, por tanto, por finalidad favorecer la libre circulación de los trabajadores protegiendo a los interesados contra los perjuicios que podrían derivarse de trasladar su residencia de uno a otro Estado miembro⁹.

Está regulado en el artículo 6 del Convenio Multilateral y en el artículo 7 del Reglamento 883/2004.

6. SUJETOS PROTEGIDOS POR EL CONVENIO MULTILATERAL Y EL REGLAMENTO 883/2004

El Convenio multilateral se aplicará a las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes (art. 2 del Convenio Multilateral).

Conforme al artículo 2 del Reglamento 883/2004, éste se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus derechohabientes.

La diferencia más remarcable entre ambos preceptos radica en que en el Convenio Multilateral no existe referencia alguna al requisito de la nacionalidad que por el contrario sí es resulta exigible en el Reglamento 883/2004.

Por tanto, la conclusión obligada que debemos extraer es que el ámbito de aplicación personal del Convenio Multilateral no se circunscribe a los nacionales de los Estados Parte, sino que éste también resultará aplicable a los extranjeros nacionales de Terceros Estados, refugiados y apátridas, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de Seguridad Social de alguno/s de los Estados Parte.

Cabría, por tanto, considerar que el texto del Convenio Multilateral es más progresista que el del Reglamento 883/2004. Pero esta conclusión resulta errónea tras una lectura sistemática del Convenio Multilateral: y es que aunque expresamente no se mencione en el art. 2 del Convenio Multilateral, para que los extranjeros puedan invocar las disposiciones de este Convenio será preciso que se trate de trabajadores “legales” o “regulares”. Ello se infiere del hecho de que tal requisito resulta necesario para ser sujeto protegido por los regímenes contributivos de Seguridad Social de los Estado Parte a los que se aplica el Convenio Multilateral.

En segundo lugar, hay que recordar que las disposiciones comunitarias sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social contenidas actualmente en el Reglamento 883/2004 también son aplicables a extranjeros de Terceros Estados. Y ello en virtud de lo expresamente dispuesto en el Reglamento 1231/2010, cuya aplicación a este colectivo está subordinado a que “el interesado se encuentre previamente en situación de residencia legal en territorio de un Estado miembro”. La legalidad de la residencia es, por lo tanto, una condición previa a la aplicación del Reglamento 1231/2010.

⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; “La Nueva Regulación de las Prestaciones No Contributivas. La Aplicación de Cláusulas de Residencia”. Noticias de la Unión Europea nº 157/1998.; pp.57-66.

A la vista de las consideraciones expuestas, la conclusión que se alcanza es que la nacionalidad no es un requisito inexcusable para aplicar las reglas de coordinación existentes en la Unión Europea, como tampoco lo es para ser incluido en el ámbito de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

Por el contrario, en ambos casos sí que será preciso que los sujetos causantes ostenten la condición de migrantes en situación regular o legal.

En otro orden de ideas, y en relación con el ámbito de aplicación del Convenio Multilateral y del Reglamento 883/2004 se observa cómo ambos adolecen de una laguna: no abordan expresamente la cuestión de si los familiares y derechohabientes de los sujetos protegidos por el Convenio pueden invocar los derechos reconocidos por este instrumento internacional como derechos propios o derivados precisamente de tal condición de familiares o derechohabientes.

En el ámbito de la Unión Europea ello ha generado una contradictoria jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE¹⁰.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

Indudablemente el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 es mucho más extenso que el del Convenio Multilateral.

En primer lugar cabría destacar que mientras el Reglamento 883/2004 coordina tanto prestaciones contributivas y no contributivas de Seguridad Social, el Convenio Multilateral sólo incluye a las contributivas.

También el elenco de contingencias coordinadas por el Reglamento 883/2004 es muy superior al del Convenio Multilateral ya que este último sólo se aplica a “las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones económicas de invalidez; las prestaciones económicas de vejez; las prestaciones económicas de supervivencia; y las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional” (artículo 3.1).

Cabe también resaltar que el Convenio Multilateral sólo se aplicará a las prestaciones de Seguridad Social de contenido económico, quedando excluidas las prestaciones en especie. Mientras que el Reglamento 883/2004 coordina tanto prestaciones económicas como en especie.

El Convenio Multilateral excluye de su ámbito de aplicación material a las prestaciones médicas. Establece su art. 3.1 in fine que la “las prestaciones médicas previstas en las legislaciones de los Estados Parte quedan excluidas del presente Convenio, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del presente artículo”.

Por su parte, el art. 3.5 dispone que “dos o más Estados Parte del presente Convenio podrán ampliar el ámbito objetivo del mismo, extendiéndolo a prestaciones o regímenes excluidos en principio. Los acuerdos bilaterales o multilaterales mediante los que se

¹⁰ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; “El Impacto de la sentencia Cabanis sobre la Protección dispensada por el Derecho Comunitario a los Familiares del Trabajador Migrante”. *Temas Laborales* n° 45/1997; pp. 167-180.

proceda a esa extensión y los efectos de la misma se inscribirán en el «Anexo III». Por el momento, el citado Anexo III está vacío de contenido.

A pesar de la exclusión de las prestaciones médicas del ámbito de aplicación del Convenio Multilateral, y por lo que a España se refiere, hay que tener presente la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha sido objeto de sucesivas reformas. De conformidad con su art. 12 “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”, lo que nos remite al artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, introducido por el Real Decreto-ley 16/2012.

7.1. Exclusión de regímenes especiales incluidos en el anexo I

Al amparo de lo prevenido en el art. 3.2 del Convenio Multilateral España ha notificado en el Anexo I “los regímenes especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia”.

La exclusión de estos regímenes conlleva a la exclusión de los funcionarios públicos por ellos protegidos del campo de aplicación personal del Convenio Multilateral (pero no del Reglamento 883/2004 que sí les resulta aplicable).

7.2. Exclusión de prestaciones incluidas en el anexo II

De conformidad con el art 3.3. del Convenio Multilateral “el presente Convenio no será de aplicación a las prestaciones económicas reseñadas en el Anexo II, que bajo ninguna circunstancia podrá incluir alguna de las ramas de seguridad social señaladas en el apartado 1 de «este artículo»”. En dicho Anexo II España ha notificado el auxilio por defunción.

8. CONCURRENCIA DEL CONVENIO MULTILATERAL Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El artículo 8 del Convenio Multilateral establece que el mismo “tendrá plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte. En caso de que sí existan convenios bilaterales o multilaterales se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario. Cada Estado Parte informará a la Secretaría General Iberoamericana, a través del Secretario General de la OISS, los convenios bilaterales y multilaterales que están vigentes entre ellos, la cual procederá a registrarlos en el Anexo IV de este Convenio. Una vez vigente el presente Convenio, los Estados Parte de los convenios bilaterales o multilaterales inscritos en el Anexo IV determinarán las disposiciones más favorables de los mismos y lo comunicarán al Secretario General de la OISS”.

De dicho precepto se infiere que el Convenio Multilateral no deroga los vigentes convenios internacionales suscritos por los Estados Parte. Es más, en caso de que las disposiciones contenidas en estos últimos resultaran más favorables para los trabajadores migrantes prevalecerán estas frente a la regulación contenida en el propio Convenio Multilateral.

También se deduce que a la hora de efectuar la comparación de lo más favorable no se ha optado por la técnica del “conglobamento” (lo más favorable en su conjunto) sino la del “espiguelo” (las disposiciones más favorables de cada instrumento internacional).

9. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Tanto el Reglamento 883/2004 como el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano dedican un artículo específico a la cuestión de la protección de los datos personales (art. 7 en el primer caso, art. 5 en el segundo).

Ambos instrumentos se inspiran en la misma premisa: cuando para la aplicación del Reglamento o del Convenio Multilateral sea preciso comunicar datos personales a otra institución extranjera, esa comunicación se regirá por la legislación en materia de protección de datos de carácter personal del Estado emisor.

Por el contrario, será de aplicación la legislación en materia de protección de datos del Estado receptor de dichas comunicaciones por lo que respecta a la protección, registro, modificación o destrucción de dichos datos.

10. CONCLUSIONES

La redacción del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social está indudablemente inspirada en el articulado del Reglamento 883/2004.

Tanto uno como otro tienen por finalidad la coordinación de sistemas de Seguridad Social.

El ámbito de aplicación personal y material del Convenio Multilateral es más restringido que el del Reglamento 883/2004.

PANEL III. REFORMAS LEGISLATIVAS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN DERECHO DEL TRABAJO ¿BUENAS PRÁCTICAS JURÍDICAS?

Capítulo XIII. Los Derechos Fundamentales Inespecíficos: Líneas de Tendencia Recientes en la Doctrina del Tribunal Constitucional

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Resumen

El análisis de los derechos fundamentales inespecíficos y, de forma más concreta, las líneas de tendencia trazadas por los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional constituye el objetivo del presente trabajo. Los temas abordados en las Sentencias dictadas (2014-2015) contraen el estudio a la libertad de expresión, en conexión al derecho de defensa, la libertad ideológica, en especial en relación a la contratación de profesores de religión católica, el principio de igualdad y no discriminación y la garantía de indemnidad. En puridad, más que grandes cambios de doctrina, cabe apreciar una cierta contención del TC en sus tradicionales tendencias expansivas y una interpretación más restrictiva de los mecanismos probatorios que, como se sabe, resultan esenciales para desvelar las lesiones empresariales ocultas bajo decisiones presuntamente legítimas.

Abstract

The analysis of the non specific fundamental rights and, more specifically, the trend lines drawn by the latest Constitutional Court pronouncements is the objective of this work. The issues covered in the judgments (2014-2015) contract the study on freedom expression in connection to the right of defense, ideological freedom, especially in relation to the recruitment of teachers in Catholic religion, the principle of equality and non-discrimination and the indemnity guarantee. Strictly speaking, rather than major changes in doctrine, it is seen some restraint of TC in it traditional expansionary trends and a more restrictive interpretation of the evidence mechanisms which, as it's known, are essential to uncover hidden business lesions under allegedly legitimate decisions.

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

El objetivo pretendido es trazar una “hoja de ruta” con las tendencias en la aplicación de los derechos fundamentales inespecíficos ejercidos en el ámbito laboral, en la acepción utilizada con tanta fortuna hace ya algunos años por el profesor Palomeque, generalizada y extendida hasta el punto de no exigir aclaraciones adicionales¹, derivadas de las últimas decisiones en amparo del TC emanadas en los años 2014 y 2015. En el período, la labor del Tribunal no se caracteriza por su especial “activismo” en la defensa de los derechos fundamentales, a pesar de otorgar el amparo en la mitad de las Sentencias comentadas, como veremos. Además, como es bien sabido, se han dictado Sentencias de extrema relevancia al resolver los recursos de

¹ Aunque, como se ha sostenido, la nómina de los derechos incluidos es amplia y compleja, puede verse, SANGUINETI RAYMOND, W., “Derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales”, Relaciones Laborales nº 21/22, 2012, pp. 15 ss.

inconstitucionalidad presentados contra la reforma laboral 2012² que, aunque no ocuparán nuestra atención, destilan un planteamiento proclive a la subordinación de algunos derechos básicos al empleo y a los intereses económicos y la productividad. De sobra es conocido que todavía el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares, en la esfera que nos ocupa, sigue produciéndose de forma indirecta o a través de la conocida “finta” jurídica de imputar la lesión no directamente a la decisión empresarial sino a la resolución administrativa y, con mayor frecuencia judicial, que no ha reparado la lesión originaria procedente del empleador.

Así acotado el estudio, brillan por su ausencia los pronunciamientos relacionados con las nuevas tecnologías, la intimidad informática o el secreto de las comunicaciones, objeto de interesantes Sentencias en el período inmediatamente anterior³, ni con el

² Nos estamos refiriendo al Auto 43/2014, de 12 de febrero, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, y a las conocidas SSTC 119/2014, de 16 de julio (BOE 15 agosto) y 8/2015, de 22 de enero (BOE 24 febrero). Como es bien sabido, ambos recursos fueron desestimados, aunque resultan interesantes, y en muchos aspectos compartibles, los prolíficos votos particulares que las acompañan, firmados en ambos casos por Fernando Valdés Dal-Re y a los que se adhieren los magistrados Luis Ortega Álvarez y Adela Asúa Betarrita. Una valoración bastante crítica de las mismas en BAYLOS GRAU, A., “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela”, *Revista de Derecho Social* n° 69, 2015, pp. 12 ss. La solución del TC, como es lógico, ha despertado un notable interés doctrinal, por todos, DE VAL TENA, A.L., “La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio, vol 17., n. 2, 2014, pp. 437 ss; DÍAZ AZNARTE, M.T., “Cuando la crisis económica se convierte en argumento jurídico. La jurisprudencia constitucional avala la reforma 2012”, *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 2, 2015, pp. 195 ss.; MARTÍN VALVERDE, A., “La reforma del mercado laboral de 2012 se ajusta a la Constitución: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio (BOE de 15 de agosto)”, *Actualidad Laboral* n° 12, 2014, pp. 1 ss.; MONTOYA MELGAR, A., “La reforma laboral ante el Tribunal Constitucional”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 180, 2015, pp. 15 ss.; SANGUINETI RAYMOND, W., “La controvertida constitucionalidad de la reforma laboral”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n° 4, 2015, p. 10 ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V., “Constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012: balance”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 3, 2015, pp. 11 ss.; SENRA BIEDMA, R., “El Derecho del Trabajo de la crisis y la crisis del Derecho del Trabajo. El Recurso de inconstitucionalidad del parlamento de Navarra contra varios preceptos de la Reforma Laboral de 2012. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 119/2014, de 16 de julio”, *IusLabor* 3/2014, pp. 1 ss.

³ Sobre algunas de las cuestiones que se plantean, en las que no hemos de entrar, entre otros, ABA CATORIA, A., “La efectividad de los derechos de los trabajadores y del empresario desde la implantación de las tecnologías en el ámbito laboral”, n° 18, 2014, pp. 79 ss; CARDONA RUBERT, M.B., “Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, *Lex Social* vol. 5, num.2/2015, pp. 33 ss; FERNÁNDEZ ALLES, J.J. y PIÑERO JIMÉNEZ, A., “Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013”, *Relaciones Laborales* n° 12, 2014, pp. 151 ss.; LÓPEZ ANIORTE, C., “Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Policía y Seguridad Pública*, Año 4, vol. 1, Noviembre 2013-Junio 2014, pp. 1 ss.; LOUSADA AROCHENA F., “Derecho fundamental a la protección de datos personales versus facultad empresarial de video-vigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)”; MARTÍNEZ FONS D., “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el uso y control del correo electrónico en la relación de trabajo”, ambas en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 391 ss.; RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión. STC 29/2013, de 11 de febrero”, *Temas Laborales* n. 121/2013, pp. 189 ss; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de la transgresión de la buena fe contractual. A propósito de la STC de 7 de octubre de 2013”, *Diario La Ley* n° 8195, 2013, D-398; RODRÍGUEZ LAIN, J.L., “Reflexiones sobre los nuevos contornos del secreto de las comunicaciones (Comentario a la STC 170/2013, de 7 de octubre)”, *Diario La Ley* n° 8271, 2014, (...)

derecho a la vida e integridad física y moral o a la propia imagen y el aspecto físico del trabajador⁴. Por el contrario, hay una serie de resoluciones de especial relevancia en el terreno de los derechos de libertad de expresión e información, libertad ideológica y garantía de indemnidad. Limitado de esta forma el objeto de análisis, no nos detendremos, pese a su relevancia, en pronunciamientos que abordan en exclusiva el tema de la indemnidad retributiva⁵, que conecta de modo natural con el derecho a la libertad sindical, excluido del ámbito del estudio. Asimismo, como es lógico, no faltan pronunciamientos en relación al derecho a la igualdad y no discriminación⁶. En este último ámbito, no vamos a entrar, por lógicas razones temporales y espaciales y por su especificidad, en el análisis de aquellos pronunciamientos, bastante numerosos, procedentes de la reclamación de pensiones ocasionadas por parejas homosexuales o casadas por ritos distintos al matrimonio civil legalmente reconocido, pese a su interés; en especial, la STC 194/2014, de 1 de diciembre, que deniega el amparo y la consiguiente pensión en base a la inexistencia de *tertium comparationem*⁷.

Lógicamente, quedará también al margen el comentario de sentencias de especial trascendencia provenientes de cuestiones de inconstitucionalidad, por ejemplo, la STC (Pleno) 156/2014, de 25 de septiembre, sobre el cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial, en relación con la DA 7ª LGSS 94, desestimada por el Alto Tribunal. Seguramente, en relación a la discriminación por razón de sexo, un nuevo paso atrás del TC si comparado con pronunciamientos anteriores (en especial, STC 61/2013). Igual ocurre con la Sentencia (Pleno) 92/2014, de 10 de junio, procedente de una cuestión interna de

D-83; SANTIAGO REDONDO, K.M., “Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El artículo 18 CE”, Relaciones Laborales nº 1, 2014, pp. 119 ss.

⁴ Cuestión, sin embargo, objeto de atención doctrinal, entre otros, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Aspecto físico del trabajador y prohibición de discriminación”, Trabajo y Derecho nº 10, 2015, pp. 57 ss.

⁵ No obstante, en este período se ha publicado la STC 100/2014, 23 de junio (BOE 22 julio), que considera vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical y la no menos interesante STC 148/2015, de 6 de julio (BOE 14 agosto), a la que también acompaña un voto particular, que aborda la fijación de complementos para un empleado público que tiene concedido permiso para desarrollar labores sindicales que no vulnera el derecho de libertad sindical, en su vertiente de garantía de indemnidad retributiva.

⁶ Dado que no es esta la sede para abordar en general la problemática suscitada por tan importante derecho, permitimos remitir al lector a algunos trabajos recientes sobre la temática, por todos, GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E., “La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación”, Revista de Derecho UNED, núm. 16, 2015, pp. 239 ss. En el ámbito laboral, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, LanHarremanak 25, 2012, pp. 19 ss.

⁷ En este mismo ámbito, la STC 188/2014, de 17 de noviembre, que considera existente la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, en la denegación de la pretensión ejercitada en el litigio social que trae causa de la aplicación de un precepto legal contrario al derecho a la igualdad ante la ley al supeditar el derecho a la pensión de viudedad que en él se establece a que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. En esta línea, también se han dictado las SSTC 92/2014, 93/2014, de 12 de junio y 98/2014, de 23 de junio, que deniegan el amparo por supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual, en la denegación de la pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual, a la que acompaña un voto particular; la serie de sentencias 115/2014, de 8 de julio, 116/2014, de 8 de julio, sobre la misma temática, también con voto particular. La STC 124/2014, de 21 de julio, acompañada de votos particulares o la STC 157/2014, de 6 de octubre. Sobre la cuestión, TRUJILLO PONS, F., “Denegación de la pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2014, 8 de julio”, Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social nº 39, 2014, www.iustel.com.

inconstitucionalidad, en relación al precepto legal que limita el reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente, también acompañada de un voto particular.

Partiendo de estas premisas, el número de pronunciamientos no es muy elevado, en parte debido a la mayor tendencia en la actualidad del TC a inadmitir los recursos de amparo⁸. Esta constatación suscita también una reflexión sobre la relación entre la crisis económica, la precarización de las condiciones de trabajo y la disminución de las reclamaciones relativas a los derechos fundamentales, al menos en el seno de la relación de trabajo⁹, pues seguramente este tipo de recursos se dan con mayor frecuencia en los momentos en que el trabajador tiene ya asegurados otros derechos laborales básicos.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A SU EJERCICIO EN EL MARCO DEL DERECHO DE DEFENSA

En general, esta cuestión es vieja conocida del TC, pues ha requerido en numerosas ocasiones su atención¹⁰ partiendo siempre como premisa de la tradicional distinción entre los derechos de información y la libertad de expresión¹¹. Se afirma con reiteración que si se trata de opiniones vertidas estaremos en el ámbito de actuación de la segunda. En coherencia con la delimitación realizada, queda al margen del análisis el llamado “derecho a la libertad de expresión sindical”, derivación del derecho reconocido en el art. 28 CE, por tanto de corte plenamente laboral y sin autonomía propia¹². De forma más específica, para la STC 65/2015, de 13 de abril (sobre el derecho a la libertad de expresión y el derecho de información y el derecho al honor de los jueces y magistrados), la libertad de expresión no está exenta de límites fijados o fundamentados en la Constitución y con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, pues si bien el ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y

⁸ Es notorio el incremento del número de recursos inadmitidos, en especial a raíz de la reforma de los requisitos para la admisión, de modo particular la “especial trascendencia constitucional” de la demanda, que actúa como un importante filtro legal que deja amplio margen de maniobra al propio Tribunal. Los datos pueden consultarse en BAYLOS GRAU, A., “La protección de los derechos fundamentales...”, op. cit., p. 8. Según la Memoria de la actividad del TC para el año 2014 el TC admitió a trámite únicamente el 1,08 de los recursos de amparo planteados, señalando las causas de inadmisión, en especial pp. 46 ss. y 217 ss. Sobre dicha cuestión ESPINOSA DÍAZ, A., “El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma”, InDret 2/2010, pp. 1 ss.

⁹ Una constatación, a partir de los datos de la Memoria 2013, de la disminución del peso específico de los recursos planteados ante el TC en temas laborales en BAYLOS GRAU, A., “La protección de los derechos fundamentales...”, op. cit., p. 2. Tendencia que se confirma en 2014. Pueden consultarse los datos en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadísticas/Paginas/default.aspx>.

¹⁰ 32 entre el 85 y el 2011, de los cuales en 24 se otorga el amparo, según los datos de ROJAS RIVERO, G., “Libertad de expresión y de información”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et alii, coords.), La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas, La Ley, Madrid, 2015, pp. 380 y 384. Una visión menos clásica del tema en DEL REY GUANTER S., “Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Controversias vivas..., op. cit., pp. 303 ss.

¹¹ Puede verse, BUADES FELIU, J., “Algunas consideraciones sobre el derecho al honor, la libertad de expresión y de información”, Diario La Ley nº 8318, 2014, LA LEY 2993/2014; en el ámbito no estrictamente laboral, en el período también se ha dictado la STC 177/2015, de 22 de julio, sobre supuesta vulneración de la libertad de expresión en relación con la quema del retrato de los reyes, acompañada de tres votos particulares discrepantes, donde el TC desestima el amparo y analiza los límites del derecho que deben ser ponderados con exquisito rigor.

¹² Ejemplo de esta doctrina se encuentra en la interesante STC 203/2015, de 5 de octubre y en la anterior 100/2014, de 23 de junio, sobre la vinculación del representante unitario y el derecho de libertad sindical, a través de la afiliación.

difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidad, y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito el Tribunal de Estrasburgo.

El pronunciamiento más destacado viene representado por la STC 187/2015, de 21 de septiembre¹³, que resuelve el recurso de amparo en relación a la vulneración del derecho a la libertad de expresión de un funcionario público sancionado por las afirmaciones vertidas en su denuncia de acoso en el trabajo, a quien el TC otorga el amparo. Destaca la Sentencia por la concurrencia de dos importantes peculiaridades. La primera, la aproximación al derecho en conexión al derecho a la defensa, ejercido por el propio demandante de amparo en el curso de un procedimiento disciplinario (algo ya reconocido en STC 59/2014). De esta forma, viene a asimilarse este derecho, ampliando su tutela, al del abogado¹⁴, extendiendo la doctrina elaborada en relación a su actuación en el curso del proceso judicial al procedimiento disciplinario. Por otra parte, la reclamación no es ejercida por un trabajador sino por un funcionario público, por tanto, presta el TC especial atención a la relación de sujeción especial con la administración pública. Relación que, no obstante, dadas sus características, no debiera limitar el derecho de forma distinta a como puede hacerlo, en palabras del propio Tribunal, la existencia de un contrato de trabajo. Los posibles límites específicos para los funcionarios públicos vienen determinados bien por la garantía del principio de jerarquía al servicio del correcto funcionamiento del servicio o bien, en los términos de la STC 101/2003, por el grado de jerarquización o disciplina interna a que esté sometido cada tipo de funcionarios, ya lo sea en calidad de funcionarios o de ciudadanos, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso. Pero también pueden derivarse límites de otros valores constitucionales como la protección de la buena fe o especial confianza que une a las partes ligadas por una relación de servicio, cuando el personal de la Administración no ejerce funciones públicas en sentido estricto (STC 241/1999). No se trata, en cualquier caso, de límites generales o comunes para la libertad de expresión de todo el personal de la Administración Pública, ni siquiera para todos los funcionarios, pues deben apreciarse en cada caso, a la vista de concretas circunstancias.

El enjuiciamiento de la vulneración denunciada, dentro del ejercicio del derecho a la defensa, permite al TC otorgarle un tratamiento diverso. La primera diferencia radica en la finalidad, que no es la informativa general o destinada a un círculo más o menos amplio de destinatarios, sino dirigida a hacer valer un derecho subjetivo del demandante cual es la defensa frente al *ius puniendi* de la administración. En otras palabras, dice el TC, el art. 20.1 a) CE abarca el juicio crítico acompañado por una inclinación o vocación restringida al terreno de lo no difundido como es propio de este derecho cuando se conecta con la efectividad de otros derechos fundamentales y, en concreto, con el derecho a la defensa del art. 24.2 CE (STC 241/1999). Ahora bien, aun partiendo como premisa de la aplicación del canon acuñado para la defensa letrada, que la hace especialmente inmune a sus restricciones para la preservación de otros derechos y bienes constitucionales, estando condicionado, claro está, a esa funcionalidad de defensa y a que no suponga un detrimento desproporcionado de los derechos de los demás partícipes en el proceso y la integridad del proceso mismo, en su esencia se lleva

¹³ BOE de 30 de octubre.

¹⁴ Entre otros, vid. MONTES RODRÍGUEZ, M.P., “La libertad de expresión del abogado. Comentario a la STEDH 4 de abril 2013 (TEDH 2013, 66). Caso Reznikc. Rusia”, Rev. Boliv. de derecho n° 18, 2014, pp. 340 ss.; SÁNCHEZ STEWART, N., “La libertad de expresión del abogado”, Diario La Ley n° 8572, 2015.

a cabo un análisis que no difiere excesivamente del realizado con carácter general y lo que valora específicamente el TC son las expresiones vertidas. Es de destacar el contexto en el que se lleva a efecto el ejercicio del derecho de defensa por el demandante de amparo, que carece de la condición de letrado y cuya pericia profesional –profesor de griego– no comprende conocimiento jurídico alguno. A ello se une que sus afirmaciones, que no fueron objeto de difusión pública, no pueden considerarse gratuitas o desconectadas de su defensa, antes bien, abundan directamente en los motivos por los que solicita el archivo del expediente sancionador. Tampoco se trata de manifestaciones insultantes o descalificadoras, conceptos éstos que exigen un plus sobre lo que puede considerarse coloquial, inapropiado, inadecuado, molesto o hiriente.

El pronunciamiento supone un paso adelante, en la medida en que aporta una visión de la libertad de expresión con una conexión finalista a otro derecho de especial trascendencia constitucional, el derecho a la defensa, particularmente importante en relación al acoso que, como sabemos, también tiene un relevante anclaje constitucional en el derecho contenido en el art. 15¹⁵, que lo hace mostrarse más proclive a la tutela. De esta forma, para el TC, la respuesta dada por la Administración al Funcionario, que se defendía en un escrito, frente a comportamientos inadmisibles, supuso un sacrificio innecesario y desproporcionado de la libertad de expresión.

3. LIBERTAD IDEOLÓGICA: EL CASO PARTICULARÍSIMO DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN Y MORAL CATÓLICAS

El tema de la libertad ideológica, en general, y en la relación de trabajo en particular, reviste, como es patente, una notable complejidad, suscitando importantes divisiones en la doctrina y la jurisprudencia, marcadas de forma especial por consideraciones de tipo subjetivo. Dejando al margen otras perspectivas y perfiles, centra nuestra atención el supuesto de los profesores de religión, tema que ha merecido el conocimiento del TC en el período analizado. Hasta el momento, la solución al problema de la falta de contratación de los profesores de religión a consecuencia de la ausencia de propuesta del correspondiente obispado no goza de una respuesta unánime y presenta numerosas aristas. De ahí la especial trascendencia de la STC 140/2014, de 11 de septiembre, de sumo interés en la medida en que suscita una serie de importantes cuestiones que, sin embargo, no son en igual medida resueltas. Dadas las características del trabajo, nos limitaremos a resaltar las tres siguientes: a) la problemática de la subsistencia o no de la doctrina contenida en pronunciamientos anteriores del Alto Tribunal, tras la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo 12 de junio de 2014 (Fernández Martínez contra España)¹⁶; incógnita que, no obstante, deja inalterada, aspecto resaltado por uno de los magistrados disidentes; b) la extensión, en absoluto dudosa, de la tutela frente a los actos discriminatorios a la no renovación de contratos temporales, u otras decisiones discrecionales; no obstante, sigue siendo ignorado en ocasiones, como la presente, por la justicia ordinaria, en especial, los Tribunales Superiores de Justicia; c) sin desmerecer los puntos anteriores, el aspecto central de la sentencia no descansa en la interpretación o matización de los derechos fundamentales en liza (varios, específicos y no), sino

¹⁵ Aunque no existe una doctrina completa del TC en relación a este derecho, sí hemos asistido a algunos avances; interesante el estudio de MOLINA NAVARRETE, C., “Una gran innovación constitucional: el deber de prevenir el riesgo de acoso laboral como imperativo de integridad”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et altri, coords.), *La jurisprudencia constitucional...*, op. cit., pp. 211 ss.

¹⁶ Comentada por REDONDO ANDRÉS, M.J., “La peculiaridad del régimen de los profesores de religión examinada por el TEDH”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n.3, 2015, pp. 331 ss.

nuevamente en la aplicación del mecanismo de la prueba indiciaria, que recibe contestación por parte de algunos magistrados disidentes. Aspecto que por su importancia específica será objeto de un tratamiento más detallado en el epígrafe dedicado a la garantía de indemnidad.

A nuestro juicio, tras la lectura de la Sentencia, puede afirmarse que, a buen seguro, se trata de una excelente oportunidad perdida por parte del TC para aclarar su doctrina, a la luz del pronunciamiento del TEDH citado, pues se colige con facilidad la inexistencia de consenso en el seno del propio Tribunal. En brevísima síntesis, como es sabido, aun cuando la doctrina constitucional en este terreno contenida en la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero y la serie de Sentencias 80 a 90/2007, de 19 de abril, viene confirmada por la STEDH, existe también una Sentencia con una doctrina divergente publicada en 2011 (STC 51/2011, de 14 de abril). Así, mientras la Sentencia de la mayoría alude a esta última de forma tangencial, sin reparar mientes en su posible contradicción con la doctrina europea, en los votos particulares encontramos tanto una valoración parcialmente diferente de la Sentencia TEDH como un criterio discrepante en relación a la doctrina correcta (de las dos emanadas del Alto tribunal). El primero de los votos particulares estima inadecuada la alusión a la Sentencia de 2011 por parte de la mayoría y la referencia retórica a la doctrina del TEDH y consideraría necesaria una aclaración sobre el alcance efectivo de la doctrina, pese a coincidir en la desestimación del amparo. Por su parte, los firmantes del segundo de los votos particulares, partidarios de la concesión del amparo por existir una vulneración del derecho en liza, coinciden con la tesis esbozada en la STC 51/2011.

Conviene recordar que en la STC 38/2007¹⁷ y las sucesivas, se había afirmado que, en concordancia con la labor de cada iglesia de definir el credo religioso, también las confesiones tienen la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo, teniendo cabida en la constitución que el mismo no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o las aptitudes pedagógicas del personal docente, sino que se extienda a los extremos de la propia conducta, en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Ello hace que la declaración de idoneidad resulte conforme con el derecho a la igualdad de trabajo y no discriminación, sin vulneración de las facetas individuales del derecho (art. 16.1 y 2 CE), que sólo se ven afectadas en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (arts. 16.1 y 16.3 CE) y con el derecho de los padres a

¹⁷ In extenso, MOTILLA, A., “Consideraciones en torno al status jurídico de los profesores de religión católica (comentario a la STC 38/2007)”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statochiese.it, enero 2008, pp. 1 ss.; CARDENAL CARRO, M y HIERRO HIERRO, J., “La evolución histórica de la regulación de los profesores de religión y moral católica como recurso para el juicio sobre la constitucionalidad de la vigente (A propósito de la STC 38/2007, de 15 de febrero)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 73, 2008, pp. 205 ss. En general sobre la libertad religiosa en el contrato de trabajo, entre otros, SALAS PORRAS, M., “Ponderación y modulación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el contexto obligacional laboral: una mirada a la jurisprudencia española”, *Revista Crítica de historia de las relaciones laborales y de la política social* n° 9, 2014, pp. 43 ss. Un tratamiento más general en AGUILERA IZQUIERDO, R., “Libertad ideológica, de expresión e información en la doctrina constitucional”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n° 108, 2014, pp. 165 ss.

la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE). Sujutando la mencionada libertad a algunos límites, en especial, “la observancia...de los derechos fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales”. Salvando, asimismo, el lógico e indispensable posible control por parte de los órganos judiciales del Estado, que serán quienes ponderen, en su caso, los diversos derechos fundamentales en juego, a fin de garantizar, en última instancia, la motivación estrictamente religiosa de la decisión. Línea en la que también se mueve la STC 128/2007, 4 junio (avalada por el TEDH), en la que el Tribunal opta también por dar prevalencia al derecho del empleador en orden a la selección de las aptitudes del concreto trabajador que haya de prestar tan peculiar actividad. Pues bien, pese a esta aparentemente consolidada línea de tendencia, asistimos a un importante cambio de criterio en la STC 5/2011, de 14 de abril. En este caso, el pronunciamiento se muestra mucho más flexible en su interpretación y otorga el amparo al trabajador, estimando vulnerado el derecho fundamental, considerando la posición de la iglesia y la declaración de no idoneidad de la trabajadora (casada por lo civil con divorciado), como una discriminación por circunstancias personales, vulneración de la libertad ideológica y de la intimidad personal y familiar. Por tanto, ésta parecía la nueva senda iniciada por el TC, de ampliación de la tutela del derecho fundamental, que ha quedado en una nebulosa tras la Sentencia del 2014, pese a la posición clara del TEDH.

La reclamación planteada es resuelta por la STC 140/2014 sin entrar en el fondo del asunto, primero, porque se descarta la suficiencia de indicios entre las distintas circunstancias alegadas (entre ellas, participación en huelga o interposición de reclamación judicial), por su desconexión temporal y su no utilización en cursos anteriores y, después, porque se deduce en relación al matrimonio contraído con una persona previamente divorciada, que ni consta la fecha ni si el matrimonio previo del otro contrayente era o no canónico e impeditivo de un subsiguiente matrimonio religioso ni si el ordinario diocesano tuvo o no conocimiento de esa circunstancia. Por ello se estima innecesaria la ponderación entre los derechos en juego que, no obstante, de realizarse, habría que tomar en consideración la reciente STEDH de 12 de junio de 2014.

A nuestro juicio, de todo lo anterior se colige que el mayor interés deriva, como hemos apuntado, de los votos particulares. Para el primero, firmado por el magistrado Andrés Ollero Tassara, coincidente en el fallo pero discrepante en cuanto a la argumentación, el TC debería haber examinado la influencia del pronunciamiento del TEDH sobre su tradicional doctrina, en lugar de limitarse a aludirla de modo retórico, pues visto que el matrimonio con divorciado contraviene las exigencias derivadas de la doctrina católica a impartir por la docente, la presunta vulneración que justificaría el amparo queda privada de todo fundamento. Pone especial atención, asimismo, para la desestimación del amparo, en un aspecto prácticamente ignorado por la sentencia de la mayoría, esto es, el derecho de los padres a que los escolares no reciban una formación religiosa cuyo auténtico contenido se vea contradicho con el tenor de vida de quien la imparte. En cuanto al segundo de los votos particulares, partidario del otorgamiento del amparo, dado que se centra de forma específica en el mecanismo de la prueba indiciaria, será tratado con más detalle *infra*.

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El balance de las Sentencias dictadas en el período en el ámbito estrictamente laboral, no de Seguridad Social, no es demasiado espectacular, en contraste con épocas anteriores. Comprende dos grandes bloques de materias: el primero se ocupa del tan

traído tema de la discriminación en razón de la maternidad, que aún sigue presentando matices provistos de cierta indefinición, pero que en este caso no plantea especiales problemas¹⁸, otorgándose el amparo y, el segundo, bastante más novedoso, la discriminación por razón de edad en caso de despido colectivo.

En relación con el primero de los puntos señalados, es precisa la cita de la STC 31/2014, de 24 de febrero, en relación con la vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo en relación con el despido¹⁹. Sentencia que no destaca por su pronunciamiento en relación al fondo del asunto sino por ocuparse de forma específica de la prueba indiciaria, como veremos que acontece también en relación a otros derechos fundamentales. Aspecto que se abordará con mayor profundidad en otro lugar del trabajo. De forma siquiera sucinta, conviene también traer a colación la STC 66/2014, de 5 de mayo. Pronunciamiento que, dicho sea de paso, ni plantea especiales problemas interpretativos ni divisiones en el seno del Tribunal, en tanto se limita a aplicar, con buena lógica, su doctrina sobre el principio de no discriminación a un particular supuesto en que la trabajadora reclama el percibo de los derechos económicos y administrativos desde la fecha en la que tomaron posesión los compañeros de promoción de la demandante de amparo, pospuesta en su caso en razón al embarazo. Reiterando los aspectos esenciales de su doctrina, destaca de forma especial que la vulneración del art. 14 CE se habrá producido cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en estos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

En el segundo de los bloques enunciados, destaca el caso enjuiciado por el TC de supuesta vulneración del derecho a la igualdad en relación a la utilización del criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, acordado con los representantes de los trabajadores, resuelto por la STC 66/2015, de 13 de abril. Tras el repaso de la doctrina sobre el derecho a la igualdad, se recuerda que el principio de no discriminación, en esencia, no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, imponiendo la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad. Nos recuerda que la edad es un criterio de diferenciación excepcional, que se halla expresamente incluida entre las condiciones o circunstancias constitucionalmente prohibidas y que las soluciones alcanzadas por el TC han sido diversas en función a la heterogeneidad de los supuestos planteados. En breve síntesis, la edad solamente puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, y para ello se analizan las circunstancias concretas del caso. Son dos

¹⁸ Puede verse un adecuado repaso a esta doctrina en BALLESTER PASTOR, M.A., “Construcción y tambaleo del principio antidiscriminatorio por razón de sexo en el Tribunal Constitucional: del período 1999-2010 a la actualidad”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et altri, coords.), *La jurisprudencia constitucional...*, op. cit., pp. 141 ss.; FERNÁNDEZ PRIETO M., “La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social* n° 69, 2015, pp. 209 ss.

¹⁹ In extenso, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Discriminación por razón de sexo y despido de trabajadora embarazada (las ponencias constitucionales de la magistrada María Emilia Casas Baamonde en la materia)”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et altri, coords.), *La jurisprudencia constitucional...*, op. cit., pp. 167 ss.

las razones alegadas por la empresa para justificar el criterio referente a la edad en los despidos colectivos. De una parte, que la permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación era más gravosa, pues habrían de cesar antes en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje; de otra, la entidad argumentó que esta medida era la que menos perjuicio podría ocasionar a los propios trabajadores, pues los que respondieran a aquel criterio se hallarían en una situación más próxima a la jubilación y tal circunstancia determinaría que la empresa suscribiera el convenio especial correspondiente con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo legalmente. En cuanto a la primera, el TC considera que carece de envergadura para justificar la diferencia de trato por razón de la edad. Por el contrario, estima que el segundo de los argumentos esgrimidos por la empresa sí puede convertirse en un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, siempre que se cumplan determinadas exigencias, en particular, medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados. En el caso enjuiciado se había suscrito el preceptivo convenio especial con la Seguridad Social. Asimismo, la empresa estableció determinadas mejoras voluntarias de la prestación de desempleo para los trabajadores de mayor edad, que incrementaban su duración cuando mayor fuera la edad del trabajador. Complemento que pretendía evitar que los trabajadores afectados sufrieran un perjuicio desproporcionado respecto de su situación en activo. Esta contrastada existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación lleva al TC a considerar proporcionado el criterio de la edad y a desestimar la vulneración.

Con mirada crítica, cabe señalar que el pronunciamiento se aleja de los típicos términos de interpretación impuestos por los derechos fundamentales, a pesar de girar sobre el criterio de la proporcionalidad, puesto que la valoración aparece centrada de forma casi exclusiva en la elección del colectivo para el que, a juicio del TC, la decisión resulta en términos generales, menos gravosa. Aspecto que, a nuestro parecer, exigiría mayores matizaciones. Es más, aunque el propio Tribunal considera que la protección social para este colectivo es mayor, ello es debido, como expresamente ha resaltado recientemente la SAN 100/2015, de 5 de junio (cláusula telefónica), a que "...el legislador comprende que en un contexto económico recesivo, donde el desempleo se ha convertido en el primer problema nacional, son un colectivo especialmente vulnerable, puesto que la pérdida de su empleo comportará su inclusión en el grupo de parados de larga duración, que no encontrará probablemente otro empleo". Aspecto, seguramente, minusvalorado por el TC que solamente contempla el menor perjuicio económico a corto plazo para estos trabajadores sin valorar la situación de desventaja relativa en la que ya se hallan situados. Quizás las mejoras estimadas por el pronunciamiento no son suficientes para compensar el perjuicio sufrido y, como bien recuerdan los recurrentes, los trabajadores de mayor edad no debieran ser los "paganos de la crisis".

5. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

5.1. La estabilidad de la construcción doctrinal sobre la garantía de indemnidad

La construcción sobre la garantía de indemnidad, de factura claramente jurisprudencial, presenta unos contornos bien delimitados desde hace ya algún tiempo, modelados y perfilados en los sucesivos pronunciamientos, ahora cada vez más

esporádicos, del Alto Tribunal²⁰. La doctrina se ha configurado sobre tres elementos: el ejercicio previo de acciones por parte del trabajador, la actuación empresarial y la conexión causal entre ambas. Aspectos abordados por el TC, que ha ido extendiendo tanto la acción del trabajador, incluyendo actos previos necesarios para el proceso e, incluso, extrajudiciales encaminados a evitarlo (STC 55/2004, de 19 de abril) y, aunque no tan prístinamente, las denuncias administrativas (SSTC 198/2001, 4 de octubre y 144/2005, 6 de junio). Operando también una ampliación en relación con los titulares admitiendo demandas de conflicto colectivo (STC 16/2006, de 19 de enero, 44/2006, de 13 de febrero y 65/2006, de 27 de febrero en el conocido supuesto de los veterinarios de la Xunta de Galicia). Por su parte, ha incluido en la doctrina toda posible represalia empresarial y, al menos tangencialmente, de un tercero (98-112/2010, 16 de noviembre, Sentencias con notables peculiaridades por la imposibilidad de readmisión y acompañadas de tres votos particulares), al margen de su carácter intencionado o no, comprendiendo cualquier acto que perjudique al trabajador. Por último, el núcleo de atención ha pasado a ser la conexión causal entre ambas actuaciones, de forma que, en esencia, debe quedar demostrado que en modo alguno el ejercicio del derecho fundamental ha condicionado la decisión empresarial.

Pues bien, sintetizada así la garantía, encontramos la trascendental STC 183/2015, de 10 de septiembre, cuyo interés reside básicamente en tres aspectos. El primero, aun cuando no del todo desconocido, es el no tratarse de un supuesto de despido disciplinario, típico exponente del mecanismo utilizado para la represalia empresarial, sino de una extinción de tipo económico, que permite al TC realizar una serie de consideraciones sobre la extensión a este tipo extintivo de las ya conocidas reglas de la prueba indiciaria. En segundo lugar, la denegación del amparo, en contraste con la sostenida tendencia expansiva, mantenida al menos hasta 2012, con cierto riesgo de desbordamiento²¹, donde el amparo era mayoritariamente otorgado, siendo casi anecdótica la respuesta negativa del Tribunal. Y en tercer lugar, por venir acompañado de un voto particular, firmado por el magistrado Valdés Dal-Re y al que se adhieren tres magistrados más, muestra de las propias discrepancias internas en el seno del TC. En conjunto, podría decirse que el pronunciamiento que ahora nos ocupa es una clara muestra del camino iniciado por el TC ya con otras sentencias anteriores hacia una contención en la interpretación de los derechos fundamentales, que da como resultado mayores exigencias y una restricción de la tutela. Seguramente presenciamos un giro en la trayectoria de garantía de los derechos fundamentales que deparará consecuencias que es pronto para valorar definitivamente. En puridad, como hemos de ver, el TC no asume cambio alguno en su doctrina, pero las patentes diferencias proceden de la forma de aplicar el mecanismo de la prueba indiciaria que le llevan a ser más exigente y, por ende, a un tratamiento menos favorable para el trabajador demandante.

²⁰ Para los aspectos generales de la construcción nos permitimos una remisión a IGARTUA MIRÓ, M.T., *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, CES, Madrid, 2008. Asimismo, ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo, Albacete, 2005; MELLA MÉNDEZ, L., “Garantía de indemnidad: Sentencias clave en la progresiva configuración autónoma de la misma (1999-2010)”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et altri, coords.), *La jurisprudencia constitucional...*, op. cit., pp. 843 ss.

²¹ No obstante, algunos autores valoran muy positivamente la clara tendencia del TC en la defensa de los derechos fundamentales y consideran que el desbordamiento no es tal, sino la mayoría de edad y autonomía para proteger el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, MELLA MÉNDEZ, L., “Garantía de indemnidad...”, op. cit., p. 872.

En breve síntesis, como antecedentes más destacados, la trabajadora prestaba servicios para una empresa (Aspacecire) que le comunica la decisión de reducir su jornada (de 7 a 2 horas diarias) con la consiguiente reducción salarial. Presentada demanda contra la modificación sustancial, se alcanza un acuerdo en conciliación previa, dejando sin efecto la reducción de jornada. Transcurridos únicamente ocho días desde el mencionado acuerdo (el 29 de noviembre de 2011) la empresa notifica a la trabajadora la extinción del contrato, al amparo de la letra c) del art. 52 ET, por motivos económicos, en aras de garantizar la sostenibilidad de la empresa y su viabilidad de futuro. En cuanto al recorrido judicial, mientras el juzgado de lo social estima la nulidad del despido, el TSJ lo considera procedente, afirmando que la empresa ha acreditado que la extinción contractual responde a razones reales debidamente acreditadas, lo que descartaría la existencia de toda presunta intención de represalia por parte del empleador.

La argumentación contenida en la Sentencia se inicia repasando la elaborada y consolidada doctrina constitucional sobre la garantía de indemnidad en el marco de las relaciones laborales que, en extrema síntesis, afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse vulnerado también cuando su ejercicio o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos²².

5.2. La técnica de la prueba indiciaria: divergencias en su aplicación

El TC desde las primeras Sentencias en este ámbito, de las que ya han transcurrido más de veinte años, entendió que la clave de bóveda de la garantía, una vez sentada la construcción teórica, era su resolución en base a las reglas de la prueba indiciaria, en la medida en que las dificultades para el trabajador de demostrar el ánimo de perjudicar, progresivamente ampliado a las lesiones objetivas contrarias a la garantía de indemnidad, se consideraban prácticamente insalvables. También ahora elemento crucial es este mecanismo articulado, como ha señalado reiteradamente el Tribunal (por todas STC 104/2014, 23 de junio), sobre un doble plano. El primero consiste en el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, corresponde al trabajador denunciante. Indicio, que, como es sabido, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido.

Al tratarse de una extinción por circunstancias objetivas, estima el TC conveniente aclarar su doctrina en relación con la prueba a aportar por el empresario, concretando cuatro aspectos: 1) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de

²² IGARTUA MIRÓ, M.T., “Una nueva vuelta de tuerca en la doctrina sobre la garantía de indemnidad: de la represalia prohibida al perjuicio irrogado”, Relaciones Laborales nº 6, 2012, pp. 13 ss.

facultades legales o convencionales; 2) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar *ad casum* que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; 3) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador de que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; y 4) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado, será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria.

Esquema que se extiende de modo natural al supuesto analizado, de forma que, ante un indicio de lesión, la carga de la prueba del empresario debe estar dirigida a demostrar que su decisión de naturaleza económica no queda ni intencional ni objetivamente asociada al factor protegido, se haya articulado o no correctamente en términos de legalidad ordinaria y con independencia por tanto de su calificación jurídica.

En relación con los indicios, el TC considera, trayendo a colación la STC 31/2014, de 24 de febrero, que tienen aptitud indiciaria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. En el bien entendido que, más allá de la dispar fuerza probatoria concebible en un panorama indiciario conformado por un hecho o conjunto de hechos, lo que no cabe en ningún caso es que quede sostenida la prueba en alegaciones meramente retóricas o que falte la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma entre los hechos aducidos y el factor protegido pudiera establecerse, haciendo verosímil la inferencia lesiva. Conforme a esa lógica, será preciso poner indiciariamente en conexión el factor protegido (la interdicción de medidas empresariales que causen un perjuicio y estén asociadas intencional u objetivamente al previo ejercicio de acciones judiciales) y el resultado de perjuicio que concretaría la lesión. El simple hecho del ejercicio previo de acciones judiciales representa, únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la violación del art. 24.1 CE, pero no un indicio de vulneración de ese derecho que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto (SSTC 17/2003, de 30 de enero y 151/2004, de 20 de septiembre).

En el pronunciamiento que nos ocupa puede apreciarse cierta reconsideración de la importancia del factor temporal o la conexión temporal entre el acto del trabajador y la “respuesta” del empresario. Si bien es verdad que siempre se ha exigido un nexo causal entre la decisión empresarial o medida con connotación negativa y el ejercicio del derecho, en ocasiones se ha convertido en un requerimiento más aparente real, puesto que el único indicio aportado es la cercanía temporal, que en algunas Sentencias se ha considerado crucial (125/2008, de 20 de octubre y 140/2014 ya comentada, entre otras). Sin embargo, ahora se relativiza su importancia, aun cuando median únicamente 8 días entre la conciliación judicial y la notificación del despido en la medida en que se estima que el hecho de que tras la conciliación judicial, la empresa, con carácter previo a la extinción, volviese a ofrecer a la trabajadora una nueva propuesta de reducción de jornada de menor impacto que la primera, es una circunstancia que resulta indicativa de que la voluntad empresarial no fue la de represaliar o sancionar a la trabajadora por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Con ello considera que el limitado panorama indiciario aportado por la trabajadora ha quedado desvirtuado. Es verdad que, como hemos señalado en otras ocasiones, no todo despido producido después de una

reclamación judicial puede ser considerado de modo automático represalia o retorsión por el ejercicio del derecho, pero también lo es que en el caso analizado el calado de la decisión empresarial adoptada a los pocos días de la conciliación judicial, derivada del rechazo por la trabajadora de la medida de flexibilidad interna adoptada, no parece justificada por una causa económica nueva o agravada que despeje cualquier duda sobre el móvil discriminatorio.

A nuestro juicio, en atención a dicha consideración, resulta de especial interés el voto particular²³ que sintomáticamente parte de la aseveración de la existencia de una discrepancia que no es doctrinal, puesto que en esencia el TC mantiene la continuidad con su doctrina, sino en su forma de aplicarla al caso concreto. A su juicio, la carga de la prueba empresarial reside en probar la desconexión del acto con el panorama indiciario, resultado que no depende de la causalidad legal y su calificación jurídica *ad casum* sino, antes bien, de la desconexión causal entre el acto empresarial y el factor constitucionalmente protegido. Para ello reitera las prístinas palabras del TC en el FJ 5°. La lógica empleada por la mayoría, esto es, que la causa económica, que se tradujo en un acto extintivo sólo porque no se logró alcanzar con la trabajadora un acuerdo que concertara una medida menos gravosa, suficiente para el TC para desvincular el acto empresarial del ejercicio previo de acciones judiciales, omite el discurrir de los acontecimientos; en concreto: soslaya la falta de justificación solvente del cambio de criterio de la empleadora en un período tan breve de tiempo. Por tanto, a su parecer, pese a que la causa legal extintiva concurre, la empresa no ha logrado acreditar una desconexión causal entre la resolución del contrato y el previo ejercicio de acciones por parte de la recurrente; la empleadora no demuestra una agravación de la situación de crisis previa o una razón distinta que dote de fundamento a su cambio de criterio.

En este caso, nuestra posición se encuentra mucho más cercana a la mantenida en el voto particular, en la medida en que si bien es cierto que existe por parte del Alto Tribunal una continuidad formal en la elaboración doctrinal, se aprecia una sutil tendencia hacia una aplicación más estricta de la garantía. Esto es, en un contexto genérico de incremento en la propensión del TC a denegar el amparo, se estima probada la legitimidad de la decisión empresarial exclusivamente en la existencia de la causa, relegando en buena medida a un segundo plano la total “desconexión” entre la medida y la vulneración del derecho, que sería la esencia de la justificación empresarial eximente de la vulneración constitucionalmente prohibida.

5.3. Aplicación de la prueba indiciaria y alcance de la tutela de los derechos fundamentales en liza

Sentado lo anterior, es necesario recordar aunque sea en esta sede, que el tema de la prueba indiciaria²⁴ sigue ocupando la atención del TC y dando origen a un importante grado de desacuerdo en su seno también en relación a otros derechos fundamentales. En definitiva, y a pesar de los esfuerzos de construcción teórica por parte del Tribunal, en la práctica la resolución va a depender de la aplicación concreta de este mecanismo probatorio al supuesto enjuiciado. Como hemos visto con anterioridad, en relevantes

²³ Voto particular que formula el magistrado Fernando Valdés Dal-Re y al que se adhieren los Magistrados Adela Asúa Batarrita, Antonio Narváez Rodríguez y Juan Antonio Xiol Ríos.

²⁴ En general, sobre la importancia de la prueba en la protección de los derechos fundamentales, puede verse MARÍN ALONSO, I. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., “La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la ley de la jurisdicción social”, Relaciones Laborales nº 21/22, 2012, pp. 28 ss.

pronunciamientos emanados en los últimos tiempos queda sin resolver la cuestión de fondo y, por tanto, subsisten importantes cuestiones en relación con el alcance de la tutela constitucional de determinados derechos fundamentales inespecíficos en la medida, por ejemplo, en que el Tribunal rechaza el panorama indiciario y, con ello, se desestima el amparo solicitado. De particular interés en relación con esa cuestión, como hemos anunciado *supra*, la STC 140/2014, de 11 de septiembre, donde se insiste en perfilar el criterio de la conexión temporal. De esta forma, para el TC, el que en un momento pasado se haya ejercido un derecho fundamental constituye un presupuesto de la posibilidad misma de la violación denunciada, pero no un indicio de esta que por sí solo desplace a la otra parte la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto, pues la aportación de la prueba que concierne a la parte demandante deberá superar inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria (STC 17/2003, de 30 de enero; 151/2004, de 20 de septiembre; y 41/2006, de 13 de febrero). A nuestro modo de entender la cuestión, esta interpretación se muestra más estricta en relación con el planteamiento mantenido por el TC, en especial en relación a la garantía de indemnidad. Nos parece que no debemos ignorar que en la práctica, en diversas ocasiones, el que ahora comentamos (conexión temporal entre la represalia o el perjuicio y el ejercicio del derecho de acción) ha jugado como indicio casi exclusivo y con frecuencia determinante del desplazamiento de la carga de la prueba.

La doctrina dista, no obstante, de ser lineal, así en STC 31/2014, de 24 febrero, se aprecia una aplicación más flexible, de forma que otorga el amparo a la trabajadora a la que se cesa en puesto de libre designación considerando vulnerado el derecho a la no discriminación por razón de sexo²⁵ casi en exclusiva en atención a la conexión temporal entre el embarazo y la decisión de la empresa. Sentencia en la que, quizás, el TC pretende recorrer el camino desandado con la polémica Sentencia 173/2013, de 10 octubre donde, como es sabido, se excluye de la doctrina sobre la garantía reforzada y la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, sin exigencia de prueba del conocimiento por parte del tercero, al desistimiento en período de prueba.

Ahora bien, si como vemos parece reforzar el TC su posición sobre la insuficiencia como indicio de la conexión temporal; su reverso, o sea, la desconexión temporal, se considera en ocasiones suficiente para descartar la vulneración del derecho en liza, así en las SSTC 127/2008, avalada por el TEDH y 140/2014, por no ser utilizadas las circunstancias alegadas para perjudicar a la trabajadora en cursos anteriores.

Otro criterio o indicio relevante para el TC descansa en el examen comparativo de la situación de aquellas otras personas, si las hubiere, en quienes también hubieran concurrido idénticas o similares circunstancias. En el caso concreto (STC 140/2014), de 106 que formularon reclamación judicial, sólo son tres las que no fueron propuestas.

²⁵ Entre otros, vid. IGLESIAS CABERO, M., “Extinción del contrato de trabajo y maternidad: supuestos especiales (Comentario al hilo de la STC 173/2013, de 10 de octubre)”, *Actualidad Laboral* n° 1, 2014, pp. 50 ss.; MUNÍN SÁNCHEZ, C., “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña (AFDUC)* n° 18, 2014, pp. 257 ss.; RODRÍGUEZ COPÉ, L., “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el período de prueba de la trabajadora embarazada: la evolución? de la jurisprudencia constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2013, de 10 de octubre”, *Temas Laborales* 123/2014, pp. 185 ss. BAJO GARCÍA, I., “Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato durante el período de prueba”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* n° 36, 2014, www.iustel.com.

Pues bien, aunque en el plano teórico la doctrina parece estar plenamente asentada, sin fisuras ni matizaciones, su aplicación práctica no siempre resulta pacífica y esto es lo que ha ocurrido en relación a la contratación de los profesores de religión. Junto al voto particular ya reseñado en relación al fondo del asunto y a la doctrina ajustada en esta materia, la Sentencia viene acompañada de un segundo voto particular, formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Re, al que se adhieren Adela Asúa Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xio Ríos (los mismos que en el voto particular de la STC 183/2015), que discrepan en la forma de aplicar la doctrina. Parten de considerar, en contraste con el pronunciamiento de la mayoría, que ningún órgano judicial ha estimado insuficientes los indicios aportados por la actora, desde el momento en que el TSJ descartó la aplicación de esta doctrina cuando se articulan pretensiones diferentes a las que se tramitan por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales. Por tanto, al afirmar la sentencia que no hubo vulneración porque eran insuficientes los indicios, no tiene en cuenta que el único órgano judicial que se ocupó de este particular (el de instancia), cuya sentencia no ha sido impugnada, declaró que los había y que existió vulneración del derecho fundamental sustantivo que daba soporte a la pretensión. Para los magistrados disidentes, el TSJ al no aplicar la prueba indiciaria vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, una nueva muestra de esa aproximación más restrictiva a los derechos fundamentales por parte del TC, en especial a través del mayor peso específico que cobran los indicios, que no siempre pasan el filtro de “suficiencia” y, de forma particular, el de la conexión temporal, cuestión que ya hemos referido. Tendencia a cierta constricción, también presente en STC 203/2015, de 5 de octubre, donde se estima que la alegación del demandante de amparo es meramente retórica, se descarta la vulneración de la garantía de indemnidad y se centra la atención en el derecho de expresión e información sindical y la discriminación del mismo carácter, ambas desestimadas por el pronunciamiento.

Ahora bien, el recorrido del TC no siempre es lineal, pues en esta misma Sentencia se afirma, si bien tangencialmente, que las violaciones de los derechos fundamentales en la empresa pueden provenir no sólo del empresario sino también de los restantes trabajadores y que el empresario, en tanto que titular de la organización y parte en el contrato de trabajo, tiene un deber de garante frente a las infracciones de derechos fundamentales de los trabajadores que se produzcan con ocasión de la ejecución de la relación laboral o en razón de ésta, lo que puede desembocar en actos de disciplina laboral. En relación a la vigilancia del comportamiento respetuoso con los derechos fundamentales de sus trabajadores, parece el TC mostrarse casi más exigente con el empresario, puesto que tradicionalmente le atribuye una posición de neutralidad y de “no agresión” pero sin progresar hacia la consideración de su posición de garante, camino por el que sería más que conveniente seguir avanzando.

6. CONCLUSIONES

Muy brevemente pueden enunciarse algunas de las conclusiones que arroja el análisis realizado. Aun cuando el estudio se detiene en un número relativamente limitado de sentencias (SSTC 187/2015, libertad de expresión y derecho a la defensa; 140/2014, contratación de profesores de religión; 31/2014, despido de trabajadora embarazada; 66/2014, no discriminación por razón de embarazo; 66/2015, despido colectivo de trabajadores de mayor edad y 183/2015, garantía de indemnidad), algunas revisten un especial interés. A estas alturas, cabría pensar que nos encontramos ante derechos suficientemente delimitados, con doctrinas constitucionales prácticamente “cerradas”, que no habrían de suscitar encendidos debates, pero en la práctica esta

apreciación está lejos de la realidad. Estas divergencias aparecen plasmadas en relevantes votos particulares de cuidada fundamentación²⁶, manifestación de las importantes diferencias ideológicas que se aprecian en la actual composición del alto tribunal y que ponen sobre el tapete el debate sobre la politización de la elección de sus miembros y los distintos equilibrios de fuerza que su constitución depara.

Las Sentencias anotadas traen su causa en conflictos originados por una decisión empresarial (sanción, despido, no contratación y discriminación en las condiciones de trabajo) que provoca una injerencia o una lesión en los derechos fundamentales que lleva al trabajador a reclamar ante un acto limitativo de sus derechos. De las seis sentencias citadas, en tres se otorga el amparo (SSTC 187/2015, 31/2014 y 66/2014, éstas dos últimas en relación con el embarazo) y en otras tres se deniega (SSTC 66/2015, 140/2014 y 183/2015; a las que podemos sumar la 203/2015, citada si bien no comentada, en relación a la garantía de indemnidad y, de modo especial, a la libertad sindical).

Resulta llamativo que algunos de los pronunciamientos no entran en el fondo del asunto. También que el TC presenta cierta tendencia a no afrontar detenidamente el conocido juicio de proporcionalidad, bien porque los derechos analizados tienen unos cánones de enjuiciamiento propios, bien porque se reconduce a criterios peculiares como el “menor perjuicio” o bien porque el aspecto que cobra una particular relevancia es el mecanismo de la prueba indiciaria (garantía de indemnidad, no discriminación y libertad ideológica), donde existen patentes divergencias en la forma de aplicar las reglas de alteración de la carga de la prueba. Las dos sentencias sin duda más polémicas centran su atención en este último aspecto, dando como resultado la denegación del amparo (SSTC 140/2014 y 183/2015). A lo anterior cabe añadir que los amparos otorgados se basan o bien en un matización del derecho por vincularlo al ejercicio de otro derecho fundamental considerado esencial (libertad de expresión en relación al derecho de defensa en la STC 187/2015) o son el fruto de una aplicación más flexible de los indicios, en especial en relación con el derecho a la no discriminación en razón del embarazo, quizás queriendo remediar el lastre que representa la STC 173/2013.

A modo de conclusión general, puede apreciarse cómo aun no existiendo cambios importantes en la doctrina constitucional, en la que, dicho sea de paso, no puede decirse que en ningún momento se haya sentado una posición unánime sobre la posición privilegiada o la preeminencia de los derechos fundamentales, buscando una ponderación entre las distintas posiciones en juego, sí nos parece asistir ahora a cierto replanteamiento de la tutela, a través de modo especial de la aplicación más o menos rigurosa del mecanismo de la prueba indiciaria, que lleva a cierta contención en la garantía de los derechos fundamentales por parte del Alto Tribunal.

²⁶ Dos acompañan a la STC 140/2014, como vimos, y uno a la STC 183/2015, firmado en este caso por los mismos magistrados que el discrepante de la Sentencia anterior.

Capítulo XIV. Análisis y valoración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

Resumen

La reforma laboral de 2012, en orden a favorecer la flexibilidad del mercado de trabajo y a paliar los acuciantes datos de desempleo existentes, ha realizado importantes modificaciones. Entre los mismos debe destacarse la creación de una nueva modalidad contractual, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Es evidente que la introducción de este tipo contractual en la Ley 3/2012 ha generado gran discusión y polémica entre los iuslaboralistas, esencialmente a causa de una de las características de su régimen jurídico, la admisión de un período de prueba con una duración de un año, con independencia de la cualificación del trabajador. Es este aspecto en el que vamos a centrar nuestro análisis, pues el mismo está siendo objeto de amplia controversia tanto en el seno de la doctrina como de la jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

La espiral de cambios realizados en la normativa laboral tras la amplia destrucción de empleo producida en nuestro mercado de trabajo a causa de la crisis económica, ha tenido una sustancial incidencia sobre diversas instituciones del Estatuto de los Trabajadores, tales como el despido, distintas medidas de flexibilidad interna –entre otras, las modificaciones sustanciales o los expedientes de regulación de empleo temporales que introducen disminuciones temporales de jornada–, la negociación colectiva y las modalidades contractuales¹. Es más, tras la aprobación de la Constitución Española de 1978 la reforma laboral de 2012 es la que ha tenido una mayor repercusión sobre el modelo español de relaciones laborales; su adopción responde al negativo ciclo económico iniciado en 2008, y ha sido objeto de un extenso tratamiento por la doctrina iuslaboralista, que casi sin excepciones se ha manifestado crítica con el enfoque con que determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores e instituciones del Derecho del Trabajo han sido reelaborados². Las modificaciones normativas realizadas han alterado las reglas de instituciones básicas de nuestro sistema de relaciones laborales, resultando difícil diferenciar entre las transformaciones que traen causa en los cambios que se producen por la deteriorada situación económica de los últimos años y las que son inducidas por los cambios normativos, así como entre las que son coyunturales y las que son estructurales y, por ende, se instalarán en nuestro sistema de forma definitiva.

¹ En este sentido, DEL REY GUANTER, S., “La ley 3/2012 y el “trienio reformador”, en AA.VV., coordinadores MARTÍNEZ FONS, D y SERRANO OLIVARES, R., *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2013, pág. 32 y ss.

² Cfr, entre otros, AA.VV., *La reforma del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y los aspectos laborales del Real Decreto Ley 3/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012; AA.VV., *Reformas estructurales y negociación colectiva*, Coordinador DE PRADO REYES, F., CARL, Sevilla, 2012; AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 y AA.VV., *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, coord. BAYLOS GRAU, A., Bomarzo, Albacete, 2012.

Una de las novedades más destacadas de la reforma laboral de 2012 es la introducción de una nueva modalidad contractual, una especie del contrato indefinido, el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, que debe contribuir al “*fomento de la contratación indefinida*”, proclamada en la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, así como a “*facilitar el empleo estable*” y “*potenciar la iniciativa empresarial*”. Asimismo, la norma indica que con la reforma adoptada “*se trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social*”. La característica más emblemática del tipo contractual instaurado es la inclusión en el mismo de un período de prueba de un año, distinguiéndose de lo establecido de forma genérica en el 14 RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

Esta modalidad junto a otras medidas, por ende, persigue tanto recuperar el empleo perdido en los últimos años, como incrementar el peso de la contratación indefinida en el mercado de trabajo español, con el objeto de evitar una excesiva segmentación del mismo³. Sin embargo, si comparamos los datos de empleo de la Encuesta de Población Activa (EPA) correspondiente a finales del año 2011 con los correspondientes al tercer trimestre del año 2015 las diferencias no son ostensibles. A lo sumo, parece que la reforma de 2012, tras casi cuatro años de vigencia, ha conseguido mantener el número de empleados y desempleados, pero no, respectivamente, ampliarlo y disminuirlo. Así, en la EPA de finales de 2011 había una población activa de 23.430.300 personas, compuesta por 18.153.000 ocupados y 5.287.300 paradas –lo que correspondía a una tasa de paro del 22,56%–, mientras que en la del tercer trimestre de 2015 la población activa asciende a 22.899.500 personas, de las que 18.048.700 son ocupados y 4.850.800 son parados –lo que corresponde a una tasa de paro del 21,17%–. Eso sí, en los años transcurridos entre la reforma laboral y los primeros síntomas de recuperación de la economía, se constata una mayor precarización del mercado de trabajo, dado que ha aumentado el número de contratos temporales, pasándose de 3.756.000 contratos a finales de 2011 a 3.909.700 en septiembre de 2015 (un 24,79% frente a un 26,15%), mientras que los contratos indefinidos suponían en diciembre de 2011 un 75,2% del total y en septiembre de 2015 constituyen un 73,84%. Además, es notorio que los contratos a tiempo parcial, mayoritariamente con una duración determinada, presentan una tendencia al alza, subiendo en estos años de 2.452.600 (13,5%) a 2.750.400 (15,23%). Si analizamos de forma concreta los datos estadísticos⁴ relativos al contrato indefinido de apoyo a emprendedores, se constata que actualmente su número es muy escaso, suscribiéndose un total 129.385 contratos de este tipo a lo largo de todo el año 2015; por consiguiente, se debe concluir que la creación de este tipo contractual, al menos a día de hoy, no ha obtenido los resultados pretendidos.

Más allá de los datos cuantitativos señalados, es debido resaltar que la introducción de este contrato, y fundamentalmente del período de prueba extraordinario vinculado al mismo, es discutida doctrinal, sindical y jurisprudencialmente. Ello es así, porque se considera que el período de prueba debe tener una duración razonable y proporcionada, y

³ Objetivo anunciado tanto en la reforma laboral de 2010, concretamente en la Ley 35/2010, como en la de 2012.

⁴ Cfr. Al respecto,

https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.htm

no parece razonable un período de prueba de un año, pues de esta forma se produce una potencial distorsión de la naturaleza jurídica del mismo, pudiendo conllevar la regulación establecida en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, a mayor abundamiento, la existencia de una lesión a la normativa internacional plasmada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 30), la Carta Social Europea (artículo 4.4) y el convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 4 y 11); cuestión esta, relativa a la jerarquía entre las fuentes del Derecho que, en primer lugar, ha sido dilucidada de forma contradictoria en distintas sentencias de juzgados de primera instancia y tribunales superiores de justicia y, en segundo lugar, ha sido abordada por varias sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional (TC) desde mediados de 2014, cuyos fundamentos de derecho van a ser analizados y valorados en la presente ponencia.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES

De forma meramente somera se van a destacar las principales características que configuran el régimen jurídico del contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Se trata de una modalidad contractual que conforme se expone en el Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, se crea para facilitar la contratación de trabajadores por parte de empresas de menos de cincuenta trabajadores que, según datos del Instituto Nacional de Estadística, constituyen el 99% de las empresas españolas, y responde al ideal de flexiseguridad preconizado por la Unión Europea, pues el contrato permite según la Exposición de Motivos “*garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social*”.

La filosofía del contrato encaja con una de las propuestas de la Unión Europea incluida en la Agenda de nuevas calificaciones y empleo de 23 de noviembre de 2010, concretamente la consistente en “... *ampliar el uso de acuerdos contractuales por tiempo indefinido, con un período de prueba suficientemente amplio y un aumento gradual de los derechos de protección del empleo...*”⁵.

Con carácter general, el régimen jurídico⁶ que se le aplica es el de los contratos indefinidos regulados en el ET y en los convenios colectivos, con la única excepción de la duración del período de prueba, que es independiente del puesto de trabajo que se pretenda cubrir y la previa cualificación que tenga el trabajador, y su operatividad será posible hasta que la tasa de desempleo disminuya y se sitúe por debajo del 15%⁷.

Como se ha indicado esta vía de contratación puede ser utilizada por pequeñas y medianas empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de celebrarse el contrato, siendo prohibido su uso a las empresas que hubieran adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores, que no podrán utilizar

⁵ COM (2010) 682 final. El documento expone trece acciones clave destinadas a reformar los mercados de trabajo, mejorar las capacidades y ajustarlas a la demanda de los mercados.

⁶ Vid GÓMEZ ABELLEIRA, F., “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales”, en AA.VV., *Reforma laboral de 2012*, Directores Mercader Uguina, J y García Perrote Escartín, I., Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 52.

⁷ Limitación añadida tras la tramitación parlamentaria de RDL 3/2012, incluyéndose la misma en la Disposición Transitoria novena de la Ley 3/2012.

esta modalidad contractual para ocupar ni los puestos de trabajo vacantes por dichas decisiones ni otros del mismo grupo profesional y del mismo centro de trabajo (art.4.6 Ley 3/2012), y a las que pretendan contratar con esta modalidad a trabajadores que previamente hubieran desarrollado las mismas funciones en la empresa bajo cualquier modalidad contractual (art.4.3 Ley 3/2012).

El contrato debe celebrarse por tiempo indefinido y por escrito, con una jornada completa o parcial, y es destinatario de hasta tres tipos de ventajas económicas: bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social por la contratación de desempleados inscritos en la oficina de empleo pertenecientes a determinados colectivos⁸, admisión de la compatibilización del salario y el 25% de la prestación contributiva de desempleo pendiente de percibir, siempre que el trabajador lo solicite dentro de plazo (15 días desde el inicio de la relación laboral) y que hubiera percibido la prestación durante tres meses como mínimo antes de celebrar el contrato y, finalmente, deducciones fiscales.

Para la aplicación de los incentivos se exige al empresario el mantenimiento del contrato al menos durante tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, así como la conservación del nivel de empleo alcanzado con dicha contratación durante al menos un año, obligaciones cuyo incumplimiento generan deber de reintegro.

3. DURACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA

Tras apartarse la duración del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores de lo establecido con carácter general en el artículo 14 ET⁹, surgen críticas unánimes a la excepción originada, dado que se precariza de forma desequilibrada la posición del trabajador en la relación laboral al permitirse en esta modalidad contractual el libre desistimiento del empresario en el plazo de un año, sin preaviso ni abono de indemnización alguna, pareciendo encubrir esta opción legislativa un contrato temporal sin causa durante el primer año del “formal” contrato indefinido. Correlativamente, han sido varias las iniciativas emprendidas ante distintas instancias nacionales e internacionales.

3.1. Queja ante la Organización Internacional del Trabajo

Los sindicatos más representativos Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CC.OO.) han presentado queja ante la OIT el 10 de mayo de 2012, al entender que el período de prueba establecido en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores viola los derechos de los trabajadores establecidos en el convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁰, sobre terminación de la relación de

⁸ Jóvenes (16 a 30 años), mayores de 45 años y mujeres en ocupaciones en las que estén infrarepresentadas. Vid MORENO CALIZ, S., “Contrato de apoyo a emprendedores”, en AA.VV., Coordinadores Martínez Fons y Serrano Olivares, *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley, 2013, pág. 129.

⁹ El artículo 14 ET establece lo siguiente “podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados”.

¹⁰ Convenio nº 158, adoptado el 22 de junio de 1982, ratificado por España el 18 de enero de 1985, formando, por tanto, parte del ordenamiento jurídico nacional, que indica en su artículo 4 “No se (...)”

trabajo, al proclamar su artículo 4 el principio de causalidad en la extinción contractual por voluntad empresarial. De conformidad con ello, sólo con una causa justificada puede el empresario dar por concluido unilateralmente el contrato de trabajo, advirtiendo al trabajador por el cauce formal oportuno, lo que le permitirá articular la defensa oportuna y presentar la reclamación que corresponda ante el juez o tribunal competente. Complementariamente, el propio convenio nº 158 establece en su artículo 2.2 b) que la exclusión de sus previsiones sólo será posible para los trabajadores que efectúen un período de prueba cuando “*la duración se haya fijado de antemano y sea razonable*”, lo que resulta litigioso cuando su duración se extiende a un período de un año.

A mayor abundamiento la OIT emitió en el año 2007 informe¹¹ que valoraba el ajuste o no al convenio nº158 del “*contract nouvelles embauches*” francés, regulado en la ordenanza núm.2005-893 y derogado en 2008, que, no obstante la naturaleza indefinida del contrato, establecía un período de consolidación de empleo de dos años para las nuevas contrataciones en las empresas con un máximo de veinte trabajadores, durante los cuales el empresario podía desistir sin causa, mediando preaviso e indemnización. El gobierno francés arguyó que tal período permitía al empresario valorar la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, pero el comité de la OIT concluyó que aún por motivos de búsqueda del pleno empleo un período de antigüedad mínima de dos años no resultaba razonable, más aún cuando por lo general el período de prueba en Francia se extendía hasta los seis meses, si bien el informe señaló que un período más largo de seis meses podría llegar a considerarse razonable, pero no el de dos años.

Es más, según lo dispuesto en el artículo 11 del convenio nº158, a menos que el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada haya cometido una falta grave, éste “*tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización*”.

3.2. Reclamación ante el Comité Europeo de Derechos Sociales

Nuevamente los sindicatos UGT y CC.OO. son los sujetos que instan de forma activa la emisión de decisión en este caso por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), órgano encargado a nivel europeo de la vigilancia y correcta aplicación e interpretación de la Carta Social Europea (CSE), solicitando, entre otros aspectos, que se declare “*la existencia de violación del artículo 4.4 de la Carta, por la aprobación de una modalidad contractual (contrato de apoyo a emprendedores) con un período de prueba en todo caso, sin garantías ni plazo de preaviso para la extinción del empleo*”, apoyando esa solicitud en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (reclamación nº65/2011), y en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales españoles que han aplicado el control de convencionalidad respecto de la CSE en este aspecto concreto.

pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

¹¹ Al mismo hay que adicionar el fallo de la sentencia emitida por el tribunal de casación francés, arret nº1210 de 1 de julio de 2008, que declara contrario al Convenio de la OIT el régimen jurídico del contrato; así como la decisión del consejo de Estado de 19 de octubre de 2005, que valida el período mínimo de antigüedad para ser beneficiario de la protección plena frente al despido, tras concluir que a la vista de la finalidad perseguida –reducción del desempleo, fomento del empleo en pequeñas empresas– en un contrato indefinido el periodo de dos años en el que se permite la inaplicación de las disposiciones comunes sobre despido puede ser considerado razonable.

La Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961, es una norma internacional que se concluyó junto al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que forma parte del derecho interno español tras su ratificación el 29 de abril de 1980, y establece en su artículo 4.4. *“el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”*.

La solicitud presentada por UGT y CC.OO. ante el CEDS se fundamenta en la previa decisión adoptada por este Comité, el 12 de mayo de 2012¹², en relación a un contrato griego de similar naturaleza al que se está analizando, concretamente la Ley 3899 en su artículo 17.5 estableció que *“salvo acuerdo contrario de las partes, durante el transcurso de los doce primeros meses, a contar desde el día de su entrada en vigor, el contrato de duración indefinida se considerará como trabajo en período de prueba y durante el mismo podrá rescindirse sin previo aviso y sin indemnización por el cese”*, aumentando el período de prueba de dos a doce meses para todos los trabajadores, sin especialidad alguna por su cualificación. La solicitud interpuesta incidió en la falta de proporcionalidad de esta medida, que no establece distinción alguna entre los trabajadores. El gobierno griego alegó en su defensa consideraciones relacionadas con los efectos de la grave crisis económica que sufre el país, así como problemas estructurales de su mercado de trabajo y del desempleo del mismo, y que esa disposición, junto a otras, tiene como objetivo mejorar la competitividad de las empresas.

El CEDS se refiere en su decisión a sus Conclusiones XIX-2 de 2009, sobre la repercusión de la crisis económica en los derechos sociales, incidiendo en que las partes que han suscrito la Carta de 1961 *“han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones apropiadas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos concretamente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, así como los derechos a los servicios sociales”* y resaltando que *“la crisis económica no se debe traducir en una disminución de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. A pesar de ello, los Gobiernos deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la Carta sean efectivamente garantizados en los momentos cuando la necesidad de protección se hace sentir más”* y que *“la mayor flexibilidad en el trabajo para luchar contra el desempleo no puede conducir a privar a un importante número de asalariados, singularmente los que no son desde mucho tiempo titulares de empleos estables, de sus derechos fundamentales en materia de trabajo, de la protección frente a decisiones arbitrarias de sus empleadores o fluctuaciones coyunturales”*.

Finalmente, el CEDS concluye que la ley griega transgrede el artículo 4.4 de la CSE por las siguientes razones: 1) Por no establecer un plazo de preaviso ni indemnización compensatoria en caso de finalización del contrato de trabajo y 2) Por fijar una duración del período de prueba tan amplia, que no se puede inferir como razonable, que puede proporcionar al empresario la capacidad para celebrar un contrato temporal acausal, que puede ser extinguido sin formalidad alguna, desnaturalizándose la finalidad de la institución del período de prueba.

¹² Reclamación 65/2011, presentada por la Federación General de los Empleados de las Compañías Públicas de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de los Sindicatos de Funcionarios Públicos (ADEDY) de Grecia contra la Ley 3899 de 17 de diciembre de 2010.

Con esta Decisión es evidente que los efectos de la crisis económica no deben ser un pretexto para restringir los derechos sociales de los trabajadores y que una opción legislativa como la griega, y probablemente la española, lesiona al artículo 4.4 de la Carta Social Europea¹³. En este sentido, las Conclusiones XX-3, emitidas por el CEDS en enero de 2015 destacan que *“El Comité considera que las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta”*, de modo que los Gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para lograr que *“estos derechos sean efectivamente garantizados...”*¹⁴.

3.3. Planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El juzgado de lo social nº23 de Madrid, en auto de cuatro de marzo de 2014, rec.860/2013, ha planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El supuesto de hecho que origina la solicitud es la presentación de demanda de despido por una trabajadora que tras suscribir contrato indefinido de apoyo a emprendedores, con un período de prueba de un año, causa baja en la empresa a los cuatro meses y medio tras no superar el período de prueba, considerando el juzgador que el artículo 4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, podría ser contrario al Derecho de la Unión Europea, concretamente a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada y al derecho fundamental que el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que forma parte de los Tratados, reconoce a los trabajadores a gozar de protección en caso de despido injustificado, *“de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”*, lesionando, según el juzgador, virtualmente también los principios fundamentales que dimanaban de la CSE (art. 4), a la cual se adhirió expresamente el Tratado de la Unión Europea, y el convenio nº158 OIT (art.4), ratificado por la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea.

El juzgador *a quo* considera que *“no sólo estamos ante un período de prueba de anormal duración en nuestra tradición jurídica, sino que además, el mismo se encuentra esencialmente desnaturalizado al desligarse deliberadamente de las características profesionales del empleado contratado, lo que entraña sin duda alguna la paradoja de que, bajo el ropaje formal de un contrato indefinido, se oculta la posibilidad de utilizar un contrato de duración determinada, de hasta un año de vigencia, sin necesidad de estipular condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, un contrato con absoluta libertad de*

¹³ Cfr. de forma amplia SALCEDO BELTRÁN, MC., “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”, *Lex Social*, nº2, 2014, pág. 38.

¹⁴ En las conclusiones emitidas en enero de 2015 el CEDS solicita informes a España sobre la existencia de plazo de preaviso razonable e indemnización en el período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores, por lo que aún está pendiente la decisión de este órgano sobre esta cuestión controvertida.

*desistimiento*¹⁵, en contravención de las normas antes referidas. El mismo órgano jurisdiccional también afirma que durante ese período de prueba el trabajador carece de protección jurídica frente a un posible despido, en particular en lo que se refiere a la forma de éste, a sus motivos y al control judicial al que puede someterse. Según el órgano jurisdiccional remitente el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera las normas internacionales mencionadas, convenio nº158 OIT y CSE, en términos similares a lo indicado en los dos apartados anteriores, así como la Directiva 1999/70/CE, en tanto en cuanto es contrario a uno de los objetivos de ésta, evitar la discriminación de los trabajadores empleados mediante un contrato de duración determinada, puesto que genera una distinción entre los trabajadores que han celebrado un contrato indefinido de apoyo a emprendedores y los trabajadores que disfrutan de un contrato de trabajo de duración determinada o indefinida ordinario durante el primer año de vigencia de dichos contratos¹⁶, ya que, en caso de extinción anticipada de la relación de trabajo, no está prevista ninguna indemnización a favor de los primeros, lo que conlleva la imposición de condiciones de trabajo menos favorables a los trabajadores con los que se concierta.

Además, aprecia el juzgador que este contrato, adoptado en el marco de la política de empleo plasmada en varias Decisiones y Recomendaciones de la Unión Europea¹⁷, goza de incentivos fiscales en gran medida a cargo del Fondo Social Europeo y de otras instituciones de la UE. En este sentido, hace referencia a la STJUE de 15 de enero de 2014, As.C-176/12, que indica que la promoción del empleo constituye un objetivo legítimo de política social, y que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para elegir las medidas que pueden realizar los objetivos de su política social, sin que el margen de apreciación del que disponen pueda tener el efecto de vaciar de su sustancia la aplicación de un principio fundamental del Derecho de la Unión o de una disposición de ese mismo ordenamiento jurídico.

¹⁵ El auto de 4 de marzo de 2014 insiste en esta idea cuando señala que “esta modalidad contractual ofrece flexibilidad a las pequeñas empresas, pero no otorga a cambio seguridad alguna a los trabajadores, sino que precariza la contratación de quienes sean objeto de esta modalidad contractual, al menos durante el primer año de su vigencia, pues durante ese período podrá producirse, como así ha sucedido en el caso de la trabajadora que ha iniciado con su demanda el procedimiento que ha de enjuiciarse, la resolución del contrato de trabajo a instancia del empresario, sin tener que acreditar o probar una causa objetiva o subjetiva relacionada con la conducta de la trabajadora, bastando únicamente la alegación de que la trabajadora no ha superado el período de prueba”.

¹⁶ Vid GOERLICH PESET, JM., “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto Ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J., *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs.300 y ss. Tras las modificaciones efectuadas por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, el despido improcedente de un trabajador contratado de forma indefinida podrá dar lugar a una indemnización de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un tope de veinticuatro mensualidades, y, de conformidad con el artículo 49.1.c), a la expiración del tiempo convenido en los contratos de duración temporal, o la finalización del contrato de realización de obra o servicio, excepto en los contratos de interinidad y en los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

¹⁷ Entre otras, la Decisión 2010/70/UE de Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DO L 308) o la Recomendación del Consejo, de 12 de julio de 2011, relativa al Programa Nacional de Reforma de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad actualizado de España (DO C 212) o la Recomendación del Consejo, de 10 de julio de 2012, sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015 (DO C 219).

Por todo ello, las cuestiones prejudiciales planteadas fueron las siguientes: 1) ¿Es contrario al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el artículo 30 de la CDFUE, la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores, durante el cual se permite el libre desistimiento? y 2) ¿Lesiona los objetivos y la regulación de la Directiva 1999/70/CE el período de prueba de un año a que se somete el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores?.

El fallo del TJUE, emitido en sentencia de 5 de febrero de 2015, As C-117/14, es la declaración de incompetencia para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, es decir que ni respalda ni deja de respaldar el período de prueba ampliado, llegando a dicha conclusión por cuestiones básicamente formales, en cuanto que considera que no estamos ante un contrato de duración determinada al que sea aplicable la Directiva 1999/70/CE y que no es competente para pronunciarse sobre normas internacionales “*que están excluidas del Derecho de la Unión*”. En la sentencia, a efectos de resolver si procede o no la aplicación de la CSE y la doctrina emanada del CEDS, se toma en consideración el artículo 51¹⁸ de la misma, que fija su ámbito de aplicación, concluyendo que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico europeo, y por ello también en la Carta, “*deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas*”, pasando a continuación el TJUE a determinar si la normativa española controvertida constituye una aplicación del mismo o no. Es aquí donde el TJUE adopta una posición formalista, resaltando que el contrato indefinido de apoyo a emprendedores es una institución distinta de los contratos de duración determinada que son regulados por la Directiva 1999/70/CE, no pudiendo ser, por ende, la misma aplicable a este tipo contractual regulado en el ordenamiento jurídico español desde el año 2012. Igualmente, el TJUE no considera aplicable el artículo 30 de la CDFUE, porque un período de prueba ampliado –en su caso su finalización por desistimiento– y la protección de un despido injustificado son instituciones distintas, y correlativamente sus efectos jurídicos.

La perspectiva del TJUE es formal, y no tiene en cuenta la posibilidad de que, como indica el órgano jurisdiccional que formula la cuestión prejudicial, el contrato indefinido de apoyo a emprendedores encubra, durante su primer año de desarrollo, un contrato temporal sin causa que coloca, en lo relativo a su finalización, en peor situación a los trabajadores ligados a este tipo contractual indefinido que a los trabajadores con un contrato de duración determinada.

El Alto Tribunal de Luxemburgo en la sentencia de 5 de febrero de 2015 se declara incompetente, y una opción que posibilitaría su intervención para contrastar la adecuación de la normativa española a la CSE y la CDFUE sería la operatividad del artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en este caso, el cual establece que “*la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales*

¹⁸ El artículo 51.1 establece que “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”.

Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”.

3.4. Interposición de recursos de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

Finalmente se va a analizar el contenido de varias sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional (TC) acerca de la constitucionalidad de diversos preceptos introducidos por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, centrando nuestro estudio en la constitucionalidad del artículo 4.3 de dicha Ley, relativo a la duración del período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores. En este caso, a las sentencias hay que sumar el relevante estudio de los votos particulares que las acompañan, que vienen a argumentar de forma rotunda algunas cuestiones dilucidadas en sentido contrario por el parecer mayoritario del pleno del TC.

Frente a la normativa originadora de la reforma laboral de 2012 se han interpuesto dos recursos de inconstitucionalidad¹⁹ y a los mismos hay que adicionar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el TSJ del País Vasco, el 21 de enero de 2014²⁰, en la que se plantea la compatibilidad de ese período de prueba con la Constitución, específicamente con el principio de igualdad ante la Ley (art.14), la prohibición de arbitrariedad en los poderes públicos (art.9.3 CE), el derecho al trabajo, en cuanto a no ser despedido si no concurre justa causa para ello, en relación a la posibilidad de extinción por desistimiento empresarial y la posible excesiva duración del período de prueba en el contrato de referencia (art.35.1 CE), el derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de trabajadores y empresarios (art.37.1 CE) y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art.24).

Correlativamente, el TC ha emitido sus sentencias 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero, y 140/2015, de 22 de junio.

Premisa de partida de la presente situación litigiosa es la configuración que se realiza del derecho al trabajo reconocido en la Constitución Española (art.35.1 CE), pues su contenido esencial integra “*el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa*” (STC 22/1981, de 2 de julio), así como la posibilidad de impugnar adecuadamente el despido (STC 20/1994, de 27 de enero). Las diferencias entre la institución del despido y del desistimiento durante el período de prueba son ostensibles, no pudiendo la facultad de desistimiento empresarial dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales. Asimismo, en la doctrina previa de los órganos jurisdiccionales españoles se han dilucidado algunos

¹⁹ Los Recursos de Inconstitucionalidad planteados contra algunos de los preceptos de la Ley 3/2012, entre otros el artículo 4, son el nº5603-2012, formulado por el Parlamento Navarro, y el nº 5610-2012, interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista y el de IU, ICV-EUiA, CHA, la Izquierda Plural.

²⁰ El TSJ de Cataluña, en auto de 24 de abril de 2014, presentó cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma cuestión, que no ha sido admitida a trámite, a causa de su insuficiente fundamentación, por el pleno del Tribunal de Constitucional en el auto 60/2015, de 17 de marzo.

supuestos en los que la extensión del período de prueba es amplia (un año), de conformidad con lo previsto en convenio colectivo, y se han declarado abusivos²¹.

En sede del TC, tras la interposición de los recursos y la cuestión indicados son varias los asuntos discutidos, sustentando hasta ahora el mismo la constitucionalidad de la duración del período de prueba de un año en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores en las STC 119/2014, 8/2015 y 140/2015 en los siguientes argumentos: 1) La duración del período de prueba durante un año se concibe como una medida que coadyuva a la creación de empleo, en un contexto de grave crisis económica y alto desempleo que requiere la promoción de la creación de empleo estable, para constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del puesto de trabajo; 2) El carácter coyuntural de este tipo contractual, hasta que la tasa de paro en España se reduzca al 15%, vinculado a la reducción del desempleo en pequeñas y medianas empresas, dado que sólo puede suscribirse en empresas de menos de cincuenta trabajadores, y en conexión con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art.40.1 CE); 3) La previsión de este período de prueba para todos los trabajadores por igual, con independencia de su cualificación o categoría (art.14 CE); 4) La compatibilidad del contrato y de su período de prueba con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, argumentando para ello que se trata de un tipo contractual acotado en el tiempo, que sólo se reconoce a determinadas empresas, cuyo régimen jurídico incluye cautelas para evitar estrategias empresariales abusivas en la sustitución de trabajadores, y que insta bonificaciones y deducciones para disuadir a los empresarios de ejercer la facultad de desistimiento antes de que transcurra el período de prueba de un año; 5) La inexistencia de una violación del derecho a la negociación colectiva proclamado en el artículo 37.1 CE, por vetar a la misma la posibilidad de regular de manera distinta a lo dispuesto en la Ley el período de prueba previsto en este contrato, dado que la Constitución no establece una reserva de regulación a favor de la autonomía colectiva en materia laboral, existiendo primacía de la Ley sobre los convenios colectivos (STC 58/1985, de 30 de abril), justificándose esta restricción en el hecho de que si la negociación colectiva aminora la duración del período de prueba en este contrato, se puede reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida introducido por el legislador, que pretende crear empleo estable a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico; 6) La inexistencia de un abuso de derecho cuando se regula un período de prueba con una duración tan amplia, no siendo el desistimiento durante el período de prueba un despido, sino una institución distinta, lo que elude la potencial existencia de una afectación al derecho al trabajo establecido en el art. 35 CE; y 7) La no vinculación de resoluciones como la emitida por el CEDS el 23 de mayo de 2012, en relación al contrato griego con un período de prueba similar, a causa de que España ha ratificado la Carta primitiva de Turín y el Protocolo de 1988, pero no la Carta Revisada de 1996, lo que excluye a nuestro Estado de la competencia para el conocimiento de las reclamaciones formuladas por entes colectivos.

Es decir, el TC en sus sentencias procura acreditar que el período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores es una medida para

²¹ STS de 20 de julio de 2011, rec. 152/2010, en la que el TS manifiesta que “el sometimiento al período de prueba –para un puesto de promotor de ventas– de un año de duración parece a todas luces excesivo, ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido”.

favorecer el empleo en las pequeñas empresas, arguyendo que el establecimiento de un período de prueba, cuya duración se haya fijado de antemano y sea razonable, es una de las excepciones que justifica la no aplicación de los mandatos derivados del convenio 158 OIT y que el artículo 40.1 CE dirige a los poderes públicos el mandato de realizar una *“política orientada al pleno empleo”*, en el seno de la cual el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE, manifestado de forma concreta en el reconocimiento del principio de estabilidad en el empleo y de causalidad de la extinción contractual, puede entrar en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales, y podría justificar ciertas restricciones en el artículo 35.1 CE, con una justificación legítima, no absoluta ni que obstruya el derecho más allá de lo razonable, y en todo caso proporcionadas al fin perseguido con ellas (STC 292/2000, de 30 de noviembre)²².

El magistrado Valdés Dal Ré emite voto particular, al que se adhieren varios magistrados, argumentando de forma rotunda que *“el artículo 35.1 impone una configuración formal y causal de cualquier manifestación extintiva del contrato de trabajo debida a la voluntad unilateral del empresario, lo que incluye una reacción firme del ordenamiento contra las extinciones sin causa”*, de modo que queda proscrito, por mandato constitucional, el establecimiento de extinciones *ad nutum*, pues la medida afectaría al contenido esencial del derecho al trabajo, lo que, a su vez, se sustenta no sólo en la Constitución Española sino también en diversos textos internacionales y comunitarios²³ que obligan a una configuración legal del despido, formal y causal. El voto particular considera que el régimen jurídico del contrato indefinido de apoyo a emprendedores no responde a una finalidad legítima, no es razonable, en cuanto admite que la duración del período de prueba sea de un año y contraviene lo establecido en el convenio 158 OIT, y no es proporcional, pues el período de prueba es una institución pensada para que el empresario pueda realizar una óptima elección del trabajador en el ejercicio de su libertad de contratación, *“no resultando admisibles aquellas regulaciones que no respondan a su función o que no respeten el principio de proporcionalidad entre el derecho que se pretende facilitar, la libertad de empresa (art. 38CE) y el derecho que se sacrifica, el derecho al trabajo (art. 35CE)”*. A mayor abundamiento, el voto particular emitido no comparte los criterios, a juicio de Valdés Dal Ré de legalidad ordinaria, que aduce el TC para justificar la constitucionalidad de esta medida, entre otros el carácter coyuntural del contrato y su apoyo, en el marco de una política orientada al pleno empleo (art.40.1 CE), al fomento del empleo estable en pequeñas empresas, concluyendo que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 debería haberse declarado inconstitucional, ya que *“restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE”*, y privando al trabajador de sus derechos individuales.

Los argumentos del TC se han reiterado en sus sentencias 119/2014, 8/2015 y 140/2015. No obstante, hay que resaltar que en la última sentencia emitida, que resuelve

²² En línea con esta argumentación economicista, la STC 119/2014, indica que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no vulnera el artículo 35 CE, pues *“en términos razonables y proporcionados pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el artículo 40.1 CE”*.

²³ Artículo 30 CDFUE, artículo 4.4 CSE, artículo 4 convenio OIT. A lo que hay que añadir que el CEDS entendió por unanimidad en Decisión de 23 de mayo de 2012, que el período de prueba de un año incluido en los contratos aprobados por el Gobierno griego tras el rescate, se opone al artículo 4.4 CSE.

la cuestión de inconstitucionalidad formulada por el TSJ del País Vasco en auto de 24 de enero de 2014, el Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones interesando la estimación de la cuestión, al entender que la finalidad de favorecer el empleo estable y de los jóvenes desempleados no justifica la extensión de la duración del período de prueba y que la falta de justificación del trato desigual en el período de prueba regulado en este nuevo contrato convierte la decisión del legislador de fijarlo en un año en arbitraria, *“porque coloca a dos hipotéticos trabajadores sometidos a situaciones idénticas, pero cuya relación se rija por el TRET o por la ley discutida, en clara situación desigual, siendo los derechos nacidos para este segundo mucho más volátiles durante todo un año”*, sin que se entienda qué finalidad, de entre las que pretende la reforma, entre otras fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo, se consigue con esta medida. A ello adiciona el Fiscal General del Estado que considera afectado el derecho al trabajo del artículo 35.1 CE, por la falta de fundamentación, razonabilidad y proporcionalidad de la medida legislativa discutida e interesa que el TC considere dictar sentencia que declare que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 es contrario al artículo 14 CE, en relación con los artículos 9.3 y 35.1 CE.

Por lo tanto, es evidente que, a pesar de que el TC ha dictado varias sentencias que declaran la constitucionalidad del período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores, la cuestión sigue sin ser pacífica, de lo que resulta un efecto reflejo que en el último año se hayan emitido varias sentencias en nuestros Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia contradictorias sobre la materia, unas a favor²⁴ de considerar el desistimiento durante de período de prueba de un año en un contrato de este tipo como un despido improcedente, tras la reclamación del trabajador afectado alegando la normativa internacional citada, la Decisión de Fondo emitida por el Comité de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012 y los votos particulares emitidos por el magistrado Valdés Dal Ré a las sentencias del TC 119/2014 y 8/2015²⁵.

4. CONCLUSIONES

La duración del período de prueba durante un año en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores ha generado una amplia controversia, siendo discutido en amplios sectores de la doctrina y de la jurisprudencia. Tras los pronunciamientos del TC 119/2014, 8/2015 y 140/2015, se ha declarado su constitucionalidad, si bien esta medida no supera el test de constitucionalidad de forma tajante, tal y como queda reflejado en los votos particulares argumentados de forma profusa por el magistrado Valdés Dal Ré, así como en el escrito de alegaciones emitido por la Fiscalía General del Estado en la STC 140/2015.

Las sentencias del Tribunal Constitucional han utilizado la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de medidas limitativas de derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE, de modo que es este contexto el que justifica la restricción de esta medida sobre el artículo 35.1 CE. Sin embargo, tal y como indica el CEDS en sus conclusiones de enero de 2015, no es admisible la reducción o supresión de derechos sociales básicos por motivos estrictamente económicos, no pudiendo quedar al arbitrio del legislador, dependiendo de la coyuntura económica, una materia tan sensible. El legislador ha atendido al dato cuantitativo, la

²⁴ Sentencia Juzgado de lo Social de Barcelona, de 5 de noviembre de 2014 y Sentencia Juzgado de lo Social de Gran Canaria, de 31 de marzo de 2015.

²⁵ STSJ Castilla León (Valladolid), de 22 de abril de 2015 (rec. 164/2015).

creación de empleo, pero no al cualitativo, la calidad de ese empleo y de los derechos que tienen los trabajadores que celebran un tipo contractual como el discutido, siendo discutible que en el marco del artículo 35.1 CE el derecho al acceso al empleo tenga preferencia sobre el derecho a la estabilidad en el empleo, así como que la negociación colectiva no tenga posibilidades de adaptar en este tipo contractual la duración del período de prueba a las características funcionales del puesto de trabajo.

Es difícil admitir que sea el período de prueba el que deba contribuir a verificar la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado, a sabiendas de que el despido sin causa no sería compatible con el artículo 35.1 CE, lo que conlleva la desnaturalización del período de prueba. El período de prueba es una excepción a la aplicación del principio de causalidad, y éste forma parte del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE, por lo que no resultan admisibles las regulaciones que no respondan a su función o que no respetan el principio de proporcionalidad. En este sentido, la jurisprudencia ordinaria no ha dudado en calificar como abusivas y, por ende, nulas cláusulas de convenios colectivos que instituyen períodos de prueba desproporcionados y excesivos, y probablemente se seguirán dictando sentencias que alegando la aplicación directa de la CSE, de la doctrina del órgano que la interpreta, del convenio nº 158 de la OIT y la fundamentación expuesta en los votos particulares emitidos por el magistrado Valdés Dal Ré a las STC 119/2014 y 8/2015, se pronunciarán en contra de la aplicación de la normativa nacional, artículo 4.3 de la Ley 3/2012, declarando y calificando al desistimiento durante el período de prueba de un año en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores como un despido improcedente, en tanto en cuanto no se derogue o modifique este aspecto del régimen jurídico de este tipo contractual.

Capítulo XV. Problemas legislativos en materia de ordenación del tiempo de trabajo: Una comparativa con el modelo italiano

MIGUEL BASTERRA HERNÁNDEZ
Ayudante (LOU) Departamento de Derecho del Trabajo
Universidad de Alicante

Resumen

Como se sabe, la jornada de trabajo representa, por diversos factores, una institución sometida a frecuentes modificaciones. La cuestión es que, muy a menudo, el legislador olvida la visión de conjunto con que debe observarse en esta materia y efectúa reformas parciales, sin tener en cuenta los efectos derivados en otras facetas de esta institución. Ello genera problemas aplicativos de no siempre fácil solución; tratándose éste, además, de un fenómeno reiterado a lo largo de las distintas reformas.

Abstract

As known, the working time system is, because of different factors, an institution suppressed by frequent modifications. The matter is that, so common, the legislator forgets the global view and makes partial reforms, not considering the effects at other facets of this institution. So generate legislative problems not always easily solvable and, moreover, this is a repeated phenomenon since the earlier reforms until the latest ones.

1. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, dentro del concepto amplio de jornada de trabajo confluyen distintas instituciones que muestran un alto grado de interdependencia entre ellas. En efecto, las intervenciones operadas sobre cada uno de los distintos elementos que la conforman inciden, de un modo tanto directo como indirecto, en los demás.

Los problemas a este respecto se generan, por tanto, cuando, como ocurre con demasiada frecuencia, las reformas legislativas pierden de vista esta perspectiva omnicompreensiva y actúan parcialmente sobre las instituciones concretas; pero olvidan los efectos que cada modificación produce en aquellas otras con las que se encuentra indisolublemente conexas. Así, a través de este fatídico fenómeno, se provocan indeseadas incongruencias jurídicas, fallos de sincronización y disonancias. Pero lo realmente llamativo es que, al analizarlas en su conjunto, se aprecia que tales deficiencias técnicas parten tanto de reformas ya consagradas hace décadas como de otras acaecidas recientemente; lo que indica que se trata de un problema casi característico o connatural a nuestro régimen de tiempo de trabajo. En el presente trabajo de destacarán, primero, una deficiencia en la técnica legislativa presente en el panorama normativo de nuestro país desde hace ya más de treinta años y, a continuación, otra de reciente actualidad.

2. UN PROBLEMA VIEJO: LA INTRINCADA RELACIÓN ENTRE LOS DESCANSOS SEMANAL Y DIARIO

Así, como muestra de esas disonancias ya “clásicas” en materia de jornada puede destacarse la relativa a la compleja relación aplicativa entre el descanso semanal y el descanso diario o inter-jornadas. En efecto, dependiendo de cómo se interprete que deben sucederse estos dos descansos, la duración del reposo semanal será una u otra,

pues ésta variará sustancialmente en función de que se reconozca al descanso diario un carácter autónomo respecto al descanso semanal o que, por el contrario, se entienda que aquél absorbe a éste, de manera que en el día y medio de descanso semanal ya quedaría incluido el descanso interjornadas; todo lo cual denota una importante deficiencia técnica en la regulación del tiempo de trabajo en este punto.

Como se ha expuesto, toda esta problemática incide de manera directa en la duración del descanso semanal, en la medida que, de acuerdo a la primera tesis, los dos descansos se disfrutarían acumulativamente y, de este modo, la interrupción de ciclo semanal tendría la duración resultante de sumar ambos descansos. En cambio, si se entiende que el descanso diario queda ya comprendido en el descanso semanal, entre el final de una semana y el inicio de la siguiente transcurrirá estricta y exclusivamente el tiempo previsto como de “descanso semanal”, esto es, el día y medio fijado por el art. 37.1 ET.

De un lado, numerosas son las voces de la doctrina que abogan por que el disfrute de estos descansos, el diario y el semanal, se produzca separada y consecutivamente. De manera que entre la última jornada de la semana en que se presten servicios y el inicio del cómputo del descanso semanal medien las doce horas previstas por el art. 34.3 ET para el descanso diario.¹ La base argumental de esta regla de no superposición o prohibición de solapamiento radica en el art. 5 de la Directiva 2003/88/CE, que establece que al descanso semanal de veinticuatro horas ininterrumpidas se añadirán las once de descanso diario. Desde luego, parece claro que el tenor literal del artículo programa la acumulación consecutiva de ambos descansos.

En este sentido, además, ha de tenerse en cuenta que, si se atiende a la finalidad de uno y otro descanso, la conclusión sigue siendo la misma. El descanso diario subsiguiente a la última jornada de la semana tiene por objeto la reposición física y psíquica del trabajador tras el día de trabajo, al tiempo que permite el desarrollo de las esferas personal y familiar de la vida; mientras que, por su parte, el descanso semanal mantiene ese mismo propósito terapéutico, pero aplicado a un ciclo de desgaste más largo: la semana. Por ello, si sus finalidades son perfectamente distinguibles e individualizables, no debe haber razón alguna para que se produzca la confusión de ambas figuras.²

Esta postura es refrendada por la jurisprudencia³, al entender que no resulta posible incluir las doce horas del descanso inter-jornadas dentro del cómputo de duración del semanal; de manera que ambos descansos no podrán solaparse, sino que deben disfrutarse de manera individualizada. Eso sí, debe tenerse en cuenta que tal línea jurisprudencial se completa con el matiz aportado por la STS de 05/10/2010 (Rec. 25/2009). Según la Sala, si bien es cierto que descanso diario y semanal no pueden solaparse ni confundirse, nada obsta para que la tarde posterior a una jornada completa

¹ Entre otros: SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos”, en V.V.A.A. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Cizur Menor (Navarra) (Aranzadi), 2010, pág. 428; GIL GIL, J.L.: “El descanso semanal”, en V.V.A.A. Estudios sobre la jornada de trabajo, Madrid (ACARL), 1991, pág. 611; LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Descansos laborales y tiempo de trabajo”, Madrid (CES), 2004, págs. 35-36.

² En el mismo sentido: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Problemas relativos al cómputo del descanso semanal y diario: una visión cualitativa del tiempo de descanso”, en Aranzadi Social, nº 22-09, 2009, págs. 61-62.

³ SSTs de 10/10/2005 (Rec. 155/2004) y de 25/09/2008 (Rec. 109/2007).

de trabajo, o la mañana precedente a la misma, puedan computarse como tiempo de descanso a estos efectos. De esta manera, siempre que se respete el cómputo separado de ambos descansos, la tarde subsiguiente o la mañana anterior a una jornada semanal completa de trabajo podrán considerarse como parte del descanso diario o del semanal, en uno y otro caso.

En cualquier caso, es necesario referir que también cabe un análisis distinto sobre la relación entre los descansos diario y semanal. Así, otro sector de la doctrina científica cuestiona que la acumulación de ambos descansos deba producirse en todo caso pues, siempre que al día de descanso principal se añadiesen la tarde del día anterior o la mañana del día siguiente, el descanso mínimo de un día y medio programado por el ET quedaría satisfecho.⁴ El pilar fundamental de esta línea doctrinal consiste en la idea de que la previsión del art. 5 de la Directiva 2003/88/CE (recuérdese, veinticuatro horas de descanso semanal a las que se añadirán las once de descanso diario) no exige acumular necesariamente los descansos diario y semanal, sino unir a las veinticuatro horas de descanso semanal las once de descanso diario para garantizar el descanso efectivo durante un día completo. Por tanto, según esta postura, el art. 37.1 del ET ya integra (y de hecho mejora) la previsión de la directiva en cuanto garantiza un descanso global de día y medio a la semana, sin que sea necesario, pues, volver a añadir un descanso diario que ya quedaba comprendido en ese día y medio.

Sin embargo, a mi juicio, ello no es así. Una interpretación sistemática de la normativa que recae sobre esta cuestión, no parece dejar lugar a dudas. La Directiva, en primer término, programa un descanso semanal mínimo de veinticuatro horas y uno diario de once, mientras que en su art. 5 establece, de un modo inequívoco, que al tiempo de descanso semanal se añadirá el descanso diario fijado en su art. 3. Y el ET, por su parte, mejora el descanso diario (art. 34.3) y hace lo propio con el semanal (37.1). Pero, en mi opinión, esa mejora cuantitativa que experimentan ambos descansos a nivel particular no implica que hayan de perder la relación operativa que establece para ellos el art. 5 de la Directiva 2003/88/CE; esto es, que al descanso semanal se añada el descanso diario. Y, por tanto, considero que la conjunción de la normativa comunitaria y la Ley interna arrojan como conclusión un descanso semanal de un día y medio que sólo empezará a computarse una vez haya concluido el descanso diario subsiguiente a la última jornada de trabajo de la semana en cuestión⁵; de manera que ambos descansos habrán de ser reales y efectivos, disfrutándose de forma diferenciada e independiente el uno y el otro.⁶ A mayor abundamiento de esta lectura acude la finalidad, distinguida y complementaria, de ambos descansos; tal y como se analizó anteriormente en este mismo apartado.

Además, la jurisprudencia ha concluido que la privación del descanso en estos términos será susceptible de motivar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Así, cuando la empresa fijase el calendario laboral sin tener en cuenta los solapamientos, totales o parciales, entre las doce horas de descanso diario y el día y medio

⁴ NORES TORRES, L.E.: “Los descansos intra-jornada e inter-jornadas”, en V.V.A.A. El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, págs. 113-115.

⁵ Lo que podríamos denominar como la regla de no yuxtaposición del descanso semanal y diario, en la que tanto se ha insistido desde Italia. Y que implica, precisamente, que el descanso diario precede necesariamente al semanal: LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Descansos...”, op. Cit., pág. 35-36.

⁶ SAN de 07/05/2007 (St. Num. 44/2007).

ininterrumpido del descanso semanal, vendrá obligada a reparar económicamente al trabajador por los perjuicios derivados de esa falta de descanso. En este sentido, debe valorarse que tal actuación empresarial no solo impediría al trabajador recuperarse del cansancio y esfuerzo derivados de la prestación de servicios, sino también disfrutar de un tiempo de ocio y la compatibilización de la vida familiar, laboral y personal; y, de este modo, concurrirían todos los elementos exigidos por el Código Civil para apreciar la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual.⁷

Ahora bien, a pesar de todo lo anteriormente analizado, o precisamente por ello, es evidente que el régimen del descanso semanal, en cuanto a su duración y relación con el descanso diario, resulta del todo deficiente. Son diversos los factores a los que podría responsabilizarse de esta confusa situación normativa. Una de estas razones bien pudiera ser el establecimiento del descanso en términos de “un día y medio”. Desde luego, la fórmula utilizada presenta problemas a la hora de encuadrar este descanso dentro de la jornada laboral, ya que la técnica lógica y habitual para elaborar el horario de trabajo es, precisamente, la concreción de las horas en que se va a trabajar y a descansar a lo largo de los días de la semana; lo cual incita, casi indefectiblemente, a transformar ese día y medio de descanso en un número preciso de horas, lo que arrojaría la cifra de treinta y seis. Sin embargo, tal y como señalan doctrina y jurisprudencia, dicha transformación no resulta válida ni acorde a derecho, pues el descanso semanal se fija en la Ley, expresamente, en un día y medio y no en ese equivalente numérico de treinta y seis horas.⁸ Y, precisamente por ello, no sería legítima la reclamación del trabajador que exigiese disfrutar de un descanso de cuarenta y ocho horas exactas⁹; pues lo único a lo que en realidad tendrá derecho es a que, tras disfrutar de las doce horas, aquí sí precisas, del descanso diario o inter-jornadas, comience a computar el día y medio propio del descanso semanal (con toda la problemática, ya señalada, que implica la imprecisión propia de ese “día y medio” y su difícil sincronización con el resto de elementos de la jornada laboral).

En mi opinión, el origen de este problema se remonta a la reforma de la jornada de trabajo de 1983¹⁰. En efecto, en un origen, la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales fijaba la jornada ordinaria de trabajo en cuarenta y cuatro semanales. Y el descanso semanal, por su parte, se configuraba en términos exactos a los que se mantienen hasta hoy en día, esto es, con una duración de “un día y medio”. Como puede observarse, el esquema horario básico en el que se está pensando es en una jornada semanal de cuarenta y cuatro horas repartidas en cinco días completos y un medio día; a razón de ocho horas cada uno de los días completos y cuatro en el medio día. Con estos parámetros la terminología de “un día y medio de descanso a la semana” ostentaba una

⁷ Como se sabe, el art. 1101 del CC exige la concurrencia de tres elementos para la procedencia de dicha indemnización. Esto es, la existencia del propio daño (producido en los términos ya expuestos), la negligencia (que, en este caso, se concreta en el ejercicio irregular del poder de dirección en la elaboración del calendario laboral) y, por último, una relación de causalidad entre el daño causado y la actuación empresarial (que, aquí, resulta obvia): SSTS de 14 de abril de 2014 (Recs. 1665/2013, 1667/2013 y 1668/2013) y de 10/10/2014 (Rec. 2792/2013).

⁸ GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S.: “Descanso semanal, fiestas y permisos (Art. 37 ET)”, en V.V.A.A. Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005), Madrid (CEF), 2005, pág. 441; a nivel jurisprudencial, véase la STS 10/10/2005 (Rec. 155/2004).

⁹ STSJ de Andalucía, Málaga, de 23 de septiembre de 2013 (Rec. 867/2013).

¹⁰ Señalando ese mismo origen del problema: ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en V.V.A.A. Tiempo de trabajo, Alicante (Bomarzo), 2007, pág. 45.

operatividad y coherencia plenas, pues existía una armonía perfecta entre la jornada semanal de trabajo y el descanso semanal, que encajaba exactamente en aquella parte de la semana que no se trabaja. Sin embargo, este equilibrio perfecto se trunca con la Ley 4/1983 de 29 de junio, que reforma el ET y reduce la jornada ordinaria de trabajo a cuarenta horas de trabajo a la semana. Como se ve, el esquema horario ideal de la semana pasa de cinco días, a razón de ocho horas, y un medio día a, razón de cuatro, a sólo cinco días de trabajo a la semana en los que se trabajarán ocho horas. Lo que ocurre, es que esta modificación del art. 34 del ET no vino acompañada de la pertinente sincronización del descanso semanal del art. 37.1 a la nueva jornada semanal de trabajo y, por tanto, se produjo una disonancia entre la jornada semanal de trabajo y la duración del descanso semanal. Lo cual supuso una fuente de problemas aplicativos e interpretativos a la hora de combinar ambas figuras que todavía hoy se mantienen. Así, de esta manera, queda patente que algunas de las disonancias y desajustes entre las distintas instituciones que conforman la jornada de trabajo en sentido amplio tienen su origen en reformas legislativas que llevan años, incluso décadas, consagradas en nuestro sistema de relaciones laborales.

En fin, por todo cuanto se ha examinado, parece más que evidente la necesidad de una revisión normativa del descanso semanal, que actualice y mejore la técnica legislativa todavía presente. Pues estimo que tal debe ser la vía para esclarecer la problemática actual y resolver las incógnitas que aún persisten sobre esta cuestión. Concretamente, entiendo que la única solución consiste en especificar el número exacto de horas que disfrutará el trabajador en concepto de descanso semanal. En efecto, como se sabe, todas las instituciones que convergen dentro de la jornada de trabajo semanal se estructuran temporalmente en base a un número concreto de horas; por lo que mientras el descanso semanal se mantenga ajeno a este contexto resultará imposible lograr que encaje con la debida precisión.

3. UN PROBLEMA NUEVO: LA COMPENSACIÓN DE LOS EXCESOS Y DEFECTOS DE JORNADA ORDINARIA DERIVADOS DE SU DISTRIBUCIÓN IRREGULAR Y FLEXIBLE

Como se sabe, la reforma laboral del año 2012 consagró en la propia Ley un modelo de gestión del tiempo de trabajo que ya desde antes encontraba sustento en la jurisprudencia: la distribución irregular y *flexible* o *dinámica* de la jornada ordinaria. Así, a través de esta herramienta el empresario es capaz de programar la jornada de trabajo no como algo monolítico e invariable, sino flexible y movable; que tenga en cuenta las vicisitudes de la empresa y los cambios que se produzcan en el mercado¹¹. De modo que el empresario podrá concentrar las horas de trabajo de su plantilla en los periodos de máxima exigencia productiva, incluso aunque tales aglutinaciones de trabajo no estuviesen previstas desde un inicio en el calendario laboral. No obstante, debe tenerse presente que una vez fijada la jornada máxima anual, el sistema de distribución irregular de la jornada no puede sino recolocar esa *jornada absoluta* de manera desigual entre las semanas que la integran. Pero, para que ello sea posible sin afectar a la esfera cuantitativa de la jornada ordinaria, los excesos y defectos producidos por dicha distribución irregular deberán ser objeto de compensación dentro del año correspondiente.

¹¹ ROQUETA BUJ, R.: “La jornada de trabajo y su determinación”, en V.V.A.A. El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, pág. 71.

Si nos encontrásemos ante una jornada distribuida de forma irregular, pero rígida, no habría verdaderos problemas a este respecto. En efecto, si unas semanas del año se trabajase mayor número de horas que otras, pero esas variaciones de jornada quedasen perfectamente identificadas desde un primer momento en el calendario laboral, no habría ningún peligro de vulnerar los máximos cuantitativos de la jornada anual. En efecto, si fuese éste el panorama, se adaptaría el montante total de horas de trabajo del año a las variaciones productivas, perfectamente conocidas, de la actividad; y el equilibrio entre los periodos de mayor y menor actividad respetaría, sin presentar problema alguno, el límite total de horas de trabajo anuales.

El verdadero problema se plantea cuando, en cambio, esa distribución irregular se gestiona de un modo *flexible* o *dinámico*; lo que significa que los incrementos y disminuciones se decidirán como una respuesta inmediata a los cambios inopinados en las necesidades productivas de la empresa. La cuestión es que ese carácter improvisado o espontáneo lleva aparejado, necesariamente, un alto grado de incerteza; pues no siempre será fácil prever cuándo se llevará a cabo la pertinente compensación de dichas variaciones en la jornada. Y, además, todo ello se complejiza muy notablemente cuando el periodo de cómputo de la jornada es el propio año, sin que existan periodos intermedios de referencia (lo que, tras la reforma de 2012 ocurrirá con mucha frecuencia en la práctica), pues sería necesario esperar hasta la finalización de cada ciclo anual para poder identificar con claridad si las distintas variaciones se han compensado debidamente, equilibrando, así, los incrementos y las disminuciones respecto a la jornada habitual.

Pues bien, sobre este terreno vino a incidir el RDL 16/2013 de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores; que, con el objetivo de reforzar esta fórmula de flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de puestos de trabajo, añadió al final del art. 34.2 del ET el siguiente párrafo:

La compensación de las diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

Dos son los principales puntos controvertidos que exigen un análisis particularizado. El primero se refiere a la especificación de que las variaciones de jornada objeto de compensación serán aquellas producidas por exceso o por defecto. Hasta la entrada en vigor de este RDL, se consideraba que la empresa no podía anticipar el descanso para compensar un futuro incremento de esa jornada irregular, pero que aún no se había producido. A no ser que, convencionalmente, se permitiese de un modo expreso tal posibilidad, en cuyo caso sí sería viable.¹² Sin embargo, parece que la redacción del nuevo párrafo del art. 34.2 del ET revierte este análisis. Obsérvese cómo se equiparan las variaciones de jornada en ambas direcciones (“la compensación de las variaciones

¹² ROQUETA BUJ, R.: “Artículo 34”, en V.V.A.A. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición, Valladolid (Lex Nova), 2012, pág. 365, con apoyo en la STSJ de Andalucía de 18/06//2003 (Rec. 1308/2003).

por exceso y por defecto”) y se da carta de normalidad a que se generen “bolsas de horas”. Éstas se producen a través de descansos anticipados, que serán recuperados en lo sucesivo a través de los incrementos de jornada correspondientes.

El segundo, plantea la conveniencia de realizar un análisis sobre el plazo previsto para realizar las compensaciones de jornada. La dicción literal de la norma parece clara y precisa al establecer un plazo de doce meses que empieza a computar desde el momento en que éstas se produjeran. No obstante, una aplicación taxativa de la norma, acarrearía diversos efectos perjudiciales. Si, como parece referir la norma, se abre un plazo específico de doce meses para compensar cada una de las variaciones de la jornada irregular, se rompería el tan asentado criterio de la anualidad como centro gravitatorio de todas las instituciones que orbitan alrededor del tiempo de trabajo. Abrir un plazo independiente de doce meses para compensar cada variación supondría que las irregularidades de un ciclo anual, ya coincidiese este con el año civil o fuese otro periodo de doce meses establecido al efecto en el calendario, contagiarían al siguiente, confundiendo el uno con el otro. Ello supondría una fuente de confusiones e incertezas en la gestión de algunas de las instituciones más importantes en materia de tiempo de trabajo: ¿Qué sucedería con la jornada máxima anual?, ¿y con el límite de las ochenta horas extraordinarias al año?, ¿y con el periodo de devengo de las vacaciones? Todas estas complicaciones adquirirían, incluso, mayores dimensiones en el caso de los trabajadores temporales o a tiempo parcial. Desde luego, difuminar de este modo los contornos del ciclo anual de la jornada supondría, sin ningún género de dudas, desestabilizar el equilibrio estructural de toda la organización del tiempo de trabajo. Y sobre este punto, debe subrayarse que, a diferencia de la semana o el mes, que sí son construcciones civiles o artificiales, el año, al igual que el día, constituye un concepto objetivo, empírico e irrefutable. La noción del año como periodo de tiempo comprende un ciclo perfecto durante el que acontecimientos físicos y meteorológicos condicionan el ritmo vital de las personas, la sociedad y la economía. Por lo que considero que se debe ser especialmente cauteloso a la hora de cuestionar la virtualidad del año como periodo temporal que estructura toda la jornada de trabajo.

Pero es que, además de todo lo anterior, puede afirmarse con total rotundidad que si nos ciñésemos a su tenor literal, el nuevo párrafo 3º del art. 34.2 del ET contravendría el espíritu y la letra de la Directiva 2003/88/CE. Concretamente, sería contrario a los arts. 6 y 19 del texto comunitario que, interpretados a la luz del TJUE en su Sentencia de 03/10/2000 (Caso SIMAP), confieren a los particulares un derecho a que el periodo de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses. De esta forma, la Directiva programa una jornada máxima total de cómputo anual, que resulta irrebachable en todo caso. Por lo que no habría cabida ninguna para posibles saldos interanuales de horas resultantes de una distribución irregular de la jornada, que implicasen computar el tiempo de trabajo en periodos superiores a doce meses.¹³

Por todo ello, considero que es necesario realizar una interpretación finalista el precepto. Según ésta, los mencionados doce meses suponen el plazo máximo para compensar las variaciones de jornada (lo que vendría a coincidir con el consabido

¹³ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, nº 10, octubre 2014, edición digital, pág. 6.

criterio de la anualidad como eje gravitatorio del tiempo de trabajo), pero ello no podría suponer, en ningún caso, que las compensaciones de jornada, ya fuesen al alza o a la baja, se efectuasen sobre el ciclo anual¹⁴ siguiente.¹⁵ Pese a todo lo anteriormente razonado, la Audiencia Nacional sí ha admitido, recientemente, que el Convenio Colectivo permita diferir las diferencias de jornada a la anualidad siguiente.¹⁶ Obviando, así, todas las contradicciones que esta interpretación plantea frente al régimen general de la jornada de trabajo. Amén de las diversas dificultades aplicativas que generaría.

4. UNAS NOTAS COMPARATIVAS CON EL RÉGIMEN ITALIANO DE ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

En este punto resulta interesante contrastar la diferente realidad jurídica que, pese a compartir los parámetros mínimos fijados por la citada Directiva, se aprecia entre nuestro modelo de gestión de la jornada de trabajo y el de otros países de la Unión. Así, llama poderosamente la atención que dos países tan cercanos, no solo en lo geográfico sino también en lo económico y social, como España e Italia hayan transpuesto la Directiva comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo de un modo tan diverso.

Italia, por su parte, se inclinó, tras la adopción de la Directiva, por promulgar un texto en el que se recogiese de manera integral la regulación principal sobre jornada y descansos; con el que se hacía tabla rasa respecto a toda aquella normativa anterior que resultase contradictoria. Dicha norma es el Decreto Legislativo 66/2003, concerniente a diversos aspectos de la organización del horario de trabajo, y que lleva a cabo una transposición eminentemente plana o “en crudo” de la norma comunitaria. En efecto, el carácter *quasi* automático de la trasposición de la Directiva Europea por el legislador italiano llega hasta el extremo de que, en determinados puntos, se reproduce el tenor literal del articulado del texto comunitario.

Mientras tanto, España optó en su día por integrar la Directiva comunitaria dentro del propio Estatuto de los Trabajadores que, ya desde 1980, recogía la regulación del tiempo de trabajo y los descansos laborales. Ello pudo deberse, principalmente, a que muchos de los mínimos impuestos por la UE ya se contemplaban, e incluso se superaban, en el ordenamiento interno. Sin embargo, es esta inercia legislativa conservadora o inmovilista la que, probablemente junto a otros factores, ha propiciado importantes defectos de transposición en la normativa nacional y, a su vez, diversas disonancias e incompatibilidades aplicativas entre las instituciones que integran la jornada de trabajo en sentido amplio; que como se ha visto, se reproducen de forma continuada a lo largo del tiempo. Cuestiones, todas ellas, que, obviamente, no se

¹⁴ En efecto, al igual que sucede la jornada absoluta, las horas extraordinarias y cualquier otra institución del tiempo de trabajo que tenga una dimensión anual, el periodo de devengo fijado para su disfrute puede coincidir con el año natural o cualquier otro periodo de doce meses que se hubiese fijado a tal efecto en el calendario.

¹⁵ En sentido contrario, defendiendo una interpretación literal del precepto que, por tanto, habilite la compensación de los excesos de jornada sobre el ciclo anual siguiente: RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo”, en Relaciones Laborales, nº 12, diciembre 2014, edición digital, págs. 6-10.

¹⁶ SAN 04/07/2014 (St. Nº. 137/2014). Así, ha sido esta interpretación de la reforma operada por el RDL 16/2013 en el art. 34 del ET la que ha precipitado este cambio interpretativo en la AN, que apenas meses antes de su promulgación mantenía, sobre este punto, un criterio coherente con el régimen general de la jornada de trabajo: SAN 24/05/2013 (St. Nº. 147/2013).

presentan en el marco italiano; que precisamente por la sobriedad y fidelidad mostrada a la Directiva comunitaria sobre la materia no presenta, al menos desde el punto de vista técnico, estos problemas.

5. CONCLUSIONES

De todo lo anterior se extrae una clara conclusión: resulta recurrente en la práctica legislativa en nuestro país que, en materia de jornada laboral y descansos, se pierda de vista la óptica omnicomprendensiva con la que debiera enfocarse esta institución, en la que los distintos elementos que la conforman ostentan un altísimo grado de interdependencia. Ello, a su vez, es fuente de importantes problemas técnicos y aplicativos, que generan un alto grado de incerteza e inseguridad jurídica en un aspecto tan sensible para las partes de la relación laboral como el tiempo de trabajo; que, como se sabe, conforma nada menos que el objeto del contrato. Por ello, resulta necesario corregir los diversos problemas actuales sobre este punto a través de los pertinentes ajustes legislativos y, de cara al futuro, no volver a reincidir en los citados errores.

Capítulo XVI. La supresión del cumplimiento del servicio militar como causa de suspensión del contrato de trabajo (¿se ha olvidado el legislador del derecho a la libre circulación en Europa?)

PATRICIA PRIETO PADÍN

Investigadora contratada predoctoral FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León

Resumen

El nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores hace desaparecer el servicio militar del elenco de causas de suspensión del contrato. El presente artículo pretende aquilatar los principales problemas jurídicos que esta decisión conlleva para los nacionales de otros Estados que han de realizar esta prestación obligatoria en su país de origen, terciando en el debate que pudiera suscitarse entre la discriminación por razón de la nacionalidad, la libre circulación de trabajadores cuando se trate de ciudadanos de la Unión Europea y la potestad del legislador nacional para decidir sobre esta materia. Amén de la valoración y alternativas provenientes de otras normas sectoriales, entre sus conclusiones se ofrecen al lector posibles soluciones derivadas del propio Estatuto de los Trabajadores para integrar un evidente vacío legal.

Abstract

The new revised text of the Workers' Statute eliminates the military service of the cast of grounds for suspension of the contract. This article aims to appraise the main legal problems that this decision entails for nationals of other States who have to make this mandatory service in their country of origin, mediating in the debate: the discrimination based on nationality, the free movement of workers in the case of citizens of the European Union and the power of the national legislator to decide on this matter. Aside from the valuation and alternatives from other sectorial rules, among the conclusions the article provides the reader with possible solutions under the Statute of Workers to integrate an obvious loophole.

1. LA DESAPARICIÓN DE LA CAUSA DE SUSPENSIÓN EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y SUS PROBLEMAS

Separándose de la opción normativa precedente, el nuevo Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, ya no contempla entre las causas justificativas de suspensión del contrato de trabajo relativa al “cumplimiento del servicio militar o prestación social sustitutoria”. Ha eliminado así la prerrogativa que, en virtud del antiguo apartado e) del art. 45.1 ET/1995, legitimaba la interrupción de las obligaciones recíprocas de trabajar y abonar el salario (art. 45.2 ET/1995) y, en consecuencia, reconocía al afectado llamado a filas u objetor de conciencia la reserva de puesto de trabajo (art. 48.1 y 3 ET/1995)¹, siempre y cuando, instara su reincorporación en el plazo máximo de 30 días naturales a partir del cese en el servicio (art. 48.3 ET/1995). En coherencia con la supresión definitiva de esta causa suspensiva, el legislador omite en el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, cualquier mención relativa al servicio militar y a la prestación social sustitutoria; en concreto, la

¹ Esta prerrogativa aparecía reconocida expresamente en diversas normas sectoriales: de un lado, a los obligados al servicio militar (art. 55.1 LO 13/1991, de 20 diciembre, del servicio militar y art. 9.2.1) RD 1410/1994, de 25 de junio); de otro, a los objetores de conciencia (art. 10 Ley 22/1998, de 6 julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria y art. 75.2 RD 700/1999, de 30 de abril).

omisión puede ser constatada en el art. 166 LGSS/2015 cuando enuncia los supuestos que generan situación asimilada al alta (en contraste con lo establecido en el antiguo art. 125.2 LGSS/1994), así como en el art. 271 LGSS/2015, cuando regula la suspensión del derecho a la prestación por desempleo (anteriormente redactado en virtud del art. 212.1. b) LGSS/1994).

Este cambio puede no resultar trascendente o pasar desapercibido de considerar cómo dicha causa suspensiva ha subsistido en el ordenamiento laboral español –incluido el ámbito de la autonomía colectiva–, pese a que la obligatoriedad de este servicio no existe en España desde el 31 de diciembre de 2001 (fecha en la cual así lo declaró el Gobierno en el RD 247/2001, de 9 de marzo, y RD 342/2001, de 4 de abril, acortando en un año la data alcanzada en la disposición adicional 13ª Ley 17/1999, de 18 de mayo); sin embargo, y aunque tal previsión legal ha sido calificada como “curios[a]”² o “llamativa”³, o algunos autores hayan abogado por la derogación formal⁴, lo cierto es que su ausencia actual en el panorama normativo jurídico laboral español (si bien aplaudida por la doctrina⁵) es susceptible de generar dos problemas jurídicos fundamentales:

A) De un lado, porque si bien desde la suspensión legal del servicio militar obligatorio en España el análisis de la causa laboral debía efectivamente tomar otra perspectiva, todavía existen argumentos legales y constitucionales para conservar la prerrogativa.

El principal motivo sopesado por el legislador para proceder a la derogación de esta causa suspensiva queda situado, según la Memoria del análisis de impacto normativo elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social que acompañaba al Proyecto de refundición, en el hecho de que no es “en absoluto previsible que [el servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria] se vuelvan a implantar y, de hacerse, forzosamente tendría que hacerse por norma con rango de ley”⁶. Parecer luego ratificado por los dictámenes del Consejo de Estado, en virtud de los cuales la

² Añadiendo cómo “es indiscutible que hoy en día no puede producirse suspensión alguna de la relación laboral debido a vinculación militar del trabajador (...) por cuanto se trata de un servicio militar ‘voluntario’”, CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, pág. 360 y 8ª ed., 2015, pág. 361.

³ OJEDA AVILÉS, A., IGARTUA MIRÓ, Mª. T., y MARÍN ALONSO, I.: *La suspensión del contrato de trabajo y excedencias*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, págs. 70 y 71, refiriéndose básicamente a las previsiones en convenios colectivos y apuntando cómo “el proceso negociador suele centrarse en las cuestiones más cotidianas de los trabajadores (...), y dejan inamovibles el resto de materias ya tratadas en otras ocasiones durante la negociación de convenios anteriores”.

⁴ “Carece actualmente de sentido y debe entenderse tácitamente derogado”, SOLÁ MONELLS, X.: “Art. 45. Causas y efectos de la suspensión”, en VV.AA. (DEL REY GUANTER, S., Coord.): *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2007, pág. 927; o “No se entiende por qué el legislador mantiene el servicio militar o la prestación social sustitutoria cuando han dejado de ser obligatorios”, PATRICIO JIMÉNEZ, D.: *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, ESIC, 2014, pág. 156.

⁵ “Siguiendo una lógica que debió llevar a su desaparición mucho antes, el nuevo TRET se ha atrevido por fin a suprimir la letra e) del artículo 45.1 del viejo TRET”, en las contundentes palabras de MOLINA NAVARRETE, C.: “‘Mientras tanto...’: un ‘cosmético’ nuevo texto refundido del Estatuto de los Trabajadores”, *RTSS (CEF)*, núm. 392, 2015, pág. 96.

⁶ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Memoria del análisis de impacto normativo: Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, 30 junio 2015, en <http://www.cve.es/cve/wp-content/uploads/2015/06/MAIN-RD-LEG-ET.pdf>.

suspensión del servicio militar obligatorio “se aprobó sin limitación de tiempo y sin una previsión expresa de conclusión”, de forma que, en un contexto de “aparente vocación de permanencia”, la eliminación de esta causa “contribuye a aclarar la redacción de[] precepto, ya de por sí muy extenso y complejo, armonizándolo con el resto del ordenamiento jurídico”; todo ello sin perjuicio de que, a raíz de una “eventual reinstauración” del servicio, pudiera “acometerse de nuevo la incorporación de estas circunstancias [a la legislación laboral y de Seguridad Social]”⁷.

Frente a estos argumentos toma cuerpo, sin embargo, el razonamiento diferente defendido por el Consejo Económico y Social; en concreto, recordando como el servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria “se encuentran en la actualidad únicamente suspendido[s]”, pero no formalmente abolidos⁸, este órgano consultivo en materia socioeconómica y laboral plantea interrogantes sobre “la conveniencia de suprimir tales [causas] (...) a fin de evitar cualquier supuesto de desprotección en caso de reversión”⁹.

Si bien desde la suspensión del servicio militar obligatorio en 2001 –y pese a haber existido algún planteamiento sobre su reanudación¹⁰– el reclutamiento en España es voluntario, el criterio seguido por el CES no sólo aparece estrechamente unido a la posibilidad atribuida al legislador en nuestra Carta Magna de reestablecer estas prestaciones (“la Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”, art. 30.2 CE); también asegura la protección del trabajador en aquellas circunstancias en las cuales, aplicando una interpretación análoga, resulte exigible el

⁷ Dictámenes del Consejo de Estado, núm. 838/2015, de 8 de octubre de 2015, sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-838>, y núm. 1019/2015, de 15 de octubre de 2015, sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-1019>.

⁸ De hecho, aún existe alguna previsión legal sobre esta materia para colectivos concretos. Un ejemplo significativo el contenido en el todavía vigente art. 53.3 Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, a cuyo tenor “en orden al cumplimiento del Servicio Militar, el deportista de alto nivel gozará (...) de los siguientes beneficios: a) Prórroga de incorporación al servicio en filas; b) Elección del lugar de cumplimiento de dicho servicio, si hubiera guarnición de alguno de los Ejércitos para facilitar su preparación de acuerdo con la especialidad deportiva; c) Opción del llamamiento de incorporación a filas; [y] d) (...) se le facilitará la preparación y el entrenamiento necesarios para el mantenimiento de su forma física y técnica, y se le permitirá la participación en cuantas competiciones oficiales esté llamado a concurrir”.

⁹ Objeción realizada por el Consejo Económico y Social, tanto en el Dictamen núm. 12/2015, de 28 de julio de 2015, sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic122015.pdf>, como en el Dictamen núm. 14/2015, de 23 de septiembre de 2015, sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic142015.pdf>.

¹⁰ Frente a quienes pudieran pensar que el servicio ya no tiene sitio en la sociedad española, cabría sopesar la propuesta manifestada en 2014, durante una conferencia pronunciada en el Fórum Europa Tribuna Mediterránea, por el Teniente General Jefe del Cuartel General Terrestre de Alta Disponibilidad de la OTAN en Bétera (Valencia), Rafael Comas, quien, extrapolarlo el ejemplo nórdico, es partidario de recuperar–convenientemente transformado– el servicio militar obligatorio en España. La noticia en <http://www.nuevaeconomiaforum.org/noticias/rafael-comas-partidario-de-reimplantar-el-servicio-militar-obligatorio>.

derecho y deber de los españoles de defender a España (art. 30.1 CE), conforme ocurre con la incorporación a las Fuerzas Armadas de reservistas obligatorios¹¹ cuando en situaciones de crisis “no quedaran satisfechas las necesidades de la defensa nacional” con los efectivos de militares obligatorios y reservistas voluntarios y de especial disponibilidad (art. 50 RD 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas), la imposición a los ciudadanos –sin necesaria integración en cuerpos armados– de un “servicio civil¹² para el cumplimiento de los servicios de interés general” (art. 30.3 CE) en supuestos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública; o, en fin, el requerimiento para cumplir “prestaciones personales (...) de carácter público” (art. 31.3 CE), por más que en este último caso la referencia lo sea a la contribución al sostenimiento de los gastos públicos.

B) De otro lado, y siendo objeto específico de análisis en este texto al presentar mayor envidia jurídica, porque –ampliando horizontes más allá de las fronteras nacionales– esta causa suspensiva ha venido resultando plenamente operativa de tomar en consideración la obligación de cumplir con el servicio militar de ciertos ciudadanos extranjeros (europeos o no) que prestan servicios por cuenta ajena en España¹³. El cambio normativo acarrea bastante incertidumbre y agrega, sin duda, un elemento perturbador en la relación laboral de quienes, sujetos a la legislación laboral española, pueden ser llamado a filas en su país de origen.

2. LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR EL SERVICIO MILITAR EN OTROS PAÍSES EUROPEOS

En virtud del art. 4.2 TUE cada Estado Miembro es soberano para decidir la organización de la defensa del orden público y seguridad nacional, incluida la opción por un servicio militar obligatorio o no¹⁴. Las revoluciones democráticas en Europa Central y Oriental de 1989, así como la aspiración en los países europeos de lograr una paz duradera, representaron un primer paso en el cambio de las políticas de defensa dentro de la UE: frente la línea dominante seguida tiempo atrás, algunos empezaron a remplazar el servicio militar obligatorio por los ejércitos profesionales voluntarios.

No procede entrar al detalle de la organización del servicio militar en sus distintas manifestaciones (disponibilidad, actividad –servicio de filas y eventual– y reserva), o

¹¹ Un análisis de esta situación especial en SEDANO LORENZO, A.: “El sistema de reservista y su regulación jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 8373, 2014, págs. 12-17.

¹² Reparando que la aplicación de la causa suspensiva resulta operativa en “la situación de los reservistas [obligatorios] y a los que presten el servicio civil del art. 30.3 de la Constitución”, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.A.: *Derecho del Trabajo*, 26ª ed. (revisada), Madrid, Civitas, 2009, pág. 556.

¹³ Dando cuenta de tal realidad, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión” y “Artículo 48. Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, en VV.AA. (CRUZ VILLALÓN, J.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; GOERLICH PESET, J.M. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 2011, págs. 452 y 485; MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 529 o MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 24ª ed., Madrid, Tecnos, 2015, pág. 765.

¹⁴ Sobre la imposibilidad de obligar al Estado Miembro de que se trate, “bien a extender a las mujeres la obligación de efectuar el servicio militar, y por tanto, a imponerles las mismas desventajas en materia de acceso al empleo, bien a suprimir el servicio militar”, STJCE 186/01, de 11 marzo 2003, asunto Alexander Dory.

periodo de tiempo requerido en cada una de las fases y requisitos subjetivos de los ciudadanos obligados (así como las exenciones y prerrogativas legales o poder de negociación que ostentan ciertas personas para librar o aplazar el cumplimiento del deber¹⁵); tampoco entrar a considerar de manera exhaustiva aquellos países en los cuales, pese a no existir servicio militar obligatorio, el reclutamiento forzoso viene contemplado como una opción legalmente posible en caso de emergencia nacional o escasez de reservistas voluntarios, o no se descarta su reimplantación normal (al igual que en España, tal acaece en Alemania, Croacia, Países Bajos, Portugal, República Checa o Suecia). Baste con constatar la entidad del problema: en el ámbito de la Unión Europea el servicio militar es obligatorio en Austria¹⁶, Chipre¹⁷, Dinamarca¹⁸, Estonia¹⁹, Finlandia²⁰, Grecia²¹ y Lituania²²; igual ocurre en otros países europeos no integrados en la Unión Europea pero si fuertemente imbricados en sus actuaciones (Noruega, Suiza, Rusia o Turquía); por último, no cabe ignorar la situación de los nacionales de multitud de países no europeos, en los cuales este deber público prevalece sobre la actividad laboral desarrollada y una negativa a su cumplimiento les puede originar serios conflictos, al poder conllevar persecución, delito o penas a su destinatario.

Interesante sería, además, considerar diversas variantes capaces de servir en apoyo a la idea de que no es difícil descartar la reimplantación del servicio militar, en atención a los siguientes hechos: a) cuando un Gobierno ha decidido realizar un referéndum para

¹⁵ El colectivo más mediático viene dado por los deportistas profesionales. Basten algunos ejemplos: el croata Robert Prosinecki, jugador de fútbol del Real Madrid, tuvo que solicitar una prórroga para realizar el servicio militar, http://elpais.com/diario/1991/01/17/deportes/664066802_850215.html; el serbio Mateja Kezman, jugador de fútbol del Atlético de Madrid también encontró el mismo obstáculo, <http://www.mediotiempo.com/futbol/mexico/noticias/2006/02/02/ministro-serbio-pide-que-se-exima-a-mateja-kezman-del-servicio-militar>; en fin, en el ámbito internacional, al serbio Vlade Divac, jugador de baloncesto de Los Ángeles Lakers, se le concedió un aplazamiento de tres años para la prestación de su servicio militar, http://articles.latimes.com/1989-08-31/sports/sp-2142_1_vlade-divac.

¹⁶ PERMANENT MISSION OF AUSTRIA TO THE OSCE: *REPUBLIC OF AUSTRIA. Information exchange on the Code of conduct on politico-military aspects of security*, Viena, Organization for Security and Co-operation in Europe, 2015, <http://www.osce.org/fsc/152356?download=true>, en especial págs. 26 y 27.

¹⁷ PERMANENT MISSION OF THE REPUBLIC OF CYPRUS TO THE OSCE: *REPUBLIC OF CYPRUS. Information exchange on the Code of conduct on politico-military aspects of security*, Viena, Organization for Security and Co-operation in Europe, 2015, <http://www.osce.org/fsc/151091?download=true>, en especial pág. 31.

¹⁸ PERMANENT MISSION OF DENMARK TO THE OSCE: *DENMARK. Information exchange on the Code of conduct on politico-military aspects of security*, Viena, Organization for Security and Co-operation in Europe, 2015, <http://www.osce.org/fsc/179006?download=true>, en especial págs. 23 y 24.

¹⁹ PERMANENT MISSION OF THE REPUBLIC OF ESTONIA TO THE OSCE: *REPUBLIC OF ESTONIA. Information exchange on the Code of conduct on politico-military aspects of security*, Viena, Organization for Security and Co-operation in Europe, 2015, <http://www.osce.org/fsc/150961?download=true>, en especial pág. 22.

²⁰ PERMANENT MISSION OF FINLAND TO THE OSCE: *FINLAND. Information exchange on the Code of conduct on politico-military aspects of security*, Viena, Organization for Security and Co-operation in Europe, 2015, <http://www.osce.org/fsc/151256?download=true>, en especial pág. 19.

²¹ PERMANENT MISSION OF GREECE TO THE OSCE: *GREECE. Information exchange on the Code of conduct on politico-military aspects of security*, Viena, Organization for Security and Co-operation in Europe, 2015, <http://www.osce.org/fsc/150646?download=true>, en especial pág. 11.

²² PERMANENT MISSION OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA TO THE OSCE: *REPUBLIC OF LITHUANIA. Information exchange on the Code of conduct on politico-military aspects of security*, Viena, Organization for Security and Co-operation in Europe, 2015, <http://www.osce.org/fsc/152376?download=true>, en especial págs. 9 y 10.

su abolición, ha ganado el mantenimiento del servicio (Austria²³); o, en sentido contrario, b) cuando han existido propuestas para su reimplantación o instauración, mientras que algunas aún pudieran estar latentes (España, Reino Unido²⁴ o Polonia²⁵), otras se convirtieron en realidad, retomando la obligación aun cuando fuera de manera temporal (Lituania²⁶) o instaurando de manera definitiva para el colectivo de mujeres (Noruega²⁷).

3. UNA CONSIDERACIÓN PRIMERA: SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR NACIONALIDAD O EL DERECHO DEL LEGISLADOR NACIONAL A DECIDIR EN ESTA MATERIA

Si bien el obstáculo que para los trabajadores españoles pudiera derivar de una teórica reanudación del servicio militar obligatorio cabría salvarlo con la incorporación de una medida legal específica destinada proteger el empleo durante ese tiempo en el ámbito laboral, el problema derivado de tal decisión para los ciudadanos extranjeros o comunitarios susceptibles de ser llamados a filas en su país de origen provoca un dilema de mayor envergadura que requiere considerar dos posiciones diferentes y abiertamente contradictorias. La lectura de algunas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este asunto proporciona varias pautas de interés en aval de ambas.

Así, de un lado, cabe reseñar aquellos pronunciamientos para los cuales resulta conveniente garantizar la igualdad sin distinción de nacionalidad, y reconocer al migrante que haya tenido que interrumpir su actividad en una empresa de otro Estado miembro para cumplir sus obligaciones militares nacionales los mismos derechos que a los nacionales del país donde presta servicios. Como tales cabe citar el derecho a computar tal período pasado en filas en el cálculo de su antigüedad en la empresa²⁸; o, a efectos de Seguridad Social, conceder el beneficio de la prórroga del derecho a una pensión de orfandad más allá de la edad de 25 años para los titulares de pensión cuya formación haya quedado interrumpida debido a tal cumplimiento²⁹.

Esta línea judicial (más razonable y equitativa) guarda, sin duda, sintonía con la aplicación del derecho a la libre circulación y a la interdicción de toda discriminación directa o indirecta por razón de nacionalidad³⁰ recogido en el art. 18 TFUE [precepto

²³ En un referéndum no vinculante celebrado en enero de 2013, cerca del 60% de los austriacos votaron en contra de la propuesta de poner fin a la conscripción e introducir un ejército profesional, <http://www.bbc.com/news/world-europe-21110431>.

²⁴ Sobre la idea del Príncipe Harry de traer de vuelta el servicio nacional a Reino Unido, <http://edition.cnn.com/2015/05/17/europe/harry-national-service/>.

²⁵ Debido a la crisis de Ucrania y al mayor nivel de actividad de las fuerzas rusas, <http://euroviews.eu/?p=1577>.

²⁶ Aunque el servicio militar obligatorio fue suspendido el 15 de septiembre de 2008, el legislador restableció el reclutamiento forzoso en marzo de 2015 por un período temporal de 5 años, <http://www.baltic-course.com/eng/legislation/?doc=104043>.

²⁷ Considerando que la obligatoriedad de este servicio debía estar en sincronía con el resto de la sociedad y con el principio de igualdad de condiciones con los hombres, <http://www.norway.org.uk/norwayandcountry/Current-Affairs/Norwegian-Politics/Norway-Extends-Compulsory-Military-Service-to-Women/#.VnMDJIUvdD9>.

²⁸ STJCE 15/69, de 15 octubre 1969, asunto Ugliola.

²⁹ STJCE 131/96, de 25 junio 1997, asunto Mora Romero.

³⁰ Un estudio actual sobre esta piedra angular y principio fundamental en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, en especial págs. 404 y ss.

que puede ser invocado por “todo ciudadano de la Unión Europea (...) en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión Europea”³¹], y especificado en el art. 45 TFUE para garantizar la libre circulación de los trabajadores con oposición a “toda discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo” (apartado 2). Sus manifestaciones concretas en el ámbito específico de las condiciones de empleo y trabajo aparece también en el derecho derivado, concretamente en el art. 7.1 Reglamento n° 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión así como en las pautas proporcionadas por la Directiva 2014/54/UE, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores o por la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros.

En el polo opuesto, otros fallos estiman justamente lo contrario, afirmando cómo no procede conceder el derecho a continuar abonando las cotizaciones patronales y del trabajador al seguro complementario de vejez y supervivencia para empleados del sector público por la cuantía prevista en el supuesto de que la relación laboral no hubiera sido suspendida por razón del llamamiento a filas del trabajador³², o ratificando la decisión de no computar, en el cálculo de los períodos de seguro cubiertos a efectos del examen del derecho a las prestaciones por desempleo, un período de servicio militar obligatorio realizado en otro Estado Miembro³³.

Los argumentos utilizados en aval del anterior criterio limitativo de derechos parten del hecho de que el cumplimiento del servicio militar y cuantos beneficios pudieran dar lugar son “cuestiones de Derecho Público y no de Derecho Laboral”³⁴; a sus resultas, la protección otorgada durante tal periodo no constituye una obligación derivada del contrato, ni una ventaja social aplicable a los trabajadores de los otros Estados en las mismas condiciones que a los nacionales³⁵. Obviamente esta consideración –errónea desde su planteamiento– resulta inapropiada para facilitar la movilidad dentro de la UE y es evidentemente discriminatoria por razón de nacionalidad.

Todos los anteriores supuestos guardan dos diferencias fundamentales con el ahora analizado: a) la petición no es el mantenimiento del puesto, sino otros derechos anejos al mismo y, b) la pretensión no radica en aplicar una prerrogativa no recogida expresamente en la ley para los propios nacionales, pero sí operativa a nacionales de otros Estados, sino asimilar el servicio militar cumplido en otro país al ejecutado con arreglo a su propia legislación, es decir, reconocer a los trabajadores de otros Estados Miembros un derecho en las mismas condiciones que a los nacionales. Con todo, el

³¹ STJUE 46/12, de 21 febrero 2013, asunto L.N., o Conclusiones del Abogado General presentadas el 4 junio 2015 a la todavía pendiente STJUE 299/14 Asunto García Nieto y otros.

³² STJCE 315/94, de 14 marzo 1996, asunto Peter de Vos.

³³ STJCE 372/02, de 11 noviembre 2004, asunto Roberto Adánez-Vega.

³⁴ Alegación del empresario apuntada por las Conclusiones del Abogado General del TJCE presentadas el 10 julio 1969 a la posteriormente dictada STJCE 15/69, de 15 octubre 1969, asunto Ugliola.

³⁵ Incluso aunque la obligación tuviera “origen convencional” pues fue “prevista sólo por razones de técnica administrativa”, STJCE 315/94, de 14 marzo 1996, asunto Peter de Vos.

problema de fondo es sustancialmente análogo en su intento por evitar las consecuencias negativas del llamamiento a filas sobre la condición de trabajador y su carrera laboral.

El conflicto significado dista de ser exclusivo de España, pues aparece reproducido en la mayor parte de los países del entorno europeo, en especial en aquellos donde no existe tal deber público, al no mediar disposición específica destinada de manera expresa a preservar el empleo durante este periodo. En este sentido, y si bien la lógica lleva a que un legislador estatal no pueda prever todas las circunstancias susceptibles de afectar a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión Europea, así como que los Estados Miembros ostentan plena facultad para regular las consecuencias del llamamiento a filas sobre la actividad profesional, ello no debe implicar que la contingencia no sea protegible cuando haga acto de presencia, conforme ocurre en el ordenamiento español, donde el art. 14 CE proclama el principio de igualdad como derecho fundamental, acompañando tal decisión del enunciado de una serie de circunstancias discriminatorias proscritas entre las cuales cabe citar “el nacimiento” y “cualquier otra circunstancia personal o social”. Disposición aún más clara de atender a la normativa laboral, pues el art. 17 ET veda cualquier disposición reglamentaria, pacto colectivo o individual o decisión unilateral del empresario que, directa o indirectamente, establezca diferencias de trato “en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y de más condiciones de trabajo” por diversos motivos, entre los cuales interesa el “origen” del trabajador.

A la postre procedería reflexionar sobre cuánto ha sentado el Tribunal de Justicia y considerar el llamamiento a filas no acompañado de las debidas garantías como una de las normas contrarias al principio de igualdad, en tanto lo prohibido no son sólo “discriminaciones ostensibles basadas en la nacionalidad (...), sino también toda forma encubierta de discriminación, que por aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado”³⁶.

4. LA INTEGRACIÓN DE UNA LAGUNA EVIDENTE A PARTIR DE OTROS ARGUMENTOS JURÍDICOS

Siguiendo la recomendación de la OIT³⁷, injusto sería que quien se ve impedido de acudir al trabajo por reclamar sus servicios el Estado de origen viera extinguido el contrato laboral que le une con la empresa; de ahí que, ante el llamamiento a filas de quien –europeo o extranjero– presta servicios en España, y eliminada la posibilidad de suspensión del contrato de trabajo “por cumplimiento del servicio militar o prestación social sustitutoria” antes prevista en el art. 45.1.e) ET/1995, procedería considerar otros mecanismos legales para proteger el empleo de aquel que sufre este hecho externo, imperativo e incompatible con la actividad laboral.

En una búsqueda de soluciones para evitar la terminación de la relación de trabajo, cabe aludir a una doble alternativa:

³⁶ SSTJCE 131/96, de 25 junio 1997, asunto Mora Romero; 332/05, de 18 enero 2007, asunto Aldo Celozziy 507/06, de 21 febrero 2008, asunto Klöppel.

³⁷ El art. 5 b) Recomendación núm. 166 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, dispone que “no deberían constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (...) la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio”.

A) De un lado procedería situar todas aquellas opciones derivadas de la autonomía de las partes, tanto en la vertiente colectiva como individual.

Cabría así apuntar el acuerdo alcanzado por empresario y trabajador individualmente considerados para salvaguardar esta circunstancia. Compromiso que podría, por una parte, plasmarse al inicio de la relación laboral si las partes ya tienen conocimiento del hecho futuro [en cuyo caso, bastaría con acudir a la suspensión del contrato por causas válidamente consignadas en el contrato de trabajo prevista en el art. 45.1.b) ET]; por otra, forjarse *a posteriori*, cuando acaece la contingencia, resolviendo la situación por la vía del mutuo acuerdo de las partes [art. 45.1.a) ET]. Pero, sin duda, el instrumento llamado ahora verdaderamente a jugar un papel trascendental para cubrir el vacío que antes protegía expresamente la norma legal, y extender en consecuencia la cobertura de la suspensión del contrato de trabajo a trabajadores no españoles obligados a cumplir con el servicio militar en su país de origen, es el fruto de la negociación colectiva.

De profundizar en su contenido, cabrá apreciar cómo diversos convenios colectivos acordados en los últimos años han mostrado un apreciable interés en preservar este derecho, bien conservando y transcribiendo la causa suspensiva tal y como el legislador la contemplaba³⁸ (pudiendo también inferir tácitamente la suspensión –a pesar de no recogerla expresamente como causa– por referirse a esta contingencia en medidas tales como el reconocimiento del cómputo de antigüedad³⁹, la interrupción del cómputo para celebrar algún tipo de contrato de trabajo⁴⁰, la posibilidad de contratar personal interino para sustituir a los trabajadores afectados⁴¹, respetar los derechos del personal en caso de subrogación empresarial⁴² o, en fin, extender la protección de la póliza seguro

³⁸ Art. 9 CC Thyssenkrupp elevadores, S.L.U. (BOE núm. 94, de 19 abril 2013) y art. 69.1.e) CC Ayuntamiento de San Juan de Aznalfarache y Patronato Municipal de Deportes (BOP Sevilla núm. 208, de 7 de septiembre de 2013).

³⁹ Art. 21 CC industria siderometalúrgica de la provincia de Valladolid (BO Valladolid núm. 191, de 20 agosto 2015), art. 13.5 CC industria siderometalúrgica de la provincia de Sevilla (BOE núm. 227, de 20 septiembre 2015), apartado V. 2. g) CC 3M España, S.A. (BOE núm. 181, de 30 julio 2013), art. 11 CC Flex Equipos de Descanso, SA Unipersonal (BOE núm. 288, de 30 noviembre 2012), art. 36 CC CLH Aviación, S.A. (BOE núm. 236, de 30 septiembre 2011) y art. 40 CC Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, S.A. (BOE núm. 146, de 20 junio 2011); añadiendo “mientras este sea obligatorio”, art. 9 CC sector del comercio de la madera y corcho de Navarra (BOP Navarra, núm. 121, de 23 junio 2014); refiriéndose indistintamente a si se realiza “en forma voluntaria u obligatoria”, art. 24.3 CC Compañía La Casera, S.A. (BOE núm. 234, de 28 septiembre 2011) y art. 21.3 CC Schwepes, S.A. (BOE núm. 174, de 21 julio 2012).

⁴⁰ Concretamente en la modalidad de contrato en prácticas, “no podrán haber transcurrido más de 4 años, desde la obtención del título, interrumpiendo el servicio militar o social sustitutorio dicho cómputo”, art. 32 CC comercio de automóviles, accesorios y recambios de la provincia de Santa Cruz de Tenerife (BO Tenerife núm. 3 abril 2015).

⁴¹ Importante la coletilla “y otras de naturaleza análoga” en art. 9 e) CC jardinería (BOE núm. 199, de 19 agosto 2011) y apartado II.3.b) 2ª CC 3M España, S.A. (BOE núm. 181, de 30 julio 2013). Apuntando cómo la movilidad funcional por razones del servicio acaecida a estos trabajadores interinos puede ser superior a tres meses ininterrumpidos, art. 6.6.3 c) CC artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE núm. 168, de 15 julio 2015).

⁴² Siempre que tengan una antigüedad de tres meses, art. 11 CC actividad de Garajes, Estaciones de Lavado y Engrase, Aparcamientos y Parkings de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BO La Rioja núm. 126, de 2 octubre 2015), o cuatro meses, art. 24 CC empresa CLECE, S.A., del servicio de limpieza del Hospital Comarcal de Melilla (BO Ciudad de Melilla núm. 24 marzo 2015) y anexo III, apartado IV, CC sector de industria de hostelería de Navarra (BO Navarra núm. 69, de 8 abril 2014).

colectivo adscrito por la empresa⁴³); bien mejorando la cobertura estatal [a veces erróneamente supeditada a la reanudación del servicio militar forzoso en España⁴⁴ o a lo previsto en la legislación vigente⁴⁵] con diferentes mecanismos, entre los cuales destacan: a) acoger la protección suspensiva también de acceder al servicio militar de forma voluntaria⁴⁶ [anomalía portadora de un elemento subjetivo de voluntad, el cual puede servir tanto para proteger un cambio experimental de profesión si el trabajador no está obligado, como para adelantar el deber militar cuando el ciudadano no ha sido todavía llamado a filas]; b) reconocer el derecho a percibir el sueldo⁴⁷ o las pagas extraordinarias⁴⁸ durante ese tiempo; c) ofrecer una excedencia especial al amparo del art. 46.6 ET, sabiendo que a veces la reserva de puesto de trabajo alcanza a “un mes más”⁴⁹ o “dos meses adicionales más”⁵⁰ desde la finalización del servicio, sólo sea

⁴³ Art. 56 CC sector montajes y empresas auxiliares del Principado de Asturias (BO Principado de Asturias, núm. 117, de 22 mayo 2014); en diferente sentido, estableciendo la suspensión (que no extinción) del seguro de vida adscrito, anexo 10, Apartados 1.3 y 2.5, CC Robert Bosch España, Fábrica Madrid, Sociedad Anónima Unipersonal (BO Comunidad de Madrid núm. 22, de 27 de enero de 2014) o, contemplándolo como riesgo excluido en el seguro de accidentes, art. 53.1 c) CC Distribución Integral Logística, S.A. (BOE núm. 59, de 9 marzo 2012).

⁴⁴ Así lo apunta la disposición adicional 6ª CC aparcamientos, estacionamientos regulados de superficie, garajes, servicio de lavado y engrase de vehículos de Cataluña (DO Generalitat de Cataluña núm. 6979, de 25 mayo 2015), estableciendo que las mejoras previstas “no se aplicaran en tanto la legislación vigente mantenga abolido tanto el servicio militar forzoso como la prestación social sustitutoria, en caso contrario se reincorporará al articulado del presente convenio”. En términos similares, el art. 32 CC comercio del mueble de Madrid (BO Comunidad de Madrid núm. 166, de 15 julio 2013) afirma que “los trabajadores afectados por el presente convenio no podrán optar a ningún permiso relacionado con este asunto. No obstante, si en el futuro se implantase de nuevo el Servicio Militar o similar, las partes firmantes del presente convenio se comprometen a mantener el articulado anterior en términos similares”.

⁴⁵ Art. 45 CC Petróleos del Norte, S.A. –Petronor– (BOE núm. 212, de 4 septiembre 2015), aun cuando la denomina excedencia forzosa y lleva aparejada la percepción, durante el periodo de permanencia en el servicio militar obligatorio o voluntario, del 50% de la retribución neta del nivel que ostente.

⁴⁶ Art. 65.1.e) CC industria salinera (BOE núm. 303, de 16 diciembre 2014), o por situación de reservista voluntario mientras se encuentren activados, art. 56.2 CC personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (BOE núm. 306, de 23 diciembre 2013). En términos similares, art. 35.e) CC Protección Castellana, S.L. (BOE núm. 88, de 13 abril 2011).

⁴⁷ Únicamente “en caso de movilización, el personal tendrá derecho a percibir el sueldo íntegro si trabaja media jornada en la empresa y medio sueldo en los demás casos”, art. 36 CC CLH Aviación, S.A. (BOE núm. 236, de 30 septiembre 2011) y art. 40 CC Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, S.A. (BOE núm. 146, de 20 junio 2011); exclusivamente “los pilotos que sean requeridos con carácter ineludible (...) les será abonado el 50 por 100 de su retribución con exclusión de la prima por razón de viaje garantizada”, art. 50 CC Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal y sus tripulantes pilotos (BOE núm. 128, de 27 mayo 2014).

⁴⁸ Art. 18 CC industrias pimentoneras (BO Región de Murcia núm. 128, de 5 junio 2014); añadiendo el adjetivo obligatorio al servicio militar, art. 16 CC Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA (BOE núm. 78, de 1 abril 2015) o, amparando también el voluntario, art. 27 CC Cargill, S.L.U. y CargillOilPackers, S.L. (BOE núm. 156, de 1 julio 2011).

⁴⁹ Art. 22 CC comunidad de regantes de la margen izquierda del pantano de rosarito (BOP Caceres núm. 181, de 19 septiembre 2014).

⁵⁰ Tanto si el trabajador se incorpora al servicio militar de manera obligatoria o voluntaria (o efectúa la prestación social sustitutoria): art. 33 CC Grupo Cetelem (BOE núm. 303, de 19 diciembre 2013), art. 10.3 CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE núm. 202, de 23 agosto 2013), art. 29 B) Interprovincial de la empresa Renault España, SA.(BOE núm. 93, de 18 abril 2013) o art. 29 CC Canal de Isabel II (BOE núm. 201, de 19 de agosto 2010). Especificando que se concederá para el servicio militar obligatorio o el voluntario, pero “para anticipar su cumplimiento por el tiempo mínimo”, art. 15.4 CC industria de granjas y otros animales (BOE núm. 307, de 22 diciembre 2012).

disponible para trabajadores fijos⁵¹, conlleve el derecho a percibir algún tipo de retribución⁵² –como las gratificaciones extraordinarias⁵³– o la reincorporación al trabajo deba ser solicitada con 15 días de antelación⁵⁴; en fin, d) barajar la posibilidad de interrumpir el cómputo de la duración del contrato de trabajo si tuviera lugar esta contingencia⁵⁵, pues el cumplimiento del servicio militar obligatorio no implicaría el mantenimiento de la relación laboral cuando acaezca su extinción por expiración del término convenido, ni cabría prórroga por el tiempo de duración de tal actividad⁵⁶, entrando en juego de la vigencia inicial del contrato.

B) De otro lado, y partiendo de que la anterior vía no ha fructificado, el trabajador afectado está en disposición de acudir en su defensa a diferentes previsiones existentes en el Derecho vigente:

1. Al constituir el servicio militar obligatorio un deber inexcusable (no admite dilación), público (en favor de una Administración o poder del Estado), de carácter personalísimo (no cabe cumplirlo por medio de representante o sustituto) e incompatible con las obligaciones laborales (su dedicación o ejercicio enerva el desarrollo normal del trabajo), una razonable y fácil interpretación y aplicación analógica de la ley (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*), amparada por el art. 4.1 Código Civil (a cuyo tenor “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”), sitúa al permiso laboral por “cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal” [art. 37.3.e) ET] como la vía más idónea⁵⁷. Ahora bien, y en tanto el hecho no reúne los rasgos propios de los permisos, por exceder de cuanto suele ser la habitual corta duración característica de aquellos y porque debe evitarse un perjuicio a la empresa en lo referente a la compensación económica, la alternativa más adecuada pasa por armonizar el permiso laboral mentado con la situación de excedencia regulada en el art. 46.1 ET.

⁵¹ Art. 22 CC comunidad de regantes de la margen izquierda del Pantano de Rosarito (BOP Cáceres núm. 181, de 19 septiembre 2014) o art. 33 CC Grupo Cetelem (BOE núm. 303, de 19 diciembre 2013).

⁵² Siempre que no se perciba por causa del servicio militar o social sustitutorio retribución alguna o, en su caso, esta sea inferior a la acordada, en cuyo caso habría de ser complementada la diferencia existente, “el 100 por 100 del salario base y antigüedad, cuando tengan cargas familiares incluidas en la cartilla de la Seguridad Social [previa justificación] o el 50 por 100 del salario base y antigüedad cuando no tengan cargas familiares”, art. 29 CC Canal de Isabel II (BOE núm. 201, de 19 de agosto 2010).

⁵³ Art. 10.3 CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE núm. 202, de 23 agosto 2013) o art. 29 B) Interprovincial de la empresa Renault España, SA. (BOE núm. 93, de 18 abril 2013)

⁵⁴ Art. 29 CC Canal de Isabel II (BOE núm. 201, de 19 de agosto 2010).

⁵⁵ Este beneficio se contempla como una buena posibilidad a pactar en el contrato para la formación de los deportistas profesionales, art. 4 RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

⁵⁶ STS 12 febrero 1985 (Recurso de casación por infracción de ley. Ponente Excmo. Sr. José María Álvarez de Miranda y Torres).

⁵⁷ De hecho, cabe constatar tal equiparación, *mutatis mutandis*, en el art. 134 Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, el cual prevé que los periodos de formación militar, básica y específica, y de formación continuada de los reservistas voluntarios y aspirantes a adquirir tal condición, tienen la condición de permisos retribuidos –en este caso y por ejercerse de manera voluntaria–, siempre y cuando medie previo acuerdo con la empresa [STS 26 mayo 2009 (Rec. 108/2008)]; exigencia que no resulta operativa si la iniciativa surge de un funcionario público [SJ Contencioso-Administrativo, Sevilla, 3 octubre 2013 (Rec. 96/2012)].

Para una conjugación plena de ambas instituciones, así como la construcción de una sólida base ordenada a salvaguardar el derecho del trabajador llamado a filas en su país de origen a suspender la relación laboral por ese tiempo en España, menester resulta disipar dos incidencias: 1) Aun cuando pudiera parecer que la concesión de esta excedencia forzosa está amparada o atiende únicamente a un supuesto de hecho más específico, situado en “la designación o elección para un cargo público que imposibilit[a] la asistencia al trabajo”, ciertamente la circunstancia aquí analizada es extrapolable al caso y subsanable por esta vía en cuanto comparte una razón parecida, máxime cuando: a) esta obligación impuesta arrastra los adjetivos “inexcusable, de carácter público y personal” del deber en cuestión, b) la ley dista de pretender una identificación al detalle de esos deberes apremiantes, y c) la transformación en estos casos del permiso laboral a la situación de excedencia está amparada por el legislador en el art. 37.3.e) 2º ET cuando la situación revele “la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses”. 2) El carácter potestativo para el empleador de pasar al trabajador afectado a la situación suspensiva [art. 37.3.e) 2º ET] debe ceder en todo caso ante las normas de derecho necesario inherentes a la libre circulación de trabajadores y a la prohibición de discriminación, convirtiéndose en un acto debido y no discrecional previa oportuna acreditación de la obligación militar.

Obviamente de acceder a este servicio de manera voluntaria, la perspectiva cambiaría y, a falta de pacto sobre un beneficio superior, resultaría plenamente operativa –de acreditar los requisitos legales–, la excedencia voluntaria del art. 46.2 ET, institución que reconoce al trabajador “solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran”.

2. La ausencia motivada por el servicio obligatorio del trabajador podría quedar amparada incluso por la previsión legal de “fuerza mayor temporal” [art. 45.1.i) ET], en tanto equivalente a un supuesto de impedimento de la prestación de trabajo por acto de la autoridad o *factum principis* que incide sobre el trabajador⁵⁸, concurriendo los requisitos esenciales de inimputabilidad e inevitabilidad, por más que la imprevisibilidad quede, salvo caso de movilizaciones extraordinarias⁵⁹, desdibujada: de un lado, efectivamente constituye un suceso previsible (aún no determinado⁶⁰), pero

⁵⁸ Un ejemplo interesante viene dado por la sentencia sobre el despido de un trabajador que, estando vigente su contrato de trabajo en España, fue privado de libertad de manera cautelar en Bélgica durante 4 meses y no comunicó tal dato a la empresa sino un mes más tarde. El juzgador, en suplicación, revoca el fallo de instancia y declara que causas fácilmente justificables, como el desconocimiento del idioma o la detención en país extranjero, “no pueden dar lugar a su despido por faltas injustificadas al trabajo, ni tampoco puede ser considerado como abandono”, STSJ Andalucía/Sevilla 10 noviembre 2009 (Rec. 1276/2009).

⁵⁹ VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX-Vol.1º, Madrid, Edersa, 1983, pág. 55 o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 158.

⁶⁰ “Los reclutas no son capaces de predecir con exactitud cuándo exactamente serán llamados para el servicio después de que hayan sido declarados aptos para servir. Debido a esta incertidumbre, pueden encontrar dificultades para encontrar empleo ya que el empleador puede no estar seguro de que su inversión en la ocupación específica pueda ser recuperada dado que el destinatario de la inversión (el conscripto potencial) puede ser reclutado en cualquier momento”, PALOYO, A.R.: “The impact of military service on future labor-market outcomes”, en VV.AA. (BELLAIS, R., Ed.): *The evolving boundaries of defence: an assessment of recent shifts in defence activities* (...)

inevitable; de otro, pueden existir “sucesos que son imprevisibles al contratar pero que, posteriormente, se revelan como previsibles”⁶¹ (caso de reinstaurarse el servicio militar obligatorio en el país de origen después de iniciada la relación laboral).

3. La expresión del legislador “el contrato de trabajo podrá suspenderse” constituye base suficiente para estimar que la enumeración de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo en el art. 45.1 ET (al igual que sucede con los de despido del art. 54 ET) es puramente ejemplificativa y “no exhaustiva”⁶²; en consecuencia, y asumiendo que el listado legal no constituye un *numerus clausus* y los hechos sobrevenidos recogidos por el legislador son absolutamente heterogéneos (biológicos, físico-económicos, político-administrativos, político-sociales y jurídico penales) y no presentan puntos de coincidencia más sino en su fundamento último situado en la estabilidad en el empleo, nada impide que la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo y cómputo de antigüedad opere al producirse esta contingencia externa, imperativa e incompatible con la actividad laboral [en caso de actuar de manera voluntaria, el art. 134.1 b) Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, prevé el condicionamiento de tal derecho, salvo pacto en contra más favorable, a que medie previo acuerdo con la empresa, –requisito innecesario si quien ejerce de reservista voluntario es funcionario público, pues la situación de servicio especial surge *ex lege*, art. 134.2 b) del mismo cuerpo legal–] u otra meritoria de protección [un ejemplo, no contemplado expresamente en la legislación laboral, pero aconsejado en fechas recientes por el legislador en otra normativa, viene dado por la actividad de voluntariado (art. 20.2 Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado)]⁶³.

4. Como colofón a la argumentación para la integración de esta laguna evidente, procedería hacer uso del criterio hermenéutico del art. 3.1 Código Civil, en virtud del cual “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Bajo este principio general de adecuación social⁶⁴, resulta necesaria una interpretación teleológica y finalista del ordenamiento jurídico, es decir, una concepción más realista y más flexible para que sea plenamente coherente con la pertenencia de España a la Unión Europea, con la realidad o contexto social del momento actual y con el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad, fundamental para garantizar el otro principio –y estrechamente vinculado– de libertad de circulación de trabajadores.

(*contributions to conflict management, peace economics and development*), Vol. 23, Bingley, Emerald Group, 2014, pág. 162.

⁶¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, cit., pág. 46.

⁶² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.A.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 551.

⁶³ Dando cuenta de esta “importante novedad”, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La renovada ordenación jurídica del voluntariado (A propósito de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado)”, RTSS (CEF), núm. 393, 2015, pág. 9. Considerada “norma de derecho necesario relativo mínimo, mejorable ya sea por autonomía individual ya sea por la colectiva”, STSJ Galicia 25 enero 2002 (Rec. 3053/1998).

⁶⁴ Un análisis de su proyección en el ordenamiento laboral junto con el examen de otros principios aplicables a este caso, tales como el de favor, el pro operario, el de igualdad o el de estabilidad en el empleo, DE LA VILLA GIL, L. E. y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.): *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003.

5. CONCLUSIONES

La improbable reimplantación en España del servicio militar obligatorio no debiera ser excusa para eliminar la prerrogativa laboral de suspensión del contrato o, menos aún, dejar de aplicarla a quienes, por ser extranjeros, resulten afectados en España a partir de exigencia recogida en su normativa nacional. Ciertamente es inevitable la existencia de lagunas jurídicas, pues la ley no puede prever todos los casos presentes y futuros; sin embargo, ello no puede acarrear desprotección o desamparo en las condiciones profesionales y socio-laborales cuando acontecen supuestos que presentan características tales como: deber externo, de carácter público, imperativo e incompatible con la actividad laboral.

La dinámica europea (e internacional), así como los principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación basada en la nacionalidad se mueven en sentido favorable al reconocimiento del mantenimiento del empleo en este tipo de circunstancias; de ahí que el legislador y/o juzgador nacional deba estar en disposición de asegurar que en esta materia (al igual que sí protege en otros aspectos relacionados específicamente con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social gracias a la armonización de la diversidad y coordinación entre Estados Miembros, conforme ocurre con los sistemas de Seguridad Social, la ley aplicable a las obligaciones contractuales o la jurisdicción competente) obre una concepción más equitativa y una cobertura eficaz cuando al trabajador le afecta esta circunstancia. Situación de necesidad ante la cual tan solo cabría esperar lo que de otro modo le sucedería a un trabajador español, es decir, la no expulsión del mercado de trabajo y la continuidad de la relación laboral.

En este sentido, en aquellos casos donde no cabe subsanar el problema por mutuo acuerdo de las partes, individual y/o colectivo –opción ahora sin duda más idónea–, la solución en última instancia podría ser la aplicación por vía analógica de diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores (tomados en conjunto o por separado) que resultan pertinentes: el permiso laboral por ejercicio de un deber inexcusable de carácter público [art. 37.3.e) ET], la excedencia forzosa amparada en el mismo motivo que imposibilita la asistencia al trabajo en un periodo de tiempo más prolongado [art. 46.1 ET] o la suspensión del contrato por fuerza mayor temporal [art. 45.1 i) ET]; incluso, ante el hecho de que el legislador no haya establecido una lista cerrada de causas suspensivas, procedería hacer uso del principio de adecuación social, pues “la esfera de la justicia es de radio infinito (‘sensu lato’) y más limitado el de la legalidad. Pero no son conceptos contradictorios, sino que pueden y DEBEN coincidir”⁶⁵.

⁶⁵ “Deben ser esferas o círculos concéntricos”, VELA LUIS, S.J.: *El Derecho natural en Giorgio del Vecchio*, Roma, Universidad Gregoriana, 1965, pág. 193.

Capítulo XVII. Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral¹

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Sevilla

Resumen

Las multinacionales tecnológicas están revolucionando y “deteriorando” el tradicional trabajo dependiente, ya que permiten ofrecer servicios que aparentemente están dentro de la llamada “economía colaborativa”. Éste sería el caso de Uber Pop, que ofrece transporte de viajeros por particulares que usan sus vehículos privados para ello. Esto ha generado multitud de conflictos con la industria del taxi dado que, en principio, operan sin la correspondiente licencia y no pagan impuestos. Reino Unido ha autorizado su actividad, mientras que en España ha sido suspendida y se ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión Europea. Ante esta situación, nos preguntamos qué consideración tienen los conductores propietarios de vehículos privados que transportan a los particulares que solicitan los servicios mediante una *start-up*, y qué función desempeña el Derecho del Trabajo ante la existencia del empleo digital.

Abstract

The activity of technological multinationals has caused a revolution that somehow has "deteriorated" the traditional dependent work, since they can offer services that are apparently within the so-called "collaborative economy." This is the case of Uber Pop, which provides transport of passengers by private individuals that use their own vehicles. This has generated many conflicts with the taxi industry since, apparently, they operate without a license and pay no taxes. UK authorized its activity, while in Spain it has been suspended and a question has been raised to the Court of the European Union. In this situation, we wonder if the owners of private vehicles who transport individuals seeking services through a start-up can be considered as dependent workers, and what is the role of Labor Law in relation to digital jobs.

1. LA INCLUSIÓN DE SERVICIOS OFRECIDOS POR LAS PLATAFORMAS DIGITALES DENTRO DE LA ECONOMÍA INFORMAL

Como se recoge en un documento de la OIT, actualmente hay un importante porcentaje de la fuerza de trabajo mundial que se gana la vida en la “economía informal”. Ésta no se limita a los sectores informales tradicionales rurales y urbanos dado que diversos tipos de contratos informales, empleos precarios y trabajos sin declarar han ido ganando terreno también en los establecimientos formales. La informalidad plantea graves problemas de política y fomenta la competencia desleal en el mercado de trabajo. Esto se debe a una multitud de factores, entre los que se encuentran el déficit en la creación de un número suficiente de puestos de trabajo de calidad, el papel debilitado del sector manufacturero y “el aumento de nuevos arreglos laborales, y los procesos de reestructuración económica”². La crisis financiera y económica mundial iniciada en el año 2007 ha afectado a todos los trabajadores, tanto formales como aquellos otros informales carentes de protección social, y por ello ha

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2012-32111).

² AZITA BERAR, A.: “Un breve perfil-Economía informal” (hoja de datos), OIT, 6 de noviembre de 2012, en http://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/WCMS_141396/lang-es/index.htm

puesto de manifiesto la importancia del empleo formal. Las instancias internacionales, tanto de la OIT como de la UE, están haciendo hincapié en este problema y en la necesidad de establecer unas medidas para reducir su impacto y de recuperación económica³. En estos años de crisis de la economía y del empleo han surgido una serie de plataformas digitales que ofrecen servicios a los particulares, y que cabe incluir dentro de la “economía informal” cuando comprendan “actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, en la legislación o en la práctica, están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto” (art. 1.2 Recomendación OIT núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015). Entre estas plataformas digitales se encuentran entre otras Airbnb y Uber, que suponen una fuerte competencia para las empresas tradicionales de su sector como, por ejemplo, la cadena hotelera Hyatt o la industria de alquiler de automóviles Herzt. En los EEUU una serie de nuevas empresas compiten para convertirse en el “Uber del transporte por carretera”. Pretenden poner en contacto mediante los teléfonos inteligentes a los camioneros con operadores de las intermediaciones que quieran distribuir sus bienes. Esto puede suponer una fuerte competencia para los tradicionales intermediadores o agentes del transporte que se dedican a poner en contacto a los camioneros con sus clientes. Al frente de esta nueva estrategia empresarial se encuentran compañías como TruckerPath, una *start-up* con sede en San Francisco que intenta alcanzar una valoración de 1.000 millones de dólares en 2016, o Convoy, con sede en Seattle y una financiación de 2’5 millones de dólares aportados por una serie de inversionistas como Jeff Bezos, fundador de Amazon; Marc Benioff, fundador de Salesforce.com; Pierre Omidyar, fundador de eBay; y el cofundador de UberTechnologies, Garrett Camp. Se trata de una industria que en el año 2014 ingresó 700.000 millones de dólares. No obstante, la mayoría de las *start-ups* tienen como objetivo mercados de entre 1.000 millones y 2.000 millones de dólares.

Estas nuevas empresas se enfrentan a grandes obstáculos (como las reticencias del colectivo de los camioneros al uso de las nuevas tecnologías, o la falta de iniciativa de los distribuidores para asumir el riesgo), pero pueden ser eficaces en los casos de entrega de mercancías a nivel local. En el caso de la entrega de pequeños paquetes como, por ejemplo, la entrega de productos adquiridos a través del comercio electrónico, Uber y otros suponen una fuerte competencia a gigantes como FedEx y UnitedParcelService, dedicadas a la entrega de paquetería a domicilio. En el caso de envíos más grandes y de larga distancia la *start-up* Rodie, pretende atraer a estudiantes universitarios y a otros viajeros ofreciéndoles un dinero “extra” por la entrega de algunos paquetes de camino a su destino⁴. En este sentido no nos cabe la menor duda que estas *start-ups* están generando trabajos que, en principio cabe incluirlos dentro de la economía informal. La *start-up* se ha definido como “una empresa de nueva creación que presenta unas grandes posibilidades de crecimiento y, en ocasiones, un modelo de negocio escalable” y cuyo término suele identificarse con las empresas tecnológicas puesto que las posibilidades de crecimiento y las necesidades de capital son diferentes de las de otras empresas jóvenes. Actualmente Google, Twitter, Facebook o Tuenti, que

³ Por ejemplo, en el seno de la OIT, Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 adoptada en Ginebra, 104ª reunión CIT, 12 de junio 2015 y, en la UE, 1 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Una estrategia de lucha contra la economía sumergida y el trabajo no declarado” (Dictamen de iniciativa), DOUE, 11 de junio de 2014, C 177/9.

⁴ NICAS, J.; STEVENS L.: “Se busca el Uber del transporte de mercancías”, en <http://www.expansion.com/economia-digital/2015/10/29/5630ef8e46163f932a8b45d9.html>

comenzaron como *start-ups*, se han transformado en grandes empresas con un número importante de ingresos y beneficios, y cientos de empleados. Esto no significa que todas las *start-ups* tengan un modelo de negocio “escalable”, dado que existen muchas de ellas que incluso son vendidas sin contar con un modelo de negocio. En este último caso, las fuentes de financiación que obtienen para su creación no son las tradicionales, como por ejemplo el crédito bancario, sino la aportación de capital por parte de inversores a cambio de un porcentaje de la empresa⁵.

En nuestro estudio nos hemos centrado en UberPop, por entender que estamos ante una nueva situación de anomia laboral dado que, mediante esta *app*, se ofrecen servicios de transporte de pasajeros por conductores de vehículos privados no solo sin ningún tipo de licencia administrativa ni pago de impuestos, sino también sin ninguna protección o reconocimiento de la existencia de una relación laboral. No obstante, hace más de un año que en España la actividad de UberPop, empresa de UberSystemsSpain (filial de Uber International Holding BV), está en suspenso por el auto de un Juzgado de lo Mercantil ante la demanda presentada por la Asociación Nacional del Taxi por competencia desleal⁶. Esta suspensión levantó bastante polémica en cuanto que la empresa alegaba que cabía incluir la actividad que desarrollaba dentro de la denominada economía colaborativa, para más tarde cambiar de estrategia judicial ante un Juzgado de Barcelona al afirmar que se trataba de una empresa de servicios de la información al margen de cualquier actividad de transporte, solicitando al juez la consulta previa al tribunal de la Unión Europea antes de llegar a un veredicto por la demanda presentada por la Asociación profesional Élite Taxi⁷. En definitiva, tanto la Asociación Élite en Barcelona como la Asociación Madrileña del Taxi han presentado sendas demandas ante los Juzgados de lo Mercantil alegando, entre otras causas, competencia desleal de UberPop. No obstante, en el Juzgado de Barcelona se presenta la demanda contra la filial española (UberSystemsSpain), y no ante la matriz estadounidense o la compañía con sede en Holanda, como es el caso de la presentada en Madrid. En el primer caso se ha celebrado el juicio pero el magistrado no puede dictar sentencia sin que se resuelva la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el segundo caso no tenemos conocimiento de la celebración del juicio, sino de la desestimación del recurso presentado por Uber Technologies contra las medidas cautelares del Auto de 9 de diciembre de 2014, pero posibilitando el acceso a los servicios de telecomunicación de la compañía que no estén relacionados con el servicio denominado UberPop.

Con independencia de estos datos –en principio al margen del Derecho del Trabajo pero importantes porque pueden servir para la determinación de estas *start-ups* como empleadoras o no– existe un informe de la Inspección de Trabajo de Cataluña que

⁵ NOVOA, J.: ¿Qué es una start up?, *El blog salmón*, 15 de mayo de 2013, <http://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-es-una-startup>

⁶ Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2, Madrid 9 de diciembre de 2014, medidas cautelares previas 707/2014. En concreto, se ordena: 1. La cesación y prohibición en España de la prestación y adjudicación del servicio de transporte de viajeros en vehículos bajo la denominación de “Uber Pop”, o cualquier otra que pueda denominarse con idénticos fines por la demandada; 2. La cesación y prohibición de contenido, acceso y prestación del indicado servicio de transporte de viajeros mediante la página web o cualquiera que pudiera utilizar en iguales términos; 3. La cesación y prohibición de cualquier aplicación “app” o de cualquier otro soporte o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de transporte de viajeros indicado en España.

⁷ Véase esta información publicada en el Diario *El País*, el 28 de mayo de 2015, en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/05/28/catalunya/1432822456_478741.html

reconoce la existencia de relación laboral de estos conductores en similares términos a la valoración emitida por la Comisión Laboral de California que determinó que una conductora de Uber no debía ser considerada trabajadora independiente sino empleada de la compañía ante la reclamación del pago de salarios y otros gastos no satisfechos⁸. No obstante, un cambio de actitud de la empresa ha hecho posible que en el primer trimestre del año 2016 los conductores de vehículos privados puedan realizar la actividad de transporte, pero a través de UberX y no de UberPop, siempre que aquéllos hayan obtenido la correspondiente licencia administrativa (licencia de vehículos con conductores: VTC) como contempla la recién modificada normativa de transporte⁹, que parece tranquilizar a la industria del taxi¹⁰, y favorecer la actividad legal de Uber mediante la denominada UberX, operando por lo tanto como un instrumento de fomento del trabajo autónomo de conductores con licencia (VTC) con la aprobación del reglamento que regula la actividad de arrendamiento de vehículos con motor (1 licencia VTC por cada 30 de taxi, con una flota de 7 vehículos con un mínimo de 12 CVF).

2. LA PRESENCIA CONFLICTIVA DE UBERPOP EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el año 2001 un emprendedor canadiense, Garret Camp, decidió fundar una red social para intercambiar páginas de interés en tiempo real (StumbleUpon). Esta experiencia le sirvió para, ocho más tarde, lanzar en San Francisco la primera maqueta de Uber y, junto a otros técnicos y emprendedores, poner en marcha un nuevo modelo de negocio mediante una plataforma digital¹¹. En la actualidad Uber es una gran empresa con presencia en todo el mundo cuyo funcionamiento ha generado una elevada conflictividad y debate dado el sencillo mecanismo que tiene para realizar operaciones rápidas y rentables, tanto para la población de usuarios del transporte privado, como para los particulares que ofrecen el servicio de transporte¹². En concreto, Uber lleva a cabo la actividad de transporte realizada por conductores cuya empleadora o intermediadora, según los casos, tiene como objeto social dar soporte a otras sociedades proveyendo servicio “ondemand” (según demanda) de solicitudes efectuadas mediante aparatos móviles y por internet. A efectos formales, UberSystemsSpain (filial de Uber International Holding BV) estaba inscrita como empresa constituida en Barcelona el 13 de marzo de 2014 para dar soporte a otras sociedades de consultoría de gestión empresarial. Esta empresa o *start-up* tiene un sistema online que permite gestionar de forma eficiente el riesgo comercial de la cartera de clientes, y lograr que todas sus

⁸ Posteriormente un Tribunal de San Francisco reconoció la existencia de relación laboral de la conductora, <http://www.02b.com/es/notices/2015/06/una-sentencia-fuerza-a-uber-a-reconocer-a-sus-conductores-13185.php>

⁹ RD 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y la Ley 2172003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (BOE 21 de noviembre 2015); RD 1055/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo (BOE 21 de noviembre 2015).

¹⁰ Véase la nota de prensa publicada por las organizaciones nacionales del taxi (UNALT, CTE y FEDETAXI) declarando la finalización de dos años de inseguridad jurídica del sector con la aprobación del RD para la regulación de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC), <http://aemt-taxi.com/wp-content/uploads/2015/11/NP.-Aprobacion-ROTT-1.jpg>

¹¹ Véase RUBIRA, F.: ¿Qué es Uber y para qué sirve? En http://www.elconfidencialdigital.com/opinion/tribuna_libre/Uber-sirve_0_2369763002.html

¹² La mercantil Uber Technologies Inc. es titular de la marca Uber y del dominio www.uber.com

operaciones comerciales sean cobradas¹³. La única forma de acceder al sistema es a través de una *app* gratuita, que mediante un sistema GPS localiza los vehículos más cercanos, y una vez seleccionado el vehículo correspondiente se le indica a dónde se quiere ir, proporcionando la aplicación una estimación del coste del recorrido. Al finalizar el recorrido, la aplicación muestra el coste real y se procede al pago, cuyo importe se calcula de acuerdo con los kilómetros recorridos y el tiempo empleado. Este pago se realiza mediante la aplicación Uber, que está conectada con varios sistemas de pago, como por ejemplo Paypal¹⁴. El problema que plantea esta aplicación es que permite que los particulares puedan realizar el transporte de personas sin la correspondiente autorización administrativa (licencia). Esto ha ocasionado, como más arriba hemos indicado, que la industria del taxi haya reaccionado ante los tribunales y ha provocado que en muchos países se haya declarado el cese de la actividad de UberPop por los Tribunales en el año 2014 (en septiembre en Alemania, en octubre en Francia y Bélgica, y en diciembre en España) porque esta plataforma opera permitiendo que los conductores, que son particulares que ofrecen sus vehículos para el transporte, realicen esa actividad sin licencia. En Holanda, en diciembre de 2014 los tribunales prohibieron su actividad por falta de licencias, aunque otros servicios como UberBlack o UberLux siguen funcionando sin problemas dado que los conductores de éstos están autorizados para el transporte de pasajeros. En Bruselas se declaró la ilegalidad de UberPop y se confiscaron varios vehículos, para posteriormente prohibirlo oficialmente, si bien es cierto que se pretende cambiar la legislación para que tanto este servicio como otros más operen bajo la legalidad.

En Corea del Sur se ha acusado a 29 personas por operar un servicio de taxi ilegal; en la India se le prohíbe el servicio por no comprobar los antecedentes penales de los conductores tras la comisión de un delito por uno de los conductores. Esto provocó que la *app* introdujera el botón del pánico. Igualmente, en varios estados de Estados Unidos se han enfrentado a la suspensión del servicio por no respetar la legislación local del transporte. Lo significativo es que la solución parece que pasa por regular la actuación de esta plataforma para que sus conductores operen con licencia¹⁵. En la Ciudad de México se llegó a un acuerdo con la multinacional para su regulación, en el que se contemplan varios requisitos: que el servicio no reciba pagos en efectivo de sus clientes y la no utilización de las paradas de taxis de la ciudad. La empresa se compromete a pagar una tarifa anual por cada vehículo afiliado (unos 100 dólares), y a entregar un 1'5% por cada viaje realizado a un fondo de transporte para la ciudad, etc.¹⁶. La Ciudad de México es una de las más habitadas del planeta y, por lo tanto, con necesidades reales de transporte de pasajeros que han dado lugar a que proliferen los taxis sin licencia y sin ningún tipo de control administrativo, y a que los particulares (emprendedores) con altos ingresos se hagan con una flota de vehículos sin que tengan que pagar permisos o impuestos.

De esta forma, el emprendedor sería el «empleador» del conductor del vehículo, a diferencia de otros países como por ejemplo Estados Unidos, donde el dueño del

¹³ <http://www.empresa.es/empresa/uber-systems-spain/> El capital social está en el tramo 1.000-3.500 euros y la probabilidad de impago es del 6'60%.

¹⁴ RUBIRA, F.: “¿Qué es Uber y para qué sirve?”, Diario El confidencial, 27 de octubre de 2014 en www.elconfidencialdigital.com.

¹⁵ <http://www.xataka.com/aplicaciones/la-cruzada-de-medio-mundo-contra-uber>.

¹⁶ Gaceta Oficial Distrito Federal Ciudad de México de 15 de julio de 2015, núm. 133 bis. Véase Diario *El País* 9 de julio de 2015, sección economía en www.elpais.com.

vehículo es el que presta el servicio. En este país cabe resaltar que en septiembre de 2015 un juzgado de San Francisco admitió a trámite una demanda colectiva del caso Uber, donde se espera un pronunciamiento a principios de 2016, que en el caso de que sea favorable obligará a Uber a contratar a los conductores como empleados con todos los derechos de los que están en plantilla¹⁷. La defensa de trabajadores cuyo modelo de trabajo se desarrolla a través de aplicaciones móviles la lleva una popular abogada de Silicon Valley, Shannon Liss-Riordan, que está planteando demandas judiciales para el reconocimiento de los derechos laborales a conductores de vehículos privados que ofrecen servicios de transporte mediante la aplicación de Uber¹⁸. Las condiciones que Uber ha implantado para sus conductores son las siguientes: los conductores que hagan menos de 20 viajes al mes obtendrán el 70% de la tarifa, un 75% en el caso de que hagan entre 20 y 40, y un 80%, que es lo habitual, para los que rebasen los 40 servicios.

Los conductores por tiempo completo –que hacen más de 40 horas semanales de conducción– no parecen estar satisfechos con las condiciones impuestas por la “empleadora” Uber. Ésta tiene un sistema de valoración de la actividad realizada por los clientes que mediante estrellas condicionan los ingresos de los conductores dado que Uber les pide que tengan entre 4’6 y 4’8 puntos sobre cinco. Por debajo de esta valoración les dejan de enviar clientes. Los gastos ocasionados por la realización del servicio, como por ejemplo combustible o reparaciones, son sufragados por los conductores. Los conductores no reciben las habituales propinas arraigadas en la población de los EEUU (en torno al 20% de lo pagado), abaratando el coste del servicio y, por lo tanto, el nivel de satisfacción de los usuarios del mismo. Estas condiciones, así como las del resto de la compañía, han sido objeto de un estudio donde se cuestiona la libertad de auto-organización atribuida al conductor de la que hace alarde la compañía.

La presencia de los conductores en la plataforma está en función del control que padecen del algoritmo de la compañía que es el que ajusta la oferta y la demanda de la prestación de servicios (dependencia tecnológica)¹⁹. La dependencia tecnológica hace referencia a la sustitución de la presencia física del trabajador y del empleador por la presencia virtual, gracias a la utilización de la tecnología digital en la prestación de servicios (en este caso el algoritmo) que se presenta como una manifestación más del poder de control del empleador²⁰.

En general, si comparamos las condiciones de los empleados de oficina de la compañía en EEUU con la de los conductores, la nota que caracteriza esta prestación es la precariedad dado que no disfrutaban de seguro de salud, viajes gratis en la aplicación y

¹⁷ United States District Court Northern District of California, *O’Connor vs Uber Technologies, Inc*, Case No. 13-cv-04065-VC del 3 de noviembre de 2015.

¹⁸ Véase WEBER, L.: “La abogada que ha puesto a Uber contra las cuerdas”, diario Expansión de 11 de noviembre de 2015 en <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/11/11/5643843fca4741b25c8b45b9.html>

¹⁹ ROSENBLAT, A, STARK, L.: “Uber’s Drivers: Information Asymmetries and Control in Dynamic Work”, octubre 15, 2015. Investigadores de Data&Society Research Institute y New York University. Workshop Paper for the Winter School “Labour in the on-demand economy” at the Centre for European Policy Studies (CEPS) in Brussels, Belgium November 23-25, 2015, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2686227

²⁰ Véase SIERRA BENÍTEZ, E.M.: “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencias digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?, Ponencia presentada al Congreso Internacional “La gran transformación del trabajo”, Bergamo, 6-7, noviembre 2015, en prensa. http://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/24547/mod_resource/content/4/bg_gtl_2015_es.pdf

vacaciones ilimitadas²¹. Por el contrario, en el Reino Unido un Tribunal Superior de Justicia ha dictaminado el carácter legal de Uber ante la denuncia planteada por la patronal del taxi, en la que se alegó la ilegalidad de la aplicación en base a la utilización de taxímetros para el cálculo de sus tarifas²², ya que la ley contempla que los taxímetros sólo pueden ser utilizados por taxis. El organismo de transporte de Londres, Transport Of London (TFL), ha reconocido que las leyes y los reglamentos nacionales han quedado obsoletos y no son acordes a los avances tecnológicos. Los taxistas han denunciado que la aplicación móvil es un taxímetro, por tratarse de un dispositivo ubicado en el interior del automóvil que se activa con la duración del viaje. Para Uber la aplicación no tiene ninguna conexión real con el vehículo, y el cálculo de las tarifas se produce en un servicio de Uber para transmitirse al teléfono²³. El juez dictaminó que la aplicación no puede ser ilegal, dado que un taxímetro no es un dispositivo que recibe señales de GPS durante un trayecto, y envía esos datos a un servidor situado fuera del vehículo para calcular la tarifa y luego envía de vuelta la información al conductor.

En el ámbito internacional comprobamos que esta actividad de Uber, que en principio parecía encajar dentro de lo que se ha denominado la economía colaborativa, es una muestra más de la precariedad de los trabajos que surgen mediante la aplicación de dispositivos digitales amparados por grandes empresas tecnológicas. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, “el consumo colaborativo o participativo equivaldría a la prestación de un servicio, a los efectos del artículo 57 del TFUE, pero surgen muchos interrogantes. No obstante, deberían diferenciarse, en el consumo colaborativo, entre las actividades sin ánimo de lucro de las que persiguen como fin obtener una ganancia. Siendo solamente éstas últimas actividades las que deben merecer la atención del legislador de la Unión”²⁴. Sin embargo, para ello es necesario que las instituciones pertinentes “acometan regular y ordenar las prácticas que se desarrollan en su seno, de manera que puedan establecerse los derechos y responsabilidades de todos los agentes que en él operan. Por una parte, puede contribuir a cubrir las necesidades sociales en casos de enfoque no comercial, y por otra, contribuir como actividad con ánimo de lucro, a generar empleo, cumpliendo con las normas fiscales, normas de seguridad, responsabilidad, protección del consumidor y demás normas imperativas”²⁵.

Es por ello necesaria la regulación de la economía colaborativa entre iguales (de ciudadano a ciudadano) y no desde una vertiente vertical, de empresa a consumidor, en la que se pueda diferenciar con claridad la economía colaborativa de la economía de mercado, y así, por ejemplo, entre actividad no profesional y actividad profesional para evitar “enmascarar un negocio unido a un beneficio empresarial” en un contexto alegal y, por lo tanto, en la difusa frontera entre la colaboración y el negocio²⁶. En este sentido,

²¹ Véase JIMÉNEZ CASTRO, R.: “Shannon Lis-Riordan. El terror de Uber”, diario *El País*, 22 de mayo 2015 en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2015/05/22/actualidad/1432251435_575096.html

²² In The High Court of Justice Queen’s bench Division Administrative Court, Case No: CO/1449/2015, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A LL, 16/10/2015.

²³ <http://www.siliconnews.es/2015/10/05/reino-unido-afrenta-un-nuevo-veredicto-sobre-la-regulacion-del-servicio-de-uber/>

²⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI”, (DOUE, 11 de junio 2014, C 177/1), p. 6.

²⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI”, (DOUE, 11 de junio 2014, C 177/1), p. 1.

²⁶ CCOO, “Economía colaborativa y uso del coche compartido. Alguna repercusión en el ámbito laboral”, Documento FSC-CCOO núm. 3, aprobado por la Comisión Ejecutiva federal, 29 de abril de 2015, p. 8.

como advierte el Comité de las Regiones, “las empresas con ánimo de lucro a veces utilizan de forma abusiva las plataformas de la economía colaborativa y, al mismo tiempo, no proporcionan a sus trabajadores cobertura de la Seguridad Social, lo que afecta, por una parte, al bienestar de los ciudadanos y, por otra parte, a los presupuestos nacionales, regionales y locales”. Por ello se aboga por la necesidad de que la UE y de sus regiones promocionen únicamente el desarrollo de las iniciativas o plataformas de economía colaborativa que tengan una incidencia social, económica y medio ambiental positiva²⁷. Al respecto debemos entender que es necesario delimitar la posición de UberPop, ya sea en la economía colaborativa, en la economía de mercado, o si cabe atribuirle otro papel intermedio.

3. LA RELEVANCIA DE LA IDENTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO PRESTADO POR UBERPOP

En agosto de 2015 el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial donde se presentan varias cuestiones previas²⁸. No vamos a entrar en estas cuestiones, sino simplemente nos limitaremos a señalar que entre ellas uno de los aspectos que puede ser relevante es determinar cuál es la naturaleza jurídica de los servicios que realiza UberPop, es decir, si la actividad lucrativa realizada por UberPop debe considerarse una actividad de transporte, un servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información en los términos de la normativa europea (D. 98/34/CE). Para el juez hay una serie de consideraciones fácticas que permiten considerar que UberPop realiza los servicios con un fin lucrativo (contacto con propietarios de vehículos de motor a los que se les facilita una interfaz, para conectar con personas que necesitan realizar trayectos urbanos y que acceden al servicio por medio de una aplicación informática gestionada por la propia Uber o por entidades vinculadas). En este sentido, si UberPop realiza los servicios con esa finalidad lucrativa no podemos hablar de que la actividad que lleva a cabo sea de tipo colaborativo, y por lo tanto excluida de la regulación del Derecho del Trabajo [art. 1.3 d) ET], sino más bien de una actuación a incluir dentro de la economía informal ante la falta de regulación por parte de las instancias internacionales y/o nacionales de esta forma de prestación de servicios. Por otro lado, si la actividad que desarrolla UberPop se caracteriza jurídicamente como de transporte, “la actividad de los conductores formaría parte esencial del tráfico mercantil de la empresa” cuestión que, como ha señalado la doctrina, podría ser muy relevante²⁹. Como veremos, la actividad de Uber no es una opción de transporte entre particulares.

²⁷ Dictamen del Comité de las Regiones, 3 y 4 de diciembre de 2015 “La dimensión local y regional de la economía colaborativa” (ECON-VI/005).

²⁸ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona (España) el 7 de agosto de 2015 –Asociación Profesional Élite Taxi/UberSystemsSpain, SL, Asunto C-434/15, 2015/C 363/27 (DOUE 3 de noviembre 2015, C 363/21), vid. también Juzgado Mercantil nº 3, Barcelona, Asunto: 929/2014D2 (Ordinario), Providencia dando traslado a las partes del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 2015.

²⁹ ROJO TORRECILLA, E.: “Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II)”, en *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, lunes, 31 de agosto de 2015.

En realidad, “opera en el tráfico mercantil en lo que es claramente una actividad económica regulada y sujeta a tributación y en su caso a alta y cotización de los trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social o subsidiariamente en el Régimen de Autónomos”³⁰. La actividad de Uber se presta, en estos casos, mediante la contratación de conductores, ya sea en régimen de cuenta ajena o de cuenta propia, al corresponderse con la actividad empresarial de transporte de viajeros. En virtud de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) los transportes por carretera se clasifican, según su naturaleza, en públicos (aquellos que se llevan a cabo por cuenta ajena mediante retribución económica), y privados (aquellos que se llevan a cabo por cuenta propia, bien sea para satisfacer necesidades particulares, bien como complemento de otras actividades principales realizadas por empresas o establecimientos del mismo sujeto, y directamente vinculados al adecuado desarrollo de dichas actividades)³¹. Como se plantea en la denuncia ante la Inspección de Trabajo de Cataluña, la actividad de Uber se enmarca definitivamente en el ámbito del transporte público de viajeros sujeto a remuneración, pues los usuarios de la aplicación abonan una retribución por el transporte (son tarifas cerradas por tiempo y kilómetros), y no por unas dietas o gastos de desplazamiento de los gastos del transporte ocasionados al titular del vehículo. En este aspecto a los efectos de poder exigir responsabilidades en el ámbito de la Seguridad Social es importante la actividad de la Inspección de Trabajo que, tras la oportuna denuncia, realiza las correspondientes investigaciones para comprobar si realmente UberPop es una empleadora en los términos del art. 1.2 del ET o, en su caso, si los trabajadores deben estar dados de alta como trabajadores autónomos.

4. ¿EXISTEN SUFICIENTES INDICIOS PARA CALIFICAR LA EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ENTRE LOS CONDUCTORES Y UBERPOP?

Desde el punto de vista laboral tienen la consideración de empleadores todas las personas, físicas o jurídicas, que reciban la prestación de servicios de los trabajadores asalariados (art. 1.2 ET). Es decir, de aquellos trabajadores que reúnan las notas contempladas en el art. 1.1 ET (trabajo voluntario, personal, por cuenta ajena, dependiente y retribuido). En este caso habrá que acudir a la técnica indiciaria para la calificación como laboral de la actividad de transporte por particulares con vehículo propio³². En España la Inspección de Trabajo de Cataluña ha emitido un informe, del que tenemos conocimientos por los medios de comunicación, en el que se estima que los conductores de *UberSystemSpain* deben ser considerados trabajadores empleados de esta compañía, dado que concurren las notas principales que determinan la existencia de relación laboral: dependencia y ajenidad³³.

³⁰ Denuncia presentada a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona por la Associació Agrupació Taxi Companys, la Coordinadora metropolitana del Taxi y el Sindicat del Taxi de Catalunya. Todos ellos integrantes de la Taula Técnica del Taxi, el 20 de octubre 201 en <http://www.stac.cat/wp-content/uploads/2014/10/Denuncia-contra-UBER.pdf>

³¹ Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (modificado ley 9/2013, de 4 de julio).

³² SSTs 15 de junio 1998 (RJ 1998/5262), 19 de diciembre 2005 (RJ 2006/332), 22 de enero 2008 (RJ 2008/1978).

³³ GOSSER, S.: “Trabajo dice que los chóferes de la firma son empleados de la firma”, http://economia.elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569_865496.html

En este caso los indicios que se aportan son: a) los conductores son previamente seleccionados; b) las rutas son fijadas por la compañía; c) se pone a disposición de los chóferes un móvil para prestar los servicios, y un sistema de incentivos como forma de retribución. En relación a esta nota hay una importante diferencia con respecto a otra *start-up* como *Blabla Car*, donde la actividad consiste en que los usuarios comparten los servicios (trueque) sin que medie un lucro personal³⁴. Entendemos que estos datos pueden ser suficientes para considerar que los conductores de UberPop son en realidad trabajadores de esta compañía y, por lo tanto, deben estar dados de alta en la Seguridad Social. No obstante, el acta de infracción por falta de alta y cotización a la Seguridad Social se ha pospuesto hasta que los tribunales se pronuncien sobre la legalidad de la actividad de Uber, de acuerdo con unos criterios operativos de actuación de la Inspección cuando la realización de una actividad se lleve a cabo sin la correspondiente autorización administrativa³⁵. Sin embargo, sí se ha procedido a extender el acta de infracción a cuatro trabajadores de la compañía por no estar dados de alta en la Seguridad Social, y por contratar a un alto cargo extracomunitario de Uber en Europa que carece de permiso laboral en España³⁶. En definitiva, como denuncia el sindicato, UberPop recibe por la intermediación una cantidad o porcentaje respecto de los honorarios recibidos por el trabajador y abonados por el usuario. La compañía tiene una verdadera actividad económica mediante la plataforma tecnológica desde el momento en que sus usuarios deben inscribirse en la plataforma para pagar los servicios, y posteriormente la compañía abona al conductor sus honorarios tras descontar el porcentaje pactado.

El pago de los servicios de transporte se realizaba mediante un sistema de tarifas que, de acuerdo a los datos extraídos de su página web, era el siguiente: tarifa base+tarifa por minuto+tarifa por kilómetro. La tarifa mínima era de 3 euros por servicios y una tarifa de cancelación de 3 euros. El coste de la tarifa base era de 1 euro, la tarifa por tiempo de 0'30 euros por minuto, y la tarifa por kilómetro recorrido de 0'75 euros por kilómetro. En este hecho cabría entender que existe la nota de ajenidad en los riesgos, puesto que toda la actividad económica se realizaba mediante la plataforma y con los recursos de Uber, que era la que cobraba los servicios realizados, para posteriormente abonar los honorarios a los conductores. La empresa suministró a todos los conductores teléfonos inteligentes en los que sólo se podía acceder a la aplicación UberPop.

En relación con la dependencia es donde habría que apreciar si realmente estamos ante una relación laboral (los conductores son seleccionados por la plataforma sin que haya una adscripción voluntaria; en principio parece que no tienen una organización o estructura empresarial autónoma quedando insertos *ab initio* en la estructura y organización de Uber, etc.)³⁷. En la mencionada nota de prensa se afirma que en el informe de la Inspección de

³⁴ VIGIL, A. "Uber y Amazon revolucionan la legislación laboral", en Diario *Expansión*, 24 de junio de 2014, www.expansion.com

³⁵ ROJO TORRECILLA, E. "Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II)", obra cit., criterio operativo 94/2014, de 5 de febrero sobre actuación de la ITSS respecto de actividades de venta ilegal de loterías, es decir la realización de una actividad sin disponer de autorización para operar en el tráfico jurídico (sustitúyase, pues, venta de lotería por actividad de transportes sin autorización administrativa...) que procede a modificar el criterio 52/2007, de 3 de julio.

³⁶ ROJO TORRECILLA, E.: Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? (...), obra cit.

³⁷ En GOZZER, S. "Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma", en Diario *El País*, de 13 de junio de 2015, en www.elpais.com se citan algunos de los indicios señalados en el (...)

Trabajo se constata” la libertad de horario, pero como contrapartida están sujetos a un sistema de productividad” por incentivos determinados “según el interés económico de Uber”. En cuanto a la jornada de trabajo se afirma que estaba “condicionada por el grado de seducción” de los incentivos (entre 10 y 15 euros adicionales por cada viaje realizado en ciertas franjas horarias o en determinadas áreas de la ciudad), dado que sin ellos “la prestación de servicios sería impensable”. En definitiva, no nos cabe la menor duda de que éste será uno de los debates en los próximos meses donde se tratarán cuestiones relevantes en torno a la delimitación de la nota de la dependencia para su calificación legal en actividades canalizadas directa o indirectamente mediante plataforma digitales³⁸. En el caso de las actividades llevadas a cabo dentro de la economía colaborativa no cabe hablar de un intercambio de una prestación de servicios por un precio cuando se comparten e intercambian esas actividades y servicios sin que comporte la existencia de una actividad económica y/o empresarial. Entendemos que en todos estos casos existe una dependencia digital, donde habría que distinguir entre la *Locatioconductiooperarum*, donde el trabajador quedase en una situación de sometimiento personal respecto del patrono, y que éste ostentase un poder también personal sobre aquél; y la *locatio-conductiooperis*, es decir, trabajador autónomo no integrado en poder alguno. Con ello pretendemos equiparar los inicios del Derecho del Trabajo en la era de la revolución industrial con los inicios del trabajo tecnológico y/o virtual³⁹. Nos encontramos en una fase de transformación del Derecho del Trabajo ante la presencia de nuevas formas de empleo, y nuevas realidades a las que el legislador tendrá que dar respuesta⁴⁰.

5. CONCLUSIONES

En el primer trimestre de 2016 Uber va posicionarse en el mercado español a través de una nueva aplicación, UberX⁴¹ y su puesta en funcionamiento en Madrid, mediante

Informe de la ITSS donde indica «(...) También se considera que asisten “de un modo regular y continuado a un lugar determinado por la empresa” para “prestar un servicio”. El centro de trabajo “lo constituye el mismo vehículo”, que circula por una zona fijada por Uber “de forma unilateral”» (el área metropolitana de Barcelona). Igualmente se hace referencia a la libertad horaria pero estando los conductores sujetos a unos pluses que condicionaban dicha libertad (entre 10 y 15 euros adicionales por cada viaje realizado en ciertas franjas horarias o en determinadas áreas de la ciudad).

³⁸ Entre otras, véanse SSTS 11 de abril 1990 (Ar. 1990/3460), la actividad de los profesionales liberales puede organizarse en régimen laboral o por el contrario de forma autónoma; 11 de diciembre 1989 (RJ 1989/8947) la calificación de los contratos no depende de la denominación que le hayan atribuido las partes (...); 7 de junio 1986 (RJ 1986/3487) las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el CC no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho (...). Entre otros, en relación con los elementos indiciarios de la dependencia SSTS 20 de septiembre de 1995 (Ar. 1995/6784); 21 de mayo de 1990 (Ar. 1990/4993); 6 de mayo de 1986 (Ar. 1986/2491) y los elementos indiciarios de la ajenidad SSTS 31 de marzo 1997 (RJ 1997/3578); 23 de octubre 1989 (RJ 1989/7310).

³⁹ SIERRA BENÍTEZ, E.M.: “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencias digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, obra cit., pp. 21 a 24.

⁴⁰ Véanse los estudios realizados por DAGNINO, E.: “Uberlaw: perspectivas jurídico-laboral de la *sharing/on-demand economy*, *Revista Internacional y Comparada. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 3, julio-septiembre de 2015, pp. 1 a 35, en http://www.adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/issue/view/37 y TODOLÍ SIGNES, A.: “El impacto de la “Ubereconomy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor* 3/2015, pp. 1 a 25, en https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2015-3/Todoli.pdf

⁴¹ Uber: *La revolución del Smartphone: nuevas alternativas de transporte y oportunidades de empleo* en <http://cd00.epimg.net/descargables/2015/11/12/eb705642e167824422e4125df3de39fa.pdf>. En este documento se anuncia el lanzamiento de UberPool, una plataforma para compartir coche privado por varios usuarios que viajan en la misma dirección, por lo que la empresa no renuncia.

un servicio regulado en la normativa de transporte: arrendamiento de vehículos con conductor o empresas que dispongan de licencia de vehículos con conductor (VTC). Esta normativa recientemente modificada ha sido bien recibida por el colectivo del taxi puesto que, entre otros motivos, introduce la regla de la proporcionalidad de 1 licencia de vehículos con conductor (VTC) por cada 30 licencias de taxis⁴². Uber ha elaborado un informe para remitirlo a las Administraciones Públicas donde intenta demostrar las ventajas que para la economía y el medio ambiente tiene su modelo de compartir automóviles. En este documento solicita acabar con las restricciones a la concesión de licencias VTC en España, y prevé que se generen más de 30.000 nuevos empleos que supondrían un impacto positivo de hasta 650 millones anuales para el Estado en concepto de subsidios, políticas de empleo y recaudación fiscal. En este informe que ha hecho público para mejorar la imagen pública de la empresa plantea una propuesta de regulación única en la que no existan limitaciones en el acceso a la actividad que, tememos, podría conducir a una mayor precariedad del empleo y al aumento de “falsos” autónomos⁴³. Las notas configuradoras de la existencia de relación laboral vienen consagradas en el art. 1.1 ET: profesionalidad, voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución⁴⁴. En el caso de UberPop, e incluso en el *modus operandi* de algunas *start-up*, se puede detectar la presencia de esas notas de laboralidad de la prestación de servicios. La política de la compañía ofreciendo una mayor flexibilidad en la forma de ejecución del trabajo y del incremento de la libertad en la elección del horario y la jornada de trabajo es engañosa, por cuanto la empresa tiene medios tecnológicos suficientes para controlar la actividad de los conductores y “penalizar” la permanencia en el servicio de éstos. En las nuevas formas de organización del trabajo, como por ejemplo el teletrabajo, las nuevas tecnologías de la comunicación permiten el ejercicio del poder de control de forma virtual⁴⁵. En el caso de las plataformas virtuales (UberPop) son muy importantes “las evaluaciones de los clientes para asegurarse unos estándares altos de prestación de servicios” y “en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar la calidad del servicio, delegan estas funciones en los clientes”⁴⁶, utilizando esta información para la toma de decisiones respecto a la prestación del servicio de cada conductor y su permanencia en el servicio.

Por lo tanto, como se ha señalado, la “inexistencia o reducción de instrucciones por parte del empresario, en conjunción con la evaluación del trabajo resultado por parte del cliente, parece que como mucho implicará que el trabajador estará sometido a

⁴² En el plano mercantil véase VELASCO SAN PEDRO, L.A.: “El consumo colaborativo en el transporte de personas”, Diario La Ley, núm. 8601, 9 de septiembre de 2015, La Ley 5390/2015 en www.laleydigital.laley.es; SERRANO CASTRO, M.D.: “Alojamientos privados convertidos en turísticos, redes sociales y aplicaciones que ponen en contacto a conductores...¿Competencia desleal?”, Diario La Ley, núm. 8444, 18 de diciembre de 2014, La Ley 8910/2014, en www.laleydigital.laley.es

⁴³ Uber.: *La revolución del Smartphone: nuevas alternativas de transporte y oportunidades de empleo* en <http://cd00.epimg.net/descargables/2015/11/12/eb705642e167824422e4125df3de39fa.pdf>

⁴⁴ Véanse SSTs 11 de abril 1990 (Ar. 1990/3460), la actividad de los profesionales liberales puede organizarse en régimen laboral o por el contrario de forma autónoma; 11 de diciembre 1989 (RJ 1989, 8947) en la calificación de los contratos no depende de la denominación que le hayan atribuido las partes

⁴⁵ SIERRA BENÍTEZ, E.M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, Sevilla, 2010, pp. 299 y 300.

⁴⁶ TODOLÍ, SIGNES, A.: “El impacto de la “UberEconomy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, obra cit., p. 10.

obligaciones de resultado y no de medios”⁴⁷. Como afirmamos hace unos años, los cambios técnico-organizativos no afectan al contenido o naturaleza del poder de dirección ni suponen la aparición de unas características distintas a las propias de una relación laboral no virtual, sino que en realidad afectan al modelo de relaciones laborales en el lugar de trabajo, potenciando el papel de la autonomía individual. No obstante, consideramos que aunque el Derecho del Trabajo debe adaptar los instrumentos de protección del trabajador a las nuevas realidades y con ello aproximarse a la “lógica contractual”, es necesaria la participación de los sujetos colectivos en este nuevo orden económico para facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal. En todo caso, frente a los cambios normativos que propone Uber, éstos deben en todo caso favorecer la creación, preservación y sustentabilidad de empresas y de empleos decentes en la economía formal, así como la coherencia de las políticas macroeconómicas, de empleo, de protección social y otras políticas sociales, y prevenir la informalización de los empleos de la economía formal. La finalidad es bien sencilla: “prevenir y sancionar la conducta de evitar o abandonar deliberadamente la economía formal con el fin de evadir el pago de impuestos y el cumplimiento de la legislación social y laboral”⁴⁸. El problema principal es el cómo. Es necesario recordar el nacimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo para poder realizar unas propuestas que garanticen los derechos fundamentales del trabajador en la era digital, siendo necesario un mayor protagonismo de las instancias internacionales y de los Estados para que el Derecho del Trabajo evolucione conforme a los avances de las grandes multinacionales tecnológicas.

⁴⁷ TODOLÍ, SIGNES, A.: “El impacto de la “UberEconomy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, obra cit., p. 10.

⁴⁸ OIT: Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015.

Capítulo XVIII. Problemática y Consecuencias Jurídico-Laborales Derivadas de la Colaboración en Tareas Docentes por Parte de los Ayudantes

CARMEN SOLÍS PRIETO*

*Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Resumen

Esta aportación tratará de exponer, a través del estudio de unos concretos y recientes pronunciamientos jurisprudenciales, si las actuaciones de las Universidades públicas en materia de contratación de Personal Docente e Investigador laboral, por lo que hace concretamente a la figura de los Ayudantes y su posibilidad de colaborar en tareas docentes, suponen un ejemplo de buenas prácticas o si, por contra, se impondrán a golpe de sentencia limitaciones a la impunidad de la que tradicionalmente han venido gozando las mismas.

Abstract

This contribution tries to analyse the hiring policy of public Universities regarding the figure of the so-called "Ayudantes" (i.e. teaching assistants). Specific examples and recent Case-law are considered in order to assess whether the participation of this employees in general teaching duties stands as an example of good practice or whether judicial decisions may establish some sort of limitation to a so –far arbitrary and unbounded regime.

1. INTRODUCCIÓN: CARACTERÍSTICAS DE LA MODALIDAD CONTRACTUAL DE AYUDANTE Y EVOLUCIÓN DE SU REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DE UNIVERSIDADES

El personal docente e investigador de las Universidades públicas se compondrá, a tenor de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOU), de funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y de personal contratado. Respecto a los segundos, ha de subrayarse que las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario son las que se corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante, *ex* artículo 48.2 LOU.

Dejando a un lado el resto de tipos contractuales, conviene hacer una referencia somera a las principales notas caracterizadoras de la figura del Ayudante puesto que las mismas nos servirán de base para seguir con mayor facilidad los datos y argumentos aportados a lo largo de esta exposición.

Según la primera versión de la LOU (artículo 49), los Ayudantes serían contratados entre quienes hubiesen superado todas las materias insertadas en los estudios de Doctorado, con la finalidad principal de completar su formación investigadora. La contratación sería a tiempo completo, por una duración no superior a cuatro años improrrogables, y se habilitaba a los Ayudantes para colaborar en tareas docentes en los términos que estableciesen los Estatutos de la Universidad contratante.

* La autora desea agradecer expresamente a los profesores Cristóbal Molina Navarrete y Josep Moreno Gené tanto la documentación facilitada para la preparación de este estudio como sus acertados comentarios y sugerencias, y poner de manifiesto que este trabajo ha sido realizado en el contexto del grupo de investigación financiado por el Gobierno de Extremadura titulado "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social".

Esta regulación se vio afectada sustancialmente por la Ley Orgánica 4/2007 de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOMLOU), que entró en vigor el 3 de mayo de 2007. A raíz de dicha variación, en base al nuevo artículo 49, se podría contratar como Ayudantes a quienes hayan sido admitidos o a quienes estén en condiciones de ser admitidos en los estudios de Doctorado; se añadió la formación docente a la investigadora por lo que hace a la finalidad principal de dicho contrato; se tasó en un máximo de 60 horas anuales de índole práctica la colaboración de los Ayudantes en las tareas docentes; se aclaró que dicha modalidad contractual sería de carácter temporal y con dedicación a tiempo completo y se dio una nueva formulación a la duración prevista para la misma, señalando que no podía ser inferior a un año ni superior a cinco, pudiendo prorrogarse o renovarse si se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima, siempre que la duración total no excediera de los indicados cinco años, y subrayando que las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento durante el período de duración del contrato interrumpirían su cómputo.

En términos similares se manifestaban las diferentes leyes autonómicas en la materia, que hubieron también de adaptarse a la reforma operada en 2007. En tanto nos servirá para la mejor comprensión de lo expuesto, permítase hacer una mención específica a la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía al respecto. El artículo 38 de la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades (en adelante, LAU), fue reformado por la Ley 12/2011, de 16 de diciembre, de modificación de la Ley Andaluza de Universidades (en lo que sigue, LMLAU), que entró en vigor el 28 de diciembre de 2011. Hay que hacer constar que actualmente existe un Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero (en adelante, TRLAU).

Como se ha puesto de manifiesto, en la actualidad, tras las modificaciones operadas, el contrato de Ayudante tiene por finalidad principal completar la formación docente e investigadora de dichas personas [artículo 49.b) LOU] pero ello no es obstáculo para que haya Universidades que aprovechen la posibilidad del Ayudante de colaborar en las tareas docentes como una vía de apoyo a la docencia regular de las materias impartidas en las diferentes titulaciones.

A la vista de estas criticables prácticas, surge inmediatamente la cuestión: ¿qué consecuencias tendría el hecho de que la figura del Ayudante fuera usada por las Universidades como un medio de apoyo a la docencia para suplir la carga de trabajo de otros profesores? Para tratar de dar una respuesta a la misma, se procederá a analizar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 1 de octubre de 2015 (sentencia núm. 2437/2015). Dicho pronunciamiento trae causa en el recurso de suplicación interpuesto frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla de 25 de febrero de 2013 (sentencia núm. 73/2013).

2. COLABORACIÓN EN TAREAS DOCENTES POR PARTE DE LOS AYUDANTES COMO FOCO DE CONFLICTO Y PROBLEMÁTICA PLANTEADA A ESTE RESPECTO: ANÁLISIS DE CONTROVERSIAS JUDICIALES

Como se ha adelantado, sin perjuicio del apoyo de las afirmaciones vertidas en otros pronunciamientos jurisprudenciales, dos son las sentencias en las que se basa fundamentalmente el estudio realizado: la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 1 de octubre de 2015 (sentencia núm. 2437/2015) y la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla de 25 de febrero de 2013 (sentencia núm. 73/2013), cuyos hechos probados se procederá a describir someramente haciendo hincapié en las circunstancias que tienen una particular relevancia para la determinación del fallo de las mismas.

Tras la necesaria interposición de la reclamación administrativa previa, al ser la demandada una Administración pública, el periplo judicial comenzó en el año 2012, cuando un Ayudante de la Universidad de Sevilla procedió a demandar a ésta por despido al entender que la extinción contractual por expiración del tiempo convenido llevada a cabo por la empleadora debía ser calificada como tal.

La parte actora vino prestando servicios de manera continuada como Personal Docente e Investigador para dicha Universidad desde noviembre de 2006, estando contratada como Ayudante, contrato suscrito al amparo de la LOU, la LAU, las disposiciones de desarrollo respectivas, los Estatutos de la mencionada Universidad y la legislación laboral aplicable, además del I Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador con contrato laboral de las Universidades públicas de Andalucía. Su contrato se calificaba y se describía en su hoja de servicios como Laboral Docente Tiempo Completo OSD acogido al Real Decreto.

Como consecuencia de una situación de incapacidad temporal, su contrato estuvo en suspenso, lo que interrumpió el cómputo de su duración máxima, habiéndose reanudado éste al finalizar la misma, lo que conllevó la suscripción de una prórroga de aquél.

En varias ocasiones durante la vigencia del contrato, se le encomendaron tareas docentes adicionales a las propias a fin de cubrir las ausencias de determinados compañeros, circunstancia que le fue siempre comunicada por escrito. Dichas encomiendas determinaron que se le exigiera durante algún curso académico, en concreto el 2006/2007, el desarrollo de una docencia que excedía con mucho de la prevista para ese tipo contractual. Ello consta en las propias certificaciones emitidas por la empleadora, aunque curiosamente la misma procediera a realizar una segunda certificación, una vez interpuesta la demanda, donde se aminoraban considerablemente las horas de docencia impartidas.

A su vez, es de destacar que, mientras se encontraba de baja por incapacidad temporal, la empleadora preavisó la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido, circunstancia ante la que esgrimió que dicha suspensión contractual había interrumpido el cómputo de la duración máxima de su contrato de Ayudante, no siendo por ello procedente la extinción. Ante ello, la Universidad comunicó que, tras la finalización de la incapacidad temporal, se procedería a firmar una prórroga del contrato y que “una vez firmada la prórroga cesará automáticamente en la prestación de sus servicios el día que se indique como fecha fin en la citada prórroga”.

Más allá de esta mera indicación recogida en uno de los escritos enviados por la Universidad, no se recibió ninguna otra comunicación específica sobre la fecha de finalización del contrato laboral que tenía suscrito como Ayudante, lo que hizo pensar que se había accedido a la solicitud realizada de prolongar su vinculación docente hasta el final del curso académico para no producir perjuicio a los alumnos de los que asumía la responsabilidad docente en dicho momento. Así, a la llegada de dicha fecha, continuó prestando sus servicios con normalidad como se demuestra con las firmas estampadas

en los partes de las correspondientes clases hasta que tuvo constancia de que se había producido su baja en la Seguridad Social.

Ante esta situación, se interpuso demanda de despido contra la Universidad solicitando la declaración de improcedencia del mismo. El demandante entendió que su contrato temporal se había convertido en indefinido al haberse producido desviaciones en el cumplimiento de las exigencias del contrato por lo que hace a la colaboración en tareas docentes puesto que se había rebasado con creces su dedicación a las mismas durante la vigencia de aquél, habiéndose llevado a cabo una prestación equiparable en sus condiciones a las de otras categorías laborales o funcionariales de Personal Docente e Investigador. Así, en base a los artículos 15.3 ET y 9.3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada, se deduciría la presunción *iuris et de iure* de contrato por tiempo indefinido para este caso de contrato de duración determinada celebrado en fraude de ley. A su vez, al no haberse producido, en su opinión, la necesaria denuncia expresa para la extinción del contrato de duración determinada y haberse continuado prestando los servicios, el contrato se consideraría prorrogado tácitamente por tiempo indefinido [artículos 49.1.c) ET y 8.2 del Real Decreto 2720/1998]. De esta forma, en tanto la actuación empresarial podía ser considerada como despido, dicha decisión extintiva de la relación laboral se reputaría improcedente.

La Sentencia de instancia que resolvió la controversia fue dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla con fecha 25 de febrero de 2013 (sentencia núm. 73/2013), que estimó la pretensión concluyendo que había existido fraude en la contratación y que, en tanto la relación laboral había devenido indefinida no fija, el despido debía ser calificado de improcedente. Pero la Universidad interpuso recurso de suplicación, que fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) en Sentencia de 1 de octubre de 2015 (sentencia núm. 2437/2015). Ambos pronunciamientos constituirán el objeto principal de este estudio.

3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y FUNDAMENTOS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN LA MATERIA: INTENTOS DE CORRECCIÓN DE UNA CRITICABLE PRÁCTICA EMPRESARIAL

Tres son los motivos en que sustenta la Universidad el recurso de suplicación interpuesto, motivos que serán analizados a continuación.

En base al artículo 193.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), la recurrente solicita la revisión del *factum* fijado en instancia en orden a rectificar la referencia al número de horas de docencia que constan en las certificaciones de actividades docentes, así como que se refleje la naturaleza teórica, práctica o mixta de las mismas.

En nuestra opinión, si bien es cierto que existe un error de transcripción, la modificación solicitada resulta innecesaria puesto que, en todo caso, se superan los límites de horas establecidos para los cursos indicados, como se explica a continuación:

1) Por lo que hace al curso 2006/2007, período durante el que estaba en vigor la versión original de la LOU, se comprueba que los créditos asignados superan el máximo legal de 12 y que no se respetó la exigencia de que fueran fundamentalmente prácticos,

tal y como debería haber sido al tratarse del primer año de vigencia del contrato, según establecía el artículo 91.1 de los Estatutos de la mencionada Universidad vigentes en dicho momento (Decreto 324/2003 de 25 de noviembre) ¹.

2) Ha de subrayarse que a partir del año académico 2007/2008, momento en que ya se encuentra en vigor la reforma de la LOU operada por la LOMLOU, los créditos asignados superan el máximo de 6 allí recogidos y tampoco se respetó la exigencia de que fueran de índole práctica, entendiéndose por tal el desarrollo de competencias de carácter práctico y accesorio de las teóricas².

3) A su vez, resulta reseñable que un Ayudante hubiera de hacerse cargo en solitario de la docencia y evaluación de las asignaturas, cuando ni la LOU ni la LAU le otorgan a dicha figura la consideración de profesor, sino simplemente la de Ayudante. Además, se entiende que la participación docente de esta figura que se prevé en la normativa no puede implicar asumir la responsabilidad docente sobre la impartición y evaluación de una materia de estudio, en base a sus limitaciones horarias respecto a la docencia. La situación descrita casa mal entonces con lo que la normativa llama colaboración del Ayudante en las tareas docentes pues, si se acude a la definición de “colaborar” recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ello consiste en “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra”.

Por todo ello, independientemente de la intención de la recurrente para la pretendida modificación, se mantiene la prueba de la extralimitación de los créditos y horas asignados al Ayudante, lo que conlleva la superación del objeto del contrato, su formalización en fraude de ley y la aplicación de los efectos ordenados en el artículo 15.3 ET sobre el carácter indefinido del mismo.

Por lo que hace al segundo motivo de impugnación, en base a lo establecido en el artículo 193.c) LRJS, la Universidad alega una aplicación incorrecta del régimen jurídico propio de la modalidad de contratación temporal por obra o servicio determinado del artículo 15 ET, lo que conllevaría infringir los artículos 48 y 49 LOU, en la redacción dada a los mismos por la LOMLOU, así como los artículos 38 y siguientes de la LAU, modificada por la LMLAU.

Desde nuestro punto de vista, y la Sala coincide, no puede tener acogida, pues parte de una premisa errónea: no se está calificando al contrato de Ayudante como un contrato de obra o servicio determinado, por lo que no se trata de la vulneración del régimen jurídico de este último tipo de contrato, sino de la vulneración del régimen jurídico del contrato de Ayudante propio de la LOU, la LOMLOU y el resto de normativa y Convenio Colectivo de aplicación. Así, según dispone el artículo 48.2 LOU tras la reforma operada por la LOMLOU, el régimen de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario en dicha norma recogidas será el que se

¹ En la doctrina, hubo quien criticó la elevada carga docente atribuida a los Ayudantes en dicha norma estatutaria, al considerar que la misma no se puede considerar como una mera “colaboración” que no interfiera en la formación del Ayudante, así que figuremos qué crítica haría de su extralimitación y sobre su nefasta incidencia sobre la investigación. Al respecto, NOGUEIRA LÓPEZ, A.: *Régimen jurídico de la selección del profesorado universitario*, Atelier, Barcelona, 2004, página 91.

² CAIRÓS BARRETO, D. M.: “El régimen jurídico del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas”, en VV.AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (volumen I)*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, página 468.

establece en ella y en sus normas de desarrollo, resultando supletoriamente de aplicación lo dispuesto en el ET y en sus propias normas de desarrollo.

Como señala la Sala de lo Social en su Sentencia, en el marco de las Universidades públicas, la contratación se ha regulado de un modo peculiar y propio, habida cuenta sus especiales características, siendo esta regulación prioritaria a la de cualquier cuerpo normativo, como puede ser el ET. Ahora bien, siendo cierto que la LOU es ley especial respecto al Derecho del Trabajo, ello no la habilita para derogarlo o contradecirlo, aunque sí puede modalizar o excluir algunas de sus reglas. De esta forma, “las normas laborales sobre contratación temporal rigen plenamente y sin excepción en el ámbito universitario en lo que afecta a los [...] Ayudantes [...]. Naturalmente las particularidades albergadas en la LOU constituyen especialidades que prevalecen sobre las reglas genéricas del ET y normas complementarias³”. En esta misma línea se manifestaba SALA FRANCO, quien señala que, en tanto no haya desarrollo legal o reglamentario estatal de la LOU (y no lo hay), a los contratos temporales de duración definida allí recogidos, como es el caso del de Ayudante, habría que aplicarles “la LOU en cuanto a su duración y, en el resto, la normativa laboral común, esto es, el art. 15 del ET y el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, y, en general, la normativa laboral común, con las salvedades jurisprudenciales conocidas por razón de la naturaleza pública del empresario⁴”. De forma genérica, BAYLOS GRAU mantiene que “a la contratación laboral del Personal Docente e Investigador contratado le resulta de aplicación supletoria la legalidad laboral ordinaria del ET⁵”, añadiendo MOLINA NAVARRETE que la LOU sólo pretende conformar para el Personal Docente e Investigador contratado un régimen laboral dotado de ciertas particularidades o especialidades pero, en modo alguno, “excluir la introyección o integración del régimen de PDI contratado en el ámbito del ordenamiento laboral, cuya supletoriedad para corregir contradicciones o anomalías y cubrir lagunas resultará incuestionable en lo teórico y utilísimo en lo práctico⁶”. En el mismo sentido, señala que “no se desvirtúa la importante función de suplencia del ET, aplicándose la regulación de éste en lo que no contradiga la regulación específica y en lo que no desnaturalice la lógica que motiva la especificidad⁷”.

Pasando del ámbito doctrinal al jurisprudencial, existen numerosas sentencias que se hacen eco de la normativa conformadora del régimen jurídico de los contratos de Ayudante⁸, pero resultan dignas de mención las SSTSJ de Madrid de 17 de julio de 2007

³ SEMPERE NAVARRO, A. V. Y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Profesores universitarios contratados y jurisdicción competente”, en CARO MUÑOZ, A. I. Y DEL VALLE PASCUAL, J. M. (coords.): *Jornadas sobre el Profesorado Universitario Laboral*, Universidad de Burgos, Burgos, 2004, página 135.

⁴ SALA FRANCO, T.: “Modalidades de contratación laboral temporal: la LOU y el Estatuto de los Trabajadores condenados a entenderse”, en CARO MUÑOZ, A. I. Y DEL VALLE PASCUAL, J. M. (coords.): *Jornadas sobre el Profesorado Universitario Laboral*, Universidad de Burgos, Burgos, 2004, páginas 76-77.

⁵ BAYLOS GRAU, A.: “El personal docente e investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007”, *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008, página 51.

⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “Improvisación de la LOU, perversión de la práctica, ¿sabemos quién fija el régimen del PDI contratado?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, página 100.

⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: “Una nueva e inaudita relación laboral especial: la difícil reconstrucción del sistema de fuentes reguladoras de los contratos de P.D.I.”, en MOLINA NAVARRETE, C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. Y OJEDA AVILÉS, A.: *Ordenación y gestión del personal docente e investigador contratado: problemas y soluciones*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003, página 22.

⁸ La STSJ de Asturias de 23 de noviembre de 2007 (JUR 2008/75166) recoge entre los hechos probados como régimen de los contratos de Ayudante la legislación vigente de aplicación y, particularmente, los artículos 12 y 15 ET, la Ley 12/2001, el Real Decreto 2720/1998 y la LOU. La (...)

(JUR 2007/347592) y de Asturias de 23 de noviembre de 2007 (JUR 2008/75166), pues mantienen expresamente que, a pesar de que las modalidades de contratación previstas en la LOU son distintas y específicas, ello no impide que a algunas de ellas, en tanto que contratos de carácter temporal, les sea de aplicación el Real Decreto 2720/1998.

En base a todo ello, se entiende que, al haberse superado los límites impuestos a la colaboración docente del Ayudante y al no respetarse en ningún caso el carácter práctico de la misma, se ha producido una vulneración del régimen jurídico de ese contrato, siendo entonces de aplicación supletoriamente lo ordenado en el Estatuto de los Trabajadores que, ante el fraude de ley de la contratación, ordena el carácter indefinido de los contratos temporales. Así, lo prescrito en el artículo 15.3 ET resultaría de aplicación supletoria frente a la vulneración de la norma contractual especial prevista para las Universidades puesto que para resolver los problemas que se deriven de otro tipo de irregularidades en la contratación temporal derivada de la LOU ha de recurrirse a la aplicación supletoria, con las dificultades que conlleva, de los mecanismos previstos en relación con las irregularidades en el ámbito del Derecho Laboral Común⁹.

El tercer motivo del recurso presentado por la Universidad se centra en discutir la aplicación de los principios sobre la contratación temporal del artículo 15 ET, concretamente su apartado 3 y su desarrollo en el artículo 9.3 del Real Decreto 2720/1998. Tanto actor como demandada parecen estar conformes en el régimen especial que define al contrato de Ayudante pero difieren respecto a los efectos derivados del incumplimiento de su ejecución o desarrollo, entendiéndose por el primero que se ha vulnerado el régimen jurídico aplicable al contrato al haber estado dedicado casi en exclusiva a la docencia, menoscabando fuertemente su dedicación a la investigación hasta hacerla imposible durante su jornada laboral y sobrepasando con mucho el número máximo de créditos permitidos. De esta forma, se habría pervertido el objeto del contrato por lo que, en aplicación supletoria del artículo 15.3 ET, el contrato en fraude de ley habría devenido en indefinido pero no fijo y la presunta extinción contractual por alcance del límite temporal se convertiría en un despido con las consecuencias legales oportunas.

Según el artículo 49 de la originaria versión de la LOU, aplicable en el momento de suscripción del contrato, el de Ayudante tenía como finalidad principal completar la “formación investigadora” del contratado, pues supone la forma de iniciación en la carrera universitaria, lo cual casa con la posibilidad de colaborar en tareas docentes en los términos que establezcan los Estatutos (en la Universidad de Sevilla, en aquel momento, 12 créditos según el artículo 91.1 del Decreto 324/2003, de 25 de noviembre, aunque posteriormente quedó sin contenido tras la reforma operada por el Decreto 16/2008, de 29 de enero). Sin embargo, tras la redacción dada al mencionado artículo 49 por la LOMLOU, su apartado b) determina que la finalidad será “completar la formación docente e investigadora de dichas personas”, quienes colaborarán en tareas

STSJ de Asturias de 19 de marzo de 2010 (JUR 2010\175897) se expresa en los mismos términos aunque el contrato al que se refiere sea el de Asociado. En el caso de la SJS núm. 3 de Pamplona de 9 de febrero de 2011 (AS 2011\943), una cláusula del contrato establecía que se regiría por la LOU; por la legislación que pueda dictar el Estado en desarrollo de la misma; por la legislación de desarrollo de la Comunidad Foral Navarra; por el ET en lo no previsto en la LOU, y en tanto no se oponga a ella, y por los Estatutos de la Universidad Pública de Navarra.

⁹ PEDRAJAS MORENO, A.: “Las irregularidades de la contratación laboral temporal del profesorado universitario: ¿indefinición contra su ley habilitante?”, en CARO MUÑOZ, A. I. Y DEL VALLE PASCUAL, J. M. (coords.): *Jornadas sobre el Profesorado Universitario Laboral*, Universidad de Burgos, Burgos, 2004, página 87.

docentes de índole práctica hasta un máximo de 60 horas anuales. En los mismos términos se expresaba el artículo 38 LAU, tanto antes como después de la reforma operada por la LMLAU, y el actual artículo 40.1.a) TRLAU. De ahí se colige por el juzgador de instancia que “las labores docentes no son la tarea principal del Ayudante” y que, habiéndose superado con creces las horas anuales de docencia que éste puede desempeñar, “el contrato perdió su naturaleza temporal”, para el que “se exige no sólo un plazo de duración de la contratación, sino que el actor estuviera destinado a la labor investigadora, y de forma complementaria a la docencia” puesto que esta última “sigue siendo una actividad secundaria en este tipo de contrataciones, que no puede primar sobre la investigadora”, como se desprende de la expresa limitación de horas para la docencia presente en la LOU también tras su reforma. A este respecto, con un claridad y rotundidad aplastante, la Sala concluye que “la finalidad prevista en la Ley Orgánica de Universidades, mantenida en su reforma de 2007, concibe el contrato del Ayudante como una figura eminentemente investigadora y formativa, limitando la dedicación de este personal a la actividad docente, lo que tiene su lógica, porque, de no ser así, con ello se entraría de lleno en la actividad normal de apoyo a la docencia, lo que no es la intención de la norma, y así mismo, porque de lo que se trata con la creación de esta figura es de formar investigadores y no de suplir o aligerar la carga de trabajo de otros profesores. No cabe duda que una excesiva carga docente puede suponer un obstáculo para la labor formativa del contratado”.

Así, tras subrayarse que la actividad predominante de los Ayudantes no puede ser otra que la investigación, y no la docencia, se hace necesario que las funciones a ellos asignadas sean compatibles con la finalidad principal de completar su formación investigadora (esto es, la elaboración y defensa de la tesis doctoral y el desarrollo de otras actividades complementarias como la asistencia a eventos científicos o las estancias en el extranjero, entre otras), circunstancia que se dificultaría sobremanera con la asignación de un desmesurado número de créditos. En este sentido, MORENO GENÉ y ROMERO BURILLO ponen de manifiesto que una excesiva carga docente supone un lastre a la función formativa de este tipo de contratos y que ello es la razón de que la LOMLOU, con la voluntad de garantizar la misma, haya limitado tanto cuantitativa como cualitativamente la colaboración de estos contratados en las tareas docentes¹⁰, puesto que “el carácter formativo de la figura de los Ayudantes se puede quedar en una mera declaración programática muy alejada de la realidad cotidiana de nuestras Universidades en las que los Ayudantes asumen muchas más obligaciones de las que realmente les corresponden”¹¹. Como sostiene BAYLOS GRAU, la colaboración docente a veces es una excusa, puesto que se considera un instrumento de mejora y adquisición de méritos en el desarrollo de la carrera universitaria, pero las Universidades lo han utilizado como un elemento de sostén de la docencia regular de las materias impartidas en las respectivas titulaciones, por lo que, con esta medida limitadora introducida a

¹⁰ MORENO GENÉ, J. Y ROMERO BURILLO, A. M.: “La contratación laboral del personal docente e investigador en las universidades públicas”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. Y CARDENAL CARRO, M. (dirs.): *El contrato de trabajo (volumen II): relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, página 1441.

¹¹ MORENO GENÉ, J.: “Las figuras contractuales del PDI en la negociación colectiva: clasificación profesional y carrera académica”, en ROMERO BURILLO, A. M. Y MORENO GENÉ, J. (coords.): *El personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas: aspectos legales y negociación colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2010, página 136.

través de la LOMLOU, se trata de poner límites y restringir esa perversa práctica universitaria¹².

“El contrato de Ayudante está concebido por el legislador como un contrato de trabajo cuya naturaleza es temporal derivada de una determinada causa que estructura al contrato con un tiempo para formar al futuro investigador y en menor medida al docente”¹³. La LOU marca una diferencia tanto cualitativa como cuantitativa entre la formación investigadora, centro de su actividad, y la colaboración en tareas docentes, como un complemento secundario de este proceso formativo, que necesariamente debe quedar en segundo plano. De ello se infiere que “los Ayudantes no son unos docentes más con menos horas de clase”, sino personal en formación que debe desempeñar tareas docentes de un nivel básico apropiadas a su situación de inicio de la carrera docente e investigadora¹⁴. A su vez, ha de tenerse en consideración que a las tareas docentes, entendidas como mera impartición de clases, habrán de sumársele otras actividades conexas e imprescindibles (preparación de las mismas y del material a utilizar, corrección de las prácticas llevadas a cabo por el estudiante, atención del mismo en horario de consulta, tareas de gestión o corte administrativo...) que no resultan computadas para la determinación de los créditos asignados y que restan horas a la dedicación a la investigación.

Es por ello que, además del exceso ya reiterado de los créditos asignados (tanto de naturaleza práctica como teórica), y debido precisamente a ello, se ha menoscabado sobremanera la necesaria investigación en este tipo de contratos, no dándose cumplimiento a su única finalidad (completar la formación investigadora, según la original versión del artículo 49 LOU, aplicable durante el curso 2006/2007, en el que la carga docente atribuida al Ayudante superó con creces la legalmente prevista) o a su finalidad principal (la formación investigadora, frente a la formación docente, puesto que, si bien ambas aparecen en la nueva versión de dicho artículo tras la LOMLOU, aplicable a partir del curso 2007/2008, a nadie se le escapa que no se encuentran al mismo nivel y/o proporción). De ello se desprende la aplicación supletoria del artículo 15.3 ET, que determina el carácter indefinido de la relación laboral. Y es que, ¿dónde queda la formación investigadora del Ayudante cuando éste imparte un número de créditos superior al exigido al personal que ya está formado en el ámbito investigador, que tiene plena capacidad investigadora y que ya ha obtenido el título de Doctor? Apoya esta idea de forma patente PEDRAJAS MORENO, quien entiende que una manifiesta irregularidad durante la ejecución del contrato sería la constituida por desviaciones en el cumplimiento de las exigencias del mismo. Así, poniendo como ejemplo el caso de los Ayudantes, señala que de la exigencia a éstos de una docencia que exceda la prevista para este tipo contractual resultaría de aplicación el fraude de ley (arts. 15.3 ET y 9.3 RD 2720/1998), convirtiéndose su contrato en indefinido¹⁵.

¹² BAYLOS GRAU, A.: “El personal docente e investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007”, ob. cit., página 57.

¹³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “Figuras legales de contratación laboral del profesorado de las Universidades Públicas”, en MOLINA NAVARRETE, C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. Y OJEDA AVILÉS, A.: *Ordenación y gestión del personal docente e investigador contratado: problemas y soluciones*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003, página 38.

¹⁴ NOGUEIRA LÓPEZ, A.: *Régimen jurídico de la selección del profesorado universitario*, ob. cit., página 90.

¹⁵ PEDRAJAS MORENO, A.: “Las irregularidades de la contratación laboral temporal del profesorado universitario: ¿indefinición contra su ley habilitante?”, ob. cit., página 84. De la misma opinión, en (...)

Por lo que hace al ámbito jurisprudencial, en esa misma línea se expresa la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de junio de 2013 (JUR 2013\252122), que al enjuiciar el caso de un Ayudante que venía impartiendo un número de créditos superior al previsto legalmente para dicha modalidad contractual, entendió que “nos hallamos aquí, por tanto, ante un contrato temporal que no respondía en absoluto a la finalidad para el que había sido concertado [...]. En definitiva, que también este contrato temporal ha de reputarse fraudulento, con lo que la declaración contenida en el fallo de la sentencia impugnada respecto a la naturaleza indefinida de la relación laboral mantenida entre las partes se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el artículo 15.3 ET, que establece que se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”, puesto que el contrato temporal suscrito “no está previsto para tareas docentes e investigadoras, sino para completar la formación de aquellas personas que hayan sido admitidas o estén en condiciones de ser admitidas en los estudios de Doctorado”. Así, se pone de manifiesto jurisprudencialmente lo que define a la figura del Ayudante, la necesidad de completar la formación y los efectos del incumplimiento de dicha finalidad, tal y como esgrimen la dos sentencias primordialmente comentadas en este estudio.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Esta aportación se propuso exponer, a través del estudio de unos concretos y recientes pronunciamientos jurisprudenciales, si las actuaciones de las Universidades públicas en materia de contratación de Personal Docente e Investigador laboral, por lo que hace concretamente a la figura de los Ayudantes y su posibilidad de colaborar en las tareas docentes, suponen un ejemplo de buenas prácticas o si, por contra, se impondrán a golpe de sentencia limitaciones a la impunidad de la que tradicionalmente han venido gozando las mismas.

En nuestra opinión, en base a la magnitud de los incumplimientos de la LOU, norma en que se basa la suscripción del contrato de Ayudante, en que incurre la Universidad recurrente en el caso estudiado, el reproche jurídico por parte del órgano juzgador no podía sino esperarse. Y es que el objeto del mismo había sido superado con creces al sobrepasar la carga docente máxima permitida para dicha figura contractual en detrimento de la tarea investigadora, por lo que de ello debía extraerse que la prestación del servicio fue llevada a cabo en fraude de ley, procediendo la aplicación a estos efectos del artículo 15 ET.

Pese a que con la crisis se están produciendo muchas situaciones conflictivas en relación al Personal Docente e Investigador, que hace tiempo hubieran resultado inimaginables, no es menos cierto que son muy pocos quienes demandan a sus empleadoras, en la esperanza de volver a prestar servicios allí más pronto que tarde. Así, la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto a nivel de Tribunales Superiores de Justicia y, salvo error u omisión, la inexistencia de pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia no tiene por qué deberse a la ausencia de conflictividad. Por ello, no podemos obtener datos fidedignos sobre si las Universidades respetan escrupulosamente los dictados contenidos en la LOU y normativa concordante sobre la posibilidad de los Ayudantes de colaborar en las tareas docentes.

cuanto a la aplicación de ambos preceptos en relación con las modalidades contractuales de naturaleza temporal específicas recogidas en la LOU, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “Figuras legales de contratación laboral del profesorado de las Universidades Públicas”, ob. cit., página 45.

Capítulo XIX. Evolución normativa y jurisprudencial en la consideración del empleado público. Especial referencia al empleado público laboral

ARACELI VALLECILLO ORELLANA

Profa. Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SEJ-117)

Coordinadora del Módulo de Desarrollo Local y Planificación Estratégica del Máster Oficial en Políticas Territoriales de Empleo de las Universidades de Córdoba y Huelva. Universidad de Córdoba.

Resumen

El concepto “Empleado Público” no deja de presentar connotaciones diversas en función del objeto de su existencia. Insertado en una Administración Territorial o en una Institucional, su régimen jurídico ha sido cuestionado desde sus orígenes, si bien la Constitución española los consolidó en la doble contradicción “funcionarios-laborales” que ha conducido, en la praxis, hacia cierta confusión funcional en la medida en que personal contratado laboral ha venido ejerciendo funciones de autoridad asemejadas a las funciones administrativas propias reservadas a personal estatutario.

1. Nuevo régimen jurídico para el empleado público

Normativamente, el Título VIII de la Constitución Española, referente a la “Organización Territorial del Estado”, consagra como “Poderes Territoriales Empleadores”, junto al Estado y a las Comunidades Autónomas, al Municipio, la Provincia y, en su caso, las Islas, contemplando, como posibilidad, la creación de Agrupación de Municipios diferentes de la Provincia, que contarían con plena personalidad jurídica.

Modernidad de servicio público y posibilidad de privacidad en su gestión han propiciado un marco legal interludio entre la normativa privada laboral y la posibilidad pública de contratación, descuadrada con la normativa reguladora de las competencias públicas de servicio al ciudadano, lo que ha propiciado ciertas incongruencias jurídicas, básicamente reflejadas en el aspecto laboral de los profesionales designados – contratados– para implementar dichos nuevos servicios públicos.

Recientemente, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015), recoge, según indicaciones de su propia Exposición de motivos, el interés del gobierno por regularizar, aclarar y armonizar la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP– (BOE, nº 89, de 13 de abril de 2.007), así como las disposiciones en materia de régimen jurídico del empleo público contenidas en normas con rango de ley básica y con carácter de permanencia que la hayan modificado, derogando expresamente al texto inicial.

Materias genéricas condicionadas a la aprobación de la correspondiente normativa de desarrollo, o aquellas específicas relativa a los títulos universitarios oficiales correspondientes a la anterior ordenación que son exigibles para el ingreso en las Administraciones Públicas, han quedado integradas al objeto de evitar la existencia de vacío legal por no haberse cumplido los elementos condicionales. Con ello, este nuevo texto normativo surge con la pretensión de consolidar las bases del régimen estatutario

de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, así como, determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Innumerables normativas han pretendido regular el régimen jurídico del personal de las administraciones públicas pero por mucho que se analice y se discierne, el mínimo beneficio que el EBEP proporciona, de partida, al concepto de Empleado Público, juega, sin lugar a dudas, un papel crucial en la medida en que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se incorpora un concepto jurídico y determinado de Empleado Público, como expresión aglutinadora de los principios generales aplicables al conjunto de relaciones profesionales públicas, concentrando cualquier aspecto que desde el punto de vista jurídico pueda identificar a toda relación laboral-profesional, cual es, el desempeño de funciones profesionales de carácter retribuido y al servicio de los intereses generales. Y éste, consideramos, es el eje sobre el que se debe vertebrar hoy en día la naturaleza jurídica de la relación profesional con la Administración Pública.

La Administración pública, con carácter general, cuenta con un efecto público destinado a servir a los administrados (proyección ad extra) y un efecto privado, en la medida en que regula unas relaciones personales desde el prisma laboral privado, esto es, en cuanto empleador (proyección ad intra)¹, encontrándose legitimada la relación profesional que une a la administración con sus empleados, en el art. 103. 3 CE, al determinar la obligación legal de regulación de las condiciones profesionales de los empleados públicos, a través de un estatuto que regule “... *el acceso a la función pública, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a la sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*”, así como, a través del art. 128 CE, para el personal laboral, en el momento en el que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, otorgando, con ello, capacidad de contratación de personal como cualquier empleado privado, a pesar de que el legislador laboral excluye del ámbito de la relación laboral de manera expresa a la relación profesional de los empleados públicos pero, expresamente, de “*los funcionarios públicos, así como al personal al servicio del Estado, las Corporaciones Locales y las Entidades Públicas Autónomas, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias*” (art. 1.3.a). ET), lo que no resta duda para el personal laboral contratado por entidades públicas, quien está legal y legítimamente incluido en la consideración de empleado público desde el punto de vista de sus competencias y sus derechos, a pesar de no contar, a priori, con la excelsa prerrogativa de la permanencia en el puesto “*dumomninosuus vitae*”, aunque sí con la unión profesional a un empleador público que le determina su capacidad de ordenación y dirección profesional, en beneficio final de la ciudadanía.

Más que el carácter responsable del puesto a desempeñar por el empleado público, lo que define, en la realidad práctica, la “*naturaleza jurídica de la relación de servicio del empleado público*” (art. 14. a) del EBEP) con la Administración contratante, es la dependencia, prolongada o no en el tiempo entre ambas partes, puesto que la diferenciación funcional, de tareas o funciones, ha sido superada hace tiempo por la falta de claridad en el reparto de los puestos a ocupar por uno u otro tipo de personal.

¹ Conceptualización, tomada prestada a GARCÍA DE ENTERRÍA, es mostrada por MONTOYA MELGAR, A, en “Las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Pública”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 93. Año 2.011. Pp. 13 y ss.

En la actualidad, el tipo de actuaciones que exigen ser prestadas exclusivamente a cargo de personal funcionario queda estrictamente reducido a Jueces, Magistrados y Fiscales, funcionarios de las Cortes y demás Órganos Constitucionales, personal militar de las Fuerzas Armadas, etc, los cuales ejercen funciones de autoridad en su estricto sentido literal. En este caso, el propio EBEP (art. 4), los mantiene al margen de su regulación salvo derivación expresa por sus respectivas legislaciones específicas.

Con ello, la consideración de empleado público en la Administración debemos de entenderla en su amplia acepción, en la medida en que el empleador contratante u ordenante aparece diversificado en sus formas jurídicas, justificadas por la conveniencia de mejor gestión de la prestación del servicio público, sin menoscabo de la repercusión real que ello pueda implicar en el desarrollo profesional del empleo público por la indefinición o solapamiento funcional que ello pueda conllevar y, principalmente, por la merma de derechos laborales que pueda comportar para el empleado público laboral.

A pesar de la esperanza depositada en la luminiscencia que el EBEP pudiese arrojar sobre la dualidad de personal existente en nuestras administraciones públicas, lo cierto es que la claridad inicial se turna confusión cuando se comenzaron a analizar los pronunciamientos constitucionales sobre el personal al servicio de la Administración Pública².

Si bien en un primer momento nuestra CE habla de un estatuto funcionarial, en materia de asignación de competencias, más adelante, manifiesta los títulos competenciales por los que se van a regular los regímenes jurídicos de ambas tipologías de personal, determinando la competencia exclusiva para regular el régimen laboral en la misma Administración Central (Art. 149.7). De este modo, queda recogido el régimen funcionarial en el Art. 149. 1. 18, manifestando que la naturaleza legislativa básica del régimen jurídico de los funcionarios puede ser desarrollada por las Comunidades Autónomas como normativa complementaria y no exclusiva, por lo que el carácter básico del estatuto funcionarial quedaría relegado a una disponibilidad aproximada de todas las autonomías bajo el amparo de un criterio regulador común aunque no homogéneo.

Fue el EBEP la normativa que vino a recoger la unidad reguladora que la función pública española requería, no obstante dejar bastantes aspectos relativos a relaciones laborales públicas al posterior desarrollo normativo autonómico.

En consecuencia, fruto del mandato constitucional, la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, intenta salvar y zanjar la diferenciación normativa genérica que ha existido, con mayor fuerza tras la C.E., entre empleados estatutarios y empleados laborales, si bien, la falta de desarrollo normativo de algunos de sus elementos esenciales ha provocado su poca efectividad en aspectos tan relevantes como la determinación del régimen jurídico aplicable al personal laboral, indefinido o al temporal del sector público en general.

² Al respecto Vid. el análisis que del personal vinculado profesionalmente con la Administración Española realiza CORDERO SAAVEDRA, L., "Régimen de trabajo en las administraciones públicas". Ediciones Laborum. 2.003 y Montoya Melgar, A, en "Las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Pública". Pp. 1.

1.1. Evolución normativa del Empleado público en el Ordenamiento Jurídico español

Considerando³ como germen de la contratación laboral pública el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprobaba Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1.964 (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1.964), en su art. 7.1 se estableció que “*son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable*”, no obstante, con anterioridad, y ceñido a la contratación en el ámbito local, el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952, (BOE nº 180 de 28 de junio de 1.952), consideró “*contratado laboral*” a quien realizaba una prestación individual de índole manual que no exigía dedicación primordial y permanente de la actividad, y originaba una retribución única y exclusiva, por lo que la relación Administración-personal laboral quedaba formalizada mediante un convenio y si la duración o el ciclo de las actividades era indeterminado, dicho convenio, que tenía un año de duración, sería prorrogable por acuerdo expreso, quedando sometido este personal a las disposiciones laborales y de previsión social que se acordasen en un determinado momento.

Por su parte, el RD 3046/1977, de 6 de octubre por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1.977), regula el personal que se podía utilizar temporalmente (contratados administrativos, contratados laborales, funcionarios de empleo eventuales y funcionarios eventuales de carácter directivo), no pudiendo ser la duración de los contratados administrativos superior a un año, por improrrogables y no renovables; dando lugar a que, en muchas ocasiones, se pretendiera convertirlos en laborales fijos cuando se excedía del indicado plazo. Los contratados laborales se destinaban para la realización de funciones manuales concretas, precisándose la correspondiente consignación presupuestaria.

Empero, fue la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública quien admitió, sin vacilaciones, la contratación laboral como régimen de empleo común en la Administración Pública, potenciándolo al regular diversos aspectos tales como las dotaciones presupuestarias (art. 14); la relación de puestos de trabajo (art. 15) y la selección de personal (art. 19)⁴, a pesar de suponer ello dar de lado a las previsiones constitucionales.

Impugnada la admisión de la contratación laboral, el Tribunal Constitucional (STC 99/87) reconoció, sin descartar el empleo público laboral que, el sistema prevalente de empleo público era el funcional, debiendo la ley de regular con suficiente claridad los casos en que, por la naturaleza de las funciones a desempeñar era posible la contratación laboral.

³ Siguiendo, con ello, la doctrina de DEL SAZ, S. “Contrato laboral y función pública”. Madrid. Edit. Marcial Pons. 1.995. P. 35. En el mismo sentido, GODINO REYES, M. “El contrato de trabajo en la Administración Pública”. Madrid. Edit. Civitas. 1.996. Pp. 71 a 82. Opus. Cit. En MoleroMarañón, M^a Luisa. “Acceso y clasificación profesional en las Administraciones públicas”. P. 15.

⁴ Igualmente, el Real Decreto 364/1.995, de 10 de marzo, regula los sistemas y procedimientos para la selección del personal laboral de nuevo ingreso en la Administración del Estado (BOE núm. 85, de 10 de abril de 1.995).

En puridad, la evolución del empleado público, ha supuesto un avance, cada vez más pronunciado, de la empleabilidad laboral, en favor de la agilidad tramitadora que una contratación laboral pueda suponer en la aumentada funcionalidad de la administración, prácticamente omnipresente en todos los aspectos atinentes al Estado del bienestar. La excesiva burocratización que ha venido conllevando toda actuación administrativa, potenció, junto con el apoyo constitucional a la injerencia pública en asuntos económicos, la mercantilización de la actuación administrativa y, por ende, la aplicación de la normativa privada, al sector laboral público.

1.1.1. Antecedentes normativos preconstitucionales

Desde el primer Estatuto de López Ballesteros (1.828), pasando por los de Bravo Murillo (1.852), O'Donnell (1.866), Maura (1.917), el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 1952, y la Ley de Funcionarios de 1.964, se ha pretendido introducir un modelo de función pública en la que se ha querido incorporar la realidad de cada momento.

La Ley 108/1963, de 20 de julio sobre regulación de los emolumentos de los funcionarios de Administración Local (BOE núm. 175, de 23 de julio de 1.963), prohibió cualquier nombramiento de personal que no lo fuese en propiedad, debido al uso y abuso del personal temporal, por lo que permitió, solamente, la existencia de personal contratado administrativo.

Fue, precisamente, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, la que debe de ser considerada decisiva en la definición del régimen español de los empleados públicos, más en concreto, del personal funcionario, como empleados públicos por excelencia, suponiendo una ruptura pero sobretodo, una pretensión de modernización de la, demasiado, arcaica normativa existente, en materia de profesionalidad pública.

La reforma, iniciada mediante la Ley de Bases aprobada el 20 de julio de 1.963⁵, contenía una autorización al Gobierno para que en el plazo de seis meses se confeccionase un texto articulado –el cual quedó aprobado por el Decreto 315/1.964, de 7 de febrero, entrando en vigor entonces– que recogiese la totalidad de bases y disposiciones que la reforma de la función pública venía exigiendo a través de una Ley.

Esta reforma debía de suponer una concreción del régimen del personal profesional que necesitase la administración pública, debiendo de definir, tanto la tipología como las condiciones profesionales de los prestadores públicos.

El art. 1, definía a los funcionarios públicos como aquellas personas incorporadas a la Administración por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo, aplicándose, en consecuencia, a todo el personal funcionario, de

⁵ La Ley 109/1963, de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado, estableció en su disposición final primera que el Gobierno debería promulgar un texto articulado de la misma en el plazo de seis meses. El Decreto 315/1964, Texto Articulado, Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (BOE, nº 40 de 15 de febrero de 1.964), aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, la cual, a su vez, ha sido modificada por el EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el estatuto básico del empleado público (BOE, nº 89, de 13 de abril de 2.007), quien deroga numerosos preceptos de esta Ley. En concreto los Arts. 1, 2, 3, 4, 5.2, 7, 29, 30, 36, 37, 38, 39.2, 40, 41, 42, 44, 47, 48, 49, 50, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 68, 71, 76, 77, 78, 79, 80, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 102, 104 y 105.

la Administración Civil del Estado, sin perjuicio de las normas especiales que les pudieran resultar de aplicación y con exclusión expresa (art. 2. 2) “*de los funcionarios al servicio de las Administración de Justicia, los funcionarios de los Organismos Autónomos, que se rigen por su Estatuto propio, y los funcionarios que no perciban sueldos o asignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado*”.

A su vez, hay una exclusión parcial que se realiza en el art. 24 de la Ley y que se refiere a los “*Cuerpos Especiales*”, esto es, “*los que sus miembros ejercen actividades que constituyen el objeto de una peculiar carrera o profesión*”, quedando, a su vez, fuera de la aplicación total de la Ley, “*los militares, los funcionarios de las Cortes Generales*” y, aunque la ley nada dijo expresamente al respecto, dejó fuera también a los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social que se regían por sus propias normas, todo lo cual contribuyó a no conseguir el objetivo informador, inicialmente propuesto.

Si bien, esta Ley está prácticamente derogada, hay, en las siguientes, una serie de reminiscencias continuadoras de su espíritu conceptualista que las hace destacar en la definición legal de tipología de empleado público pues contiene la única definición legal, con independencia de la penal, existente en nuestro Ordenamiento Jurídico respecto a la condición de funcionario público, rompiendo, así mismo, con la exclusividad de presencia funcional en la administración, al permitir la incorporación de personal sometido a derecho privado aunque limitado a aquellas funciones para las que no existía personal funcionario apropiado destinado a funciones de mayor cualificación y responsabilidad representativa, por lo que la contratación laboral quedaba centrada en funciones manuales o de oficios ni siquiera destinados a personal subalterno. De todas formas, esta regulación quiso zanjar la dualidad de profesionales surgida mediante la consideración de simples cuestiones organizativas a determinar discrecionalmente por la Administración contratante según sus necesidades funcionales y, sobre todo, de prestación de servicio público, como determinantes de la elección de una u otra tipología profesional⁶.

Ilustrativas resultan a este respecto las consideraciones de Alonso Olea⁷ al recordar que “*el Derecho del Trabajo nació ligado a la protección de los trabajadores industriales y manuales (obreros), con independencia de la naturaleza pública o privada del empresario*”. Si casamos esta idea con la consideración de entonces de la utilidad del servicio público administrativo ligado a labores eminentemente intelectuales y de cierta preparación cultural, guarda toda lógica jurídica la consideración de que el trabajo administrativo fuese el eminentemente intelectual, quedando los trabajadores manuales –y, por tanto, laborales– como empleados extraordinarios excluidos, por tanto, del estatuto funcional.

1.1.2. Constitución española. Ampliación Funcional y profesional de la Administración española

Con esta concepción se llega al momento constituyente en el cual se regula la dualidad profesional en la administración española, si bien desde un punto de vista de alcance competencial de las instituciones, más que de reconocimiento de tipología profesional.

⁶ Doctrina del Consejo de Estado de su Dictamen de 14 de diciembre de 1960. En Opus. Cit. CORDERO SAAVEDRA. Nota pie de página. Pág. 42.

⁷ AA.VV.: Libro Homenaje a Villar Palas. Los límites de la aplicación del derecho del trabajo a las Administraciones Públicas. Alonso Olea, M. Madrid, 1.989. Pág. 49 a 61.

Tras la entrada en vigor de la C. E. de 1.978⁸, y la configuración de los modelos de autonomías en base a la nueva distribución territorial del poder político, la mayoría de las normas por las que se regía la Función Pública, quedaron caducas, siendo necesario que éstas se acomodaran a los principios constitucionales, básicamente, proclamados en el art. 103 de la C.E, aprobándose, por este motivo, la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública –en adelante LMRFP– (BOE. Núm. 185, de 03 de agosto de 1.984).

Desarrollo parcial de los Arts. 103 y 149. 1. 18, de la C. E. será el EBEP el que intentará culminar, casi veinticinco años después, su completo desarrollo, no obstante, no acabar de resolver la eterna dicotomía funcional entre personal funcionario y laboral que conlleva la existencia de dos regímenes jurídicos diferentes, más bien, al contrario, fortalecer su dualidad.

El conjunto de leyes postconstitucionales de los años ochenta pretenden culminar un nuevo proceder en la gestión pública concordante con una crecida Administración descentralizada que venía demandando un referente homogéneo en unos principios generales comunes a la generalidad de los servidores públicos, aunados bajo el paraguas del servicio a la ciudadanía.

1.1.3. Ley 30/1.984, de medidas para la reforma de la Función Pública. Bases del régimen estatutario

La LMRFP, inicialmente surgida con pretensiones de provisionalidad, ha permanecido en vigor durante más de dos décadas⁹, estableciendo unos preceptos básicos y por tanto aplicables a todas las Administraciones Públicas, que vienen a configurar su régimen jurídico principal en materia de personal, debiendo de ser destacado el Capítulo II, relativo a la ordenación de la función pública de las Comunidades Autónomas y la regulación de la situación de los funcionarios transferidos. Con esta promulgación se deroga el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre iniciándose una nueva orientación en la consideración y destino del personal laboral.

Como ya hemos referido, esta Ley se dirige tanto al personal de la Administración Civil del Estado y sus Organismos Autónomos; al Personal Civil al servicio de las Administración Militar y sus Organismos Autónomos; así como al Personal Funcionario de la Administración de la Seguridad Social, teniendo carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación como pueden ser los funcionarios de la Administración de Justicia, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. Se especifica la ordenación de la Función Pública docente no universitaria así como de la

⁸ Sobre la disparidades doctrinales que la neutralidad constitucional planteó en su simplista consideración de empleados públicos, vid. Opus. Cit. CORDERO SAAVEDRA. Pág. 44 y ss.

⁹ Como indica la Exposición de Motivos del EBEP puesto que la LMRFP hay que estudiarla en relación a esta normativa en lo que no esté expresamente derogado, erigiéndose como el “actualizador” de la regulación laboral del personal empleado público y derogando expresamente bastantes artículos de la mencionada Ley de 1.984. En concreto, establece la Disposición Derogatoria única como derogados los arts. 3.2. e) y f): 6, 7, 8, 11, 12, 13.2, 3 y 4, 14.4 y 5, 16, 17, 18. 1 a 5, 19.1 y 3, 20.1, a-9, b-9 párrafo primero, c), e), y g) en sus párrafos primero a cuarto (sic), e i), 2, y 3, 21, 22.1 a excepción de los dos últimos párrafos, 23, 24, 25, 26, 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7, 30.3 y 5, 31, 32, 33, Disposiciones Adicionales Tercera, 2 y 3, cuarta duodécima y decimoquinta, Disposiciones Transitorias Segunda, Octava y Novena.

Administración de la Seguridad Social mediante la concreción de una serie de medidas tendentes a la racionalización y homologación con el resto de los funcionarios de la Administración del Estado.

La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (BOE núm. 4, de 4 de Enero de 1.985) y, más tarde, la Ley 9/1987, de 12 de junio, que regula el sistema de representación de los funcionarios públicos y su participación en negociación colectiva para la determinación de sus condiciones de empleo (BOE núm. 144, de 17 de Junio de 1.987), suponen, junto a la LMRFP, el núcleo esencial de la legislación básica del Estado en la materia de personal público, habiendo sido, a su vez, modificadas puntualmente, complementadas o desarrolladas por múltiples normas de distinto rango elaboradas por el Estado y por las Comunidades Autónomas, precisamente por contener, a su vez, un mandato expreso dirigido a éstas últimas para que, mediante Ley propia, regulasen su Función Pública, otorgándose, del mismo modo, capacidad para dictar normas que adaptasen esta Ley a las características específicas del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicaciones, así como del personal destinado en el extranjero. Igualmente, con carácter imperativo, se introduce la movilidad de los funcionarios de las distintas Administraciones, reconociéndose, por primera vez, la negociación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos.

Sin embargo, el planteamiento que de la condición de su personal, hace la LMRFP (art. 15.1.c), ha tenido un seguimiento desigual por parte de las Comunidades Autónomas, no obstante, ser considerable el peso de las autonomías que secundaron a dicha Ley. Atribuye al Gobierno de la nación la coordinación sobre el empleo público de todas las Administraciones Públicas, compitiéndole aprobar los criterios de la programación de personal a medio y largo plazo y de la oferta pública de empleo de las Administraciones Públicas, previo informe del Consejo Superior de la Función Pública. Además, sobre la función pública estatal, la Ley le atribuyó la dirección de la política de personal, el ejercicio de la potestad reglamentaria, dar instrucciones a los representantes de la Administración del Estado en la negociación colectiva y aprobar las condiciones de empleo cuando falte acuerdo en los convenios, así como, dar validez a éstos si se producen. Del mismo modo, otorga competencia al Gobierno para aprobar la estructura en grados del personal, los intervalos de niveles de puestos de trabajo asignados a cada cuerpo o escala y los criterios generales de promoción profesional.

A imagen y semejanza del modelo organizativo estatal para la gestión del personal, se fueron configurado los de las Comunidades Autónomas, estableciendo algunas de ellas –art. 30 LFP Cataluña, art. 25.2 LFP Galicia; art. 12.2 LFP Andalucía; art. 82 LFP Aragón¹⁰– regulaciones autonómicas con idéntico régimen al del art. 15.1.c. LMRFP, destacando el mandato a las Autonomías para la regulación de su Función Pública, sin perjuicio de las bases generales determinadas en la misma Ley general, que establecía la

¹⁰ Comunidades históricamente, autonormadas, en mayor o menor medida, situación que a nuestro juicio, implica superar el carácter potestativo y establecer una verdadera prescripción de reserva de puestos profesionales. Siguiendo a Opus Cit. BOLTAINABOSH, X. Los puestos de Trabajo del personal laboral en las Administraciones públicas. Edit. Tirant Lo Blanch. Colección Laboral 167. Valencia. 2.006” Pp. 57 y ss. En esta propuesta que planteamos, creemos igualmente necesario que la reserva a favor del personal laboral debiera abarcar campos o áreas completas y no, únicamente, funciones, evitándose así, la coexistencia de funcionarios y trabajadores sin razón alguna.

creación de un Registro Central del Personal en coordinación con el de las demás Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

A pesar de la pretendida claridad que al respecto quiso mostrar la LMRFP, surgieron problemas interpretativos al ampliar los criterios de autorización para la contratación de personal laboral a otras autorizaciones normativas contenidas en otras normativas posteriores, como pueden ser las Leyes de Presupuestos, por lo que, a pesar de su novedad, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia de 11 de junio de 1.987¹¹, declaró nulos determinados preceptos legales¹², surgiendo, en consecuencia, la Ley 23/1.988, de 28 de julio, de Modificación de la LMRFP (BOE núm. 181, de 29 de julio de 1.988), debido, principalmente, a la dificultad que para el personal funcionario implicaba el cumplimiento de aquellas normas privadas en un entorno peculiarmente público.

1.1.4. Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985

Por su parte, la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1.985), clasifica al personal al servicio de las Entidades locales en funcionarios de carrera, contratados en régimen de Derecho laboral y personal eventual, sin que se distinga dentro de éstos entre temporales e indefinidos, fijos o no fijos, por lo que se posibilitan ambas opciones sin que el carácter sea condicionante para determinar el tipo de trabajo o las distintas tareas.

Las Corporaciones locales, en su calidad de Administraciones Públicas, deberán de seleccionar a su personal funcionario y laboral de acuerdo con la Oferta de Empleo Público previamente aprobada, mediante una convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de mérito y capacidad, así como el de publicidad, y con el máximo respeto al de igualdad de oportunidades de cuantos consideren reunir los requisitos exigidos.

Por su parte, el Texto Refundido de Régimen Local (BOE núm. 96, de 22 de abril de 1986) admite claramente la contratación laboral de personal sin delimitarla a tareas determinadas. En su artículo 175.3, al referirse al “*Personal de oficios*”, dentro de la Subescala de Servicios Especiales, señala que las “*tareas de carácter predominantemente manual*” (Encargado, Maestro, Oficial, Ayudante y Operario) se admiten sin perjuicio de que no tengan la consideración de funciones públicas, pudiendo, determinar qué plazas se reservan al personal laboral, en función del marco general establecido por las Comunidades Autónomas.

¹¹ STC, nº 99/1987, de 11 de junio. (BOE nº 181, de 29 de julio de 1988. Aranzadi: RCL\1988\1643), de 26 de junio de 1987. Recurso de inconstitucionalidad. Cuestión aún debatida con posterioridad, a través de las Sentencias del TSJ de Andalucía de 25 de mayo de 2009 (Aranzadi. Sentencia nº 974/2009. RJCA: 2009/726) y de 25 de marzo de 2011 (Aranzadi. Recurso de Apelación nº 695/2009. JUR 2011\261076), respectivamente, y, particularmente, a través de la Providencia de suspensión cautelar del protocolo de integración del personal de la Fundación andaluza Fondo formación y empleo (FAFFE), dictada con fecha 15 de noviembre de 2011, por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Recurso de apelación 466/2011, relativo a Derechos Fundamentales. Nº de Registro Auxiliar del Gabinete Jurídico de la Consejería de la Presidencia, nº 42219, de 17 de noviembre).

¹² Artículos 15 último inciso, 21.2.d; 22.2 y 3; 27.3 y 4; 29.2.1 y Disposición Adicional Novena 1.4 y Disposición Adicional Decimoquinta.

1.1.5. Ley 23/1.988, de 28 de julio, de modificación de la LMRFP

Las principales modificaciones que realiza la Ley de 1.988, se centran en aplicar lo preceptuado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de Inconstitucionalidad sobre parte de la Ley 30/84, viéndose afectadas, la Disposición Adicional Novena, que introduce modificaciones en su apartado uno punto cuatro, respecto a la denominación del Cuerpo Superior de Letrados del Estado como Cuerpo de Abogados del Estado; Disposición Adicional Decimoquinta, en cuanto a la ordenación de los Cuerpos y Escalas de la Función Pública docente; Art. 15, referente a las Relaciones de Puestos de Trabajo en la Administración del Estado, efectuando una regulación más pormenorizada del contenido de dichas Relaciones de Puestos; Art. 20, Provisión de Puestos de Trabajo; Art. 21, Promoción Profesional; Art. 22, Fomento de la Promoción Interna; así como en el Art. 27, Racionalización de la Estructura de los Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado, destacando, de entre las novedosas Disposiciones Adicionales añadidas, la Decimoséptima que establece que los funcionarios adscritos a Entes públicos deberán optar por integrarse en sus plantillas laborales quedando como funcionarios en la situación administrativa de excedencia voluntaria del art. 29. 3ª, dejando excluidos de éstos, en atención a su especial naturaleza, el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional y el Consejo de Seguridad Nuclear.

Respecto al personal laboral, se incorpora la Disposición Transitoria Decimoquinta que prescribe el derecho del personal laboral a permanecer en el puesto de trabajo cuando se haya adscrito a personal funcionario, sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional, reconociendo exclusivamente al Personal Laboral Fijo que viniese prestando servicios en puestos reservados a funcionarios, el derecho a valorárseles como méritos los servicios efectivos prestados en su condición de laboral, así como las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma, cuando aquellos participen en pruebas de acceso a los Cuerpos o Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos. Aspecto, cuanto menos llamativo si tenemos en cuenta la consideración que en la actualidad se hace del personal laboral contratado por las entidades instrumentales administrativas y su acceso al servicio público¹³, por lo que la modificación que hizo el EBEP no resultó baladí, al haberse ido conformando una adaptación de las competencias y funciones propias que venía desempeñando la Administración estricto sensu, a las nuevas necesidades sociales que han venido marcando la presencia de la administración en el servicio público prestado a los ciudadanos y que ha supuesto la necesidad de dotación rápida y flexible de personal, principalmente cualificado y de carácter temporal.

Esta dicotomía de personal quedó marcada en esta Ley al considerar, expresamente mencionado en su artículo primero, al modificar el art. 15. 1. C), el espíritu constitucional, en cuanto consideró empleado público sui generis al personal

¹³ La Providencia del TSJ de Andalucía de 15 de noviembre de 2011, (Sede de Sevilla. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Recurso de apelación 466/2011, relativo a Derechos Fundamentales. Registro Auxiliar del Gabinete Jurídico de la Consejería de la Presidencia, nº 42219), difiere de la concepción pública del personal contratado laboral por la administración instrumental andaluza, por cuanto que mantiene que la contratación por el régimen de derecho privado, así como, la carencia de potestades y funciones consideradas públicas, junto con la modalidad de acceso a dicho puesto, en el que no se han respetado los principios de igualdad, mérito y capacidad que establece el art. 23. 2 CE, determinan, de por sí, el alejamiento de su estatuto jurídico del concepto de empleado público que contiene el artículo 8 del EBEP (Fallo Quinto).

funcionarial, que *“Con carácter general, (ocupa) los puestos de trabajo de la administración del Estado y de sus organismos autónomos así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social, (que) serán desempeñados por funcionarías públicos. Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral: Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección, civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares. Asimismo, los organismos públicos de investigación podrán contratar personal laboral en los términos previstos en el Artículo 17 de la ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica”*.

Margen de actuación no funcionarial reaccionado ante la paralela disposición por diversos ejecutivos de una posibilidad que presumiblemente quiebra los principios de igualdad, mérito y capacidad, a la hora de acceder al empleo público¹⁴. Esta lógica estructura no ha estado exenta, en consecuencia, de opiniones debatidas, esencialmente, desde la perspectiva del desempeño profesional del personal adscrito a la diversidad de formas jurídicas que adquiere la Administración, ante la rotura del tradicional monopolio del personal funcionario hacedor de ejercicio exclusivo de tareas administrativas que no habían venido siendo otras que las propias –normadas o consideradas ad hoc– que tenía que prestar la propia Administración competente para preservar el bien social común. Al admitir la posibilidad de que, incluso el personal laboral pudiese dictar actos administrativos, como potestades tradicionalmente sujetas “ipso iure” a personal profesional adscrito al Derecho Administrativo, según tenor de la Ley 30/1.992, LRJAP y PAC, se admite la extrapolación de funciones propias de carácter eminentemente administrativo, hacia servicios de carácter más cívico, social e, incluso, mercantil con fondos públicos, abriéndose la veda para la inseguridad jurídica funcional de ambas tipologías de personal público¹⁵.

¹⁴ En ese sentido, STSJA núm. 187/2004. Sede de Sevilla. Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero de 2005 (Aranzadi Social, 2005/(255)); STC nº 130/2009, de 1 de junio (Aranzadi: RTC 2009/130), y un largo etc. En este mismo sentido, CORDERO SAAVEDRA, L., “Régimen de trabajo en las administraciones Pp. 40, sienta el campo común de ambas ramas del derecho al reconocer la permanente ósmosis existente entre las mismas, extensivas, unas hacia aspectos relativos al vínculo privado (regulación salarial, clasificación profesional, regulación de la representación sindical, de la negociación colectiva o de la situación del derecho de huelga) otras, hacia el ámbito público (mecanismos de selección del personal laboral, principalmente, sometidos a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad), aunque también existen materias concluyentes en ambos regímenes jurídicos (esencialmente, la materia preventiva).

¹⁵ En este sentido, IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J. y MOLINA GARCÍA, M., “La laboralización de los funcionarios públicos”. Valencia. 1.996.

- 1.1.6. Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (modificada por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público)

En su Exposición de motivos, el originario EBEP, se erige como garante final del imperativo constitucional que posiciona los aspectos relativos a la relación profesional del empleado público en la figura del personal funcionario, puesto que define que el régimen general del empleo público en nuestro país, no puede ser el régimen de contratación laboral, a pesar de que, en determinadas áreas, el personal laboral siga conviniendo al empleador público, más que nada, por la flexibilidad que ofrece el contrato de trabajo sobre la relación administrativa, principalmente, en determinados aspectos de gestión del sector público próximos, hasta cierto margen, a los de la empresa privada.

Cumpliendo lo preceptuado por el art. 103.3 de la C.E., en cuanto mandato de regulación mediante Ley de un estatuto de los funcionarios públicos, y legitimados por el art. 149. 1. 18º, otorgante al Estado de la competencia sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas y la determinación de las normas aplicables al personal laboral, se pretende dar cumplimiento, casi treinta años después, al mandato constitucional de regulación de las condiciones laborales del empleado público, aunque de modo no totalmente desarrollado.

En su estructura material, contiene 100 artículos distribuidos a lo largo de ocho títulos y de dieciséis Disposiciones Adicionales (cinco más que en el texto originario de 2.007), ocho Transitorias, una Derogatoria y cuatro Finales, regulándose, entre otras, materias referentes a las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (Títulos I y II), incluyéndose, como novedad, la nueva figura del personal laboral directivo, así como de un personal laboral por tiempo indefinido nacido a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1998, dictada en Recurso de Casación (STS 317/1997) para la unificación de doctrina como consecuencia del fraude de la contratación temporal por *“inobservancia de alguna de las formalidades del contrato (como son) el término o los requisitos aplicables a las prórrogas”* cuyos efectos derivan en la consideración del trabajador como indefinido no fijo en contrapunto al trabajador indefinido fijo en plantilla que es *“el que ha accedido de acuerdo con los principios de publicidad y mérito (Sentencia de 27 noviembre 1989 [RJ 1989\8262] y las que en ella se citan)”*, y por tanto destinados a cubrir necesidades de mayor permanencia en su prestación pública. Se trata, en suma, de consolidar, la doble competencia empleadora que la propia CE le otorga al sector público en la medida que reconoce a un tipo de empleado público coyuntural en sus inicios pero prolongado en el tiempo en función de las disponibilidades presupuestarias que puedan permitir su existencia, y que tiene su razón de ser en la evolución de las demandas sociales en las que considere oportuno participar la correspondiente administración gubernamental.

2. Clasificación de personal público en la normativa actual

Centrándonos en el ámbito de aplicación actual, el artículo 3 establece que quedan amparados en el EBEP, el personal laboral que preste sus servicios en la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad

jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, así como, en las Universidades Públicas, no considerándose esta reseña con carácter excluyente. Aunque la relación establecida en el art. 2 del EBEP es exhaustiva, haciendo referencia tanto al personal de las administraciones territoriales como de las instrumentales, no especifica a determinadas entidades públicas sujetas al derecho privado pese a participar la Administración territorial en su mantenimiento y/o gestión, considerando, no obstante, que quedan incluidos dentro del ámbito de regulación de la norma estatutaria del empleado público por su pertenencia al más amplio concepto de sector público por su simple participación económica o prestacional. Ello implica que el personal laboral al servicio de entidades públicas instrumentales, no sólo de las territoriales, debe considerarse también como empleados públicos, regidos, igualmente, por la legislación laboral común, así como, por convenios colectivos, en su caso, que les sean de aplicación (art 7).

Por su parte, el título V del EBEP, bajo el rótulo “*Ordenación de la actividad profesional*”, trata en tres capítulos sucesivos de la planificación de recursos humanos, tanto funcionariales como laborales, así como, la estructuración del empleo público y la provisión y movilidad de puestos de trabajo, materias que si bien, van referidas al común del personal existente en la Administración, reserva aspectos regulados en exclusiva para el personal funcionarial. En efecto, materias como la clasificación de cuerpos y escalas (art. 75), libre designación con convocatoria (art. 80), o la movilidad, en sus diversas variantes (arts. 81 a 84), aparecen regulados, en exclusiva, para el personal funcionario si bien, permite introducir modificaciones en aspectos puntuales de la regulación del régimen de actuación del empleado público en general, lo que deja en manos del propio empleador la elección de uno u otro tipo de empleado público a la hora de proveer de recursos humanos, e incluso, en el caso del personal laboral, la elección entre temporal o indefinido en sus dos vertientes.

Con ello, el personal laboral asalariado en cualquiera de los entes que componen la administración serán considerados empleados públicos del sector instrumental condicionados a existencia presupuestaria sin que la prolongación in tempore suponga la adquisición directa y automática de la condición de funcionario público puesto que esta condición sólo ocurrirá cuando estos trabajadores superen los procesos selectivos pertinentes, celebrados ajustados a normativa, esto es, con el debido procedimiento que contemple la correspondiente publicidad, evaluación de méritos y capacidades de modo objetivo.

Habría que diferenciar, en consecuencia, la figura de empleado público, que según el EBEP lo conforman todos aquellos trabajadores que prestan sus servicios para la administración, en función de las vicisitudes contractuales que pudiesen surgir, puesto que personal laboral fijo serían aquellas personas que han accedido al empleo público superando proceso selectivo capacitador de un estatus de –emulando la terminología empleada por la normativa en seguridad social– “*situación asimilada a la de funcionario*” que garantiza su permanencia duradera en el puesto o distinto pero, al fin y al cabo, en una entidad pública empleadora. Ello provoca que las Administraciones sólo puedan contratar de forma directa a personal laboral temporal o indefinido no fijo ya que el resto estaría sujeto a la convocatoria y celebración del correspondiente proceso selectivo.

2.1. Breve referencia al trabajador indefinido no fijo

Nacido a raíz de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo- SSTS de 30 de septiembre de 1.996 (EDJ 1996/8972) y de 7 octubre 1996 (EDJ 1996/6654), el trabajador indefinido no fijo se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, tras proceder del fraude de la contratación temporal llevada a cabo por la Administración en todas sus manifestaciones, considerando que sus efectos son los del carácter provisional condicionado de un contrato temporal perpetuado en el tiempo. No estamos, por tanto, ante una tercera categoría de empleado público, si no, más bien, ante una bifurcación del carácter indefinido de la relación laboral.

De este modo, el trabajador laboral indefinido fijo, resultaría incorporado a la estructura pública mediante unas pruebas de valoración de méritos y capacidades como prescribe el art. 103 de la C.E., mientras que el trabajador laboral indefinido ha sido insertado en nuestro ordenamiento jurídico por mor de valoración y decisión jurisprudencial respecto a la prolongación de una relación contractual laboral temporal que ha sido tácitamente transformada a indefinido como consecuencia de la comisión por la Administración de una irregularidad de carácter sustancial regulada en el art. 15 c del ET, esto es, superación del tiempo legal máximo permitido para una contratación temporal.

Esta doctrina se consolida en el año 1998, cuando el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dicta dos sentencias de 20 y 21 enero 1998 (rec. 317/1997 –EDJ 1998/1305– y rec. 315/1997 –EDJ 1998/1306–) en las que de forma expresa se distingue entre el trabajador no fijo y el vinculado de forma temporal indefinida e incondicionada, con la Administración pública. Los pronunciamientos judiciales recaídos en la materia hasta nuestros días han respetado de forma unánime dicha distinción llegándose a decir en la STS de 13/10/1998, rec. 1383/1998 (EDJ 1998/22094) que *“la calificación de fijeza es una calificación que corresponde a la posición subjetiva del trabajador en la empresa, mientras que la calificación del carácter indefinido de la relación contractual está referida objetivamente al vínculo contractual y no a la posición del trabajador”*.

En la normativa específica pública actual del EBEP, el art. 8.2.c), sostiene los términos *“personal laboral fijo”* y *“personal laboral indefinido”* referenciando, desde esta contextualización, las funciones a desarrollar, en la medida en que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de intereses generales del Estado que hagan necesaria la dotación de una especial condición profesional que sólo la ostenta el personal funcionario estatutario o interino. Teniendo en cuenta la ejecución de determinadas actuaciones marcadas por una concreta y determinada temporalidad, el trabajador público indefinido no fijo se presenta como resultado de haber formado parte de programas, generalmente de carácter temporal, que prolongados en el tiempo, con mayor o menor justificación, han continuado desempeñando su labor profesional sin atender al límite temporal condicionado con el que surgieron.

Ahora bien, aunque de una lectura del precepto y del sentido literal de la norma pudiera desprenderse que la administración puede, arbitraria y altruistamente contratar a personal laboral para prestar sus servicios y obviar a conveniencia las condiciones legales impuestas a cada tipo de contratación, nuestra jurisprudencia ha venido poco a poco ordenando el acceso al empleo público, desechando la idea de la arbitrariedad.

Sirva de ejemplo la STS núm. 3469/2014, de fecha 07 de julio de 2014, que vino a establecer que la figura del personal indefinido recogido en el EBEP, no puede traer causa de contratación directa, con carácter general, de trabajadores indefinidos, por lo que si la administración decide prescindir de sus servicios deberá acudir a los procedimientos del despido objetivo previstos en el Estatuto de los Trabajadores para amortizar estas plazas, bastando con aplicar la indemnización prevista para la extinción de contratos temporales.

3. CONCLUSIÓN

Remitiendo a las leyes de función pública para la determinación de los puestos de trabajo a desempeñar por personal laboral, y a la legislación laboral y a los convenios colectivos, para establecer el alcance de los derechos y obligaciones aplicables a las relaciones laborales privadas ejercidas en el ámbito público, el EBEP diseña tres caminos legales al objeto de cubrir las expectativas unificadoras del empleo público a pesar del reconocimiento unívoco de la CE, que sólo alude al régimen funcionarial.

En este sentido, consagra el modelo de empleo laboral en uno paralelo a todos los niveles del funcionarial de carrera con posibilidad de que los contratados desempeñen funciones que directa o indirectamente impliquen el ejercicio de autoridad o afecten al interés general, pese a la prohibición constitucional y legal existente.

La Exposición de Motivos del EBEP, justifica la permanencia del modelo laboral, tanto en la magnitud del empleo público, sometido a este régimen debido a su extraordinaria progresión en los entes locales, como a la multiplicación, en todas las Administraciones Públicas de organismos institucionales de derecho público y de derecho privado, que sustentan a su personal a través del derecho laboral, auspiciando la mayor flexibilidad y proximidad que otorgan los criterios de la empresa privada como favorecedora de la ampliación de servicios públicos al ciudadano, a pesar de la diferente naturaleza gestora que tiene la disposición del propio beneficio privado- respecto a la disposición de los ingresos públicos¹⁶.

Esta heterogeneidad de formas de acceso a la Administración Pública necesaria para satisfacer todas las demandas que el Estado de Bienestar requiere, suscita cuestiones jurídicas y de gestión de personal, que no pueden dejar de contemplarse y regularse, en sus aspectos esenciales, por una ley que se presente como ordenadora del sistema de empleo público en su conjunto. Si bien el EBEP ha regulado el acceso al empleo público como personal estatutario o laboral, el ordenamiento jurídico español sigue esperando su desarrollo legislativo acudiendo al acuerdo pactado para determinar, al menos, el tipo de puesto de trabajo a cubrir en cualquiera de sus entidades.

Si bien, el EBEP pretende solventar las dificultades legales y jurisprudenciales originadas en torno a la delimitación del ámbito de actuación de los funcionarios y los

¹⁶ Ilustrativa es, en este sentido, la reflexión realizada por PARADA VÁZQUEZ, R., en “Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”. Edit. Marcial Pons. Madrid. 2007. Pp. 61 y Ss., para quien “*Si en la empresa privada la flexibilidad del régimen laboral está compensada con la mayor atención y diligencia con que el gestor pone en la selección, gestión, disciplina y despidos, en las Administraciones públicas, empresas sin amo, el contrato laboral no siente esa presión empresarial, dado que, además, goza, no sólo prácticamente, sino jurídicamente, de la misma inamovilidad que el funcionario*”.

contratados laborales, simulando una mayor severidad al establecer como principio general que *“el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estatuto y de las Administraciones públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos”* (Art. 9), remite, por el contrario, a otras normativas la elección de aplicación de la inocua posibilidad de autoridad del contratado laboral, especialmente del indefinido fijo, para puestos técnicos o de determinada cualificación¹⁷, manteniendo, con ello, la flexible disponibilidad del empleador público de funciones y condiciones laborales, en ocasiones más beneficiosas, para el trabajador laboral público.

¹⁷ Al efecto, Vid. RAMÓN PARADA, “Derecho del Empleo”. Pp. 64.

1. Introducción

El art. 8 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante) señala que el personal laboral, en atención a la duración del contrato puede ser: indefinido, temporal o fijo. Este precepto recoge de manera confusa la doctrina sentada por la jurisprudencia de mediados de los años noventa del siglo pasado que intentó establecer un equilibrio entre la aplicación de la normativa laboral en casos de irregularidades en la contratación temporal y el respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la Función Pública –arts. 14 y 23.2 CE– (entre otras, SSTS de 7 de octubre de 1996 –RJ 7497–, y de 20 y 21 de enero de 1998 –RJ 1000 y RJ 1138–; esta doctrina se ha mantenido y consolidado en numerosos pronunciamientos posteriores como puede verse, por ejemplo, en la STS de 22 de julio de 2013 –RJ 7657–). Se instaló así en la Administración Pública la figura del *trabajador indefinido no fijo*, cuyo contrato inicialmente temporal devenía indefinido como sanción al empleador por cometer alguna irregularidad de la normativa laboral aunque permitía que el contrato se extinguiera al producirse la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario oportuno (esta circunstancia ha llevado también a considerarlos “indefinidamente temporales”). Se limitaba con ello, en cierta medida, la discrecionalidad de la empleadora pública sobre la continuación de la relación laboral y se canalizaba la extinción hacia el cumplimiento de una serie de requisitos que garantizaran, por un lado, el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y, por otro lado, el cumplimiento por parte del empleador público del mandato constitucional que exige que el acceso a la función pública se realice a través de un proceso de selección que evidencie el mérito y capacidad del trabajador¹. La existencia de esta figura se vio avalada, en el marco comunitario, en las SSTSJCE de 4 de julio de 2006 –TJCE 2006, 181, asunto Adelenner, y de 23 de abril de 2009 –TJCE 2004, 94, asunto K. Angelidaki y otros²–.

2. Supuestos que permiten la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.

Debe tenerse en cuenta que, al igual que ocurre en el sector privado, no todas las irregularidades en la contratación temporal pueden transformar el contrato en indefinido

¹ Señala la STSJ del País Vasco de 2 de diciembre de 2014 –AS 2015/342– que “las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas no pueden determinar la adquisición de la condición de fijeza, porque ello supondría la vulneración de las normas con relevancia constitucional que garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. La Administración pública no puede atribuir a los trabajadores afectados por estas irregularidades la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que por el contrario está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. El reconocimiento de la condición de indefinido no fijo responde a estas exigencias porque preserva la cobertura del puesto de trabajo de acuerdo con los principios constitucionales.

² Con anterioridad, STSJ de 7 de septiembre de 1996 –TJCE 1996, 229, asunto Vassallo y Marrosu.

no fijo, sino que es preciso para ello que se trate de irregularidades cualificadas (STS de 30 de mayo de 2007 –RJ 6113–); así, la falta de forma escrita (art. 8.2 ET y art. 11 EBEP), la continuidad en la prestación de servicios expirada la duración máxima del contrato temporal (art. 49 c ET), la ausencia del alta en Seguridad Social cuando haya transcurrido un período igual al del período de prueba (art. 15.2 ET) o los contratos celebrados en fraude de ley (art. 15.3 ET) transforman el contrato temporal en indefinido no fijo³.

Especial referencia debe hacerse del contrato para obra o servicio determinado en la Administración Pública pues como señala la Disposición Adicional 15ª del ET, éste presenta algunas particularidades que incidirán, en definitiva, en la conversión de contratos temporales en indefinidos no fijos. Así, dispone la mencionada Disposición que la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado que señala el art. 15.1 a) del ET será también de aplicación en el marco de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos dependientes o vinculados a las mismas, es decir, que la duración será de tres años con posibilidad de ampliar el contrato doce meses más por convenio colectivo sectorial. El transcurso de dicho plazo máximo transforma el contrato temporal en indefinido no fijo. No obstante, se excepciona de esta regla de indefinición a las modalidades contractuales contempladas en la Ley Orgánica de Universidades o en otras normas con rango de ley referidas a proyectos específicos de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

Pero es, sin duda, el fraude de ley en la contratación temporal la causa que mayoritariamente convierte en “indefinido no fijo” el contrato que inicialmente era temporal; la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2010 –AS 1121– considera que “el fraude de ley es, sin género de duda, una irregularidad patológica que aqueja al sistema de contratación laboral temporal” siendo claro que tal fraude acarrea el carácter indefinido del contrato con carácter *iuris et de iure*, sin admitir, por tanto, prueba en contrario. Al respecto debe recordarse que el fraude de ley “no implica siempre y en toda circunstancia una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*), sino la mera y simple constancia de que la situación legal contemplada no implica eventualidad alguna y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial” (STS de 21 de marzo de 2002 –RJ 3818–). Añade, además, la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2010 –AS 1121– que cuando se suceden contratos temporales sin causa justificativa de la temporalidad, la transgresión producida se transmite al resto de la cadena contractual temporal posterior aunque el último haya sido celebrado de forma correcta. Se produce así un efecto dominó provocado por un contrato abusivo y fraudulento sobre los posteriores, acarreado ello la conversión de la relación laboral temporal en indefinido no fijo, no perdiéndose dicho carácter ni por los finiquitos firmados por cese de dichos contratos ni por posibles nuevos contratos formalizados posteriormente (STS de 24 de abril de 2006 –RJ 3628–). Por otro lado, se considera fraudulenta en la Administración Pública la contratación temporal de trabajadores para realizar tareas permanentes y habituales pese a que su financiación se encuentre sometida a subvenciones temporales: STS de 1 de abril de 2009 –RJ 3247– y STSJ Andalucía de 10 de julio de 2014 –JUR 238340–, STSJ Madrid de 9 de enero de

³ Así, la STS 8 de abril 2009 –RJ 3248– advierte que no constituye una irregularidad cualificada, por ejemplo, el error sobre la concreta modalidad contractual temporal a utilizar.

2015 –JUR 40165– o STSJ Comunidad Valenciana de 29 de abril de 2014 –JUR 201449–, entre otras;

Asimismo, debe recordarse que en la Administración Pública también es posible alcanzar la condición de trabajador indefinido no fijo en otras tres circunstancias distintas:

-En primer lugar, cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente (entre otras, STSJ de Islas Canarias de 18 de diciembre de 2013 –AS 1176– y STSJ de Andalucía de 28 de mayo de 2014 –AS 1963–).

-En segundo lugar, en el supuesto de cesión ilegal de trabajadores (entre otras, STSJ de Madrid de 20 de junio de 2014 –AS 2020– y SSTSJ de Andalucía de 24 de abril y 6 de noviembre de 2014 –AS 1510 y 2015/422–); sobre este último supuesto añade la STSJ de Galicia de 29 de julio de 2014 –AS 1827– que el reconocimiento por sentencia de la condición de trabajador indefinido no fijo no obliga a la Administración Pública a la creación del puesto de trabajo ni, por tanto, a la modificación de la RPT pues considera que “si el trabajador es declarado laboral indefinido, lo normal es que se le adscriba a un puesto de trabajo vacante y sólo excepcionalmente, una vez modificada la relación de puestos de trabajo, la persona afectada será adscrita al puesto de nueva creación”. Se basa para ello en que “la consecuencia natural de una declaración de indefinición laboral no es la permanencia indefinida en esa situación, sino la posibilidad real de cubrir reglamentariamente esa plaza vacante por parte de la Administración afectada”).

-Y, en tercer lugar, cuando se encadenen dos o más contratos temporales, con o sin solución de continuidad, durante un plazo superior a 24 meses dentro de un período de referencia de 30 meses (STS de 23 de abril de 2012 –RJ 623–), siempre que, como señala el art. 15.5 ET, no se trate de contratos formativos, de relevo e interinidad o contratos celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación o de empresas de inserción. Advierte, no obstante, el apartado 3 de la Disposición Adicional 15ª del ET que para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos en el sector público sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. Tampoco se aplicará a las modalidades particulares de contratos de trabajo contempladas en la Ley Orgánica de Universidades o en cualquier otra norma con rango de ley.

Por último, puede señalarse también un supuesto específico de conversión de contrato temporal en indefinido no fijo a consecuencia de una reciente doctrina jurisprudencial que altera la naturaleza jurídica del contrato de interinidad por vacante. Nos referimos a que la falta de provisión de las vacantes en el plazo de tres años que establece el art. 70 del EBEP provocará también la conversión del contrato temporal de interinidad en indefinido no fijo⁴. Así, la STSJ de Castilla y León de 10 de julio de 2013 –AS 2629– se pronuncia a favor de la transformación de un contrato temporal de interinidad por vacante en un supuesto de contratación indefinida no fija a causa de la

⁴ El art. 70 del EBEP dispone que “en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”.

inacción del empleador público en la provisión de las plazas. En concreto, afirma este pronunciamiento que el contrato de interinidad por vacante deviene indefinido no fijo cuando se supera el plazo máximo legal de tres años para que la Administración Pública provea la cobertura de la vacante en los términos establecidos en el art. 70 del EBEP. Entiende, además, que aunque pueda plantearse que ello sólo ocurriría cuando la plaza esté dotada presupuestariamente, esta circunstancia debe darse por supuesta en la contratación de interinidad por vacante en la medida que dicha plaza dispone de fondos públicos para el abono de los gastos salariales y de Seguridad Social de ese contratado interino. Para el cómputo del plazo de tres años no ha de tomarse en consideración la fecha de la contratación del interino por vacante, sino la fecha en que se produjo dicha vacante, indicando que dicho cómputo deberá iniciarse el día primero del año natural siguiente a la producción de la vacante que es cuando puede aprobarse la correspondiente oferta de empleo público que incluya la plaza tras la aprobación de la correspondiente ley de presupuestos.

3. Semejanzas y diferencias entre el contrato de interinidad por vacante y contrato indefinido no fijo

Las indudables analogías entre el trabajador contratado interinamente por vacante y el trabajador indefinido no fijo han sido puestas de relieve en numerosas ocasiones por los órganos judiciales. Así, es elemento común a ambas figuras el dato de que la plaza ocupada por el trabajador se extingue cuando, a través del procedimiento oportuno, se cubra la vacante o se amortice la plaza. La STS de 27 de mayo de 2002 –RJ 9893– afirmó que “no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos (los indefinidos no fijos) con la de interinos por vacante porque la justificación de unos y otros responden a la misma causa y necesidad” (en el mismo sentido, las SSTS de 20 de julio de 2007 –RJ 7600–, STS de 19 de febrero de 2009 –RJ 1594–, las cuales afirman que “la posición de aquéllos trabajadores al servicio de la Administración, cuyo contrato fue declarado indefinido (no fijo) por sentencia firme, es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad”).

Dicha similitud, sin embargo, no los hace totalmente equiparables pues, como señala el Tribunal Supremo “el status jurídico del trabajador indefinido no fijo de la Administración Pública se caracteriza por el hecho de que, durante la vigencia y desarrollo de la relación laboral, no puede producirse ninguna consecuencia negativa que pueda mermar sus derechos laborales, sindicales y/o de protección social con base en una pretendida e inexistente temporalidad o irregularidad de la plaza (STS de 27 de mayo de 2002 –RJ 9893–, STS de 20 de julio de 2007 –RJ 7600– y STS de 19 de febrero de 2009 –RJ 1594–). Insisten estos pronunciamientos en que las diferencias entre ambas figuras “no están en la extinción del contrato” sino en la “vigencia y desarrollo del mismo”.⁵

Por otro lado, el carácter no temporal del contrato indefinido no fijo lo posiciona en una situación diferente del contrato de interinidad por vacante en el marco de los despidos objetivos o colectivo ya que, el primero, aunque sea de manera indirecta, es un trabajador computable a todos los efectos para efectuar despidos objetivos o colectivos en aplicación de la Disposición Adicional 16ª del ET y arts. 51 y 52 c) ET, mientras que el contrato de interinidad por vacante, al ser un contrato temporal, debería quedar

⁵ En el mismo sentido, puede verse la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2010 –AS 1121–.

excluido de dicho cómputo *ex art.* 51.1 ET, salvo que, como señala la STS de 24 de junio de 2014 –RJ 4380–, la expiración del mismo no se produzca por la llegada del tiempo convenido que exige el art. 49.1 c) del ET.

3.1. Naturaleza jurídica y efectos del contrato de interinidad por vacante

Sobre la naturaleza y efectos del contrato de interinidad por vacante se ha producido recientemente una rectificación de doctrina por el Tribunal Supremo. La STS de 24 de junio de 2014 –RJ 4380– al analizar un supuesto de amortización de una plaza que era ocupada por un trabajador interino por vacante, plantea que la amortización implica una extinción *ante tempus*, provocando ello un daño que debe ser indemnizado. Para ello se fundamenta en la propia naturaleza jurídica del contrato de interinidad por vacante pues en él ya no se ve una condición resolutoria –fundada en el art. 1113 del Código Civil– que, tras su cumplimiento, permita la extinción sin derecho a indemnización conforme al art. 49.1.b) del ET, sino una condición a término o a plazo regulada en el art. 1125 y siguientes del Código Civil. En tal sentido, la obligación a término que incorpora el contrato de interinidad por vacante no responde a incertidumbre alguna ya que la extinción debe producirse en todo caso. Dicha extinción puede apreciarse en dos situaciones distintas: en primer lugar, cuando el plazo para su extinción sea indeterminado, es decir, cuando la cobertura de la plaza se cubra efectivamente mediante un sistema reglamentario de provisión definitiva del puesto de trabajo pero no se sepa con certeza cuándo se producirá exactamente dicha provisión aunque el plazo necesariamente tenga que llegar (*certus an et incertus quando*), y, en segundo lugar, cuando el plazo para la extinción del contrato sea determinado, es decir, cuando se sabe no sólo que la extinción se producirá necesariamente sino también cuándo llegara ésta (*certus an et certus quando*). Desempeña un papel decisivo en esta doctrina el dato de que el art. 70 del EBEP establece que las vacantes que se produzcan en la Administración Pública deben ser objeto de oferta de empleo público en el plazo máximo de tres años, dando lugar a que si la extinción se produce antes de tiempo por amortización de la plaza, nos encontraríamos ante la producción de un daño al trabajador, que ve truncadas sus expectativas de empleo, y que requiere ser indemnizado, en su caso, a través de los art. 51, 52 y 56 del ET. Si dicha vacante no se cubre de ninguna manera en el plazo máximo de tres años, el contrato de interinidad se transformará, como vimos supra, en un contrato indefinido no fijo.

3.2. Extinción del contrato indefinido no fijo y del contrato de interinidad por vacante.

Como ya se ha indicado, hasta hace relativamente poco tiempo, los tribunales de justicia entendían que la extinción contractual del indefinido no fijo y del contrato de interinidad por vacante eran equiparables pues, en ambos casos, la causa extintiva operaba directamente sobre los contratos (STS 8 de junio de 2011 –RJ 5937–, STS de 29 de enero de 2013 –RJ 1962– y STS de 22 de julio de 2013 –RJ 7657–). Según esta doctrina, ello “responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo” (SSTS de 8 de junio de 2011 –RJ 5937– y de 27 de febrero de 2013 –RJ 4349–).

Las causas de extinción se reconducen, básicamente, a los siguientes supuestos: en primer lugar, a la cobertura definitiva de la plaza (STS 27 de mayo de 2002 –RJ 9893– y de 26 de junio de 2003 –RJ 4259–; se incluye en este supuesto los casos de funcionarización de la plaza como puede verse, entre otras, en las SSTSJ Castilla La

Mancha de 1 de octubre de 2003 –AS 267– y de 22 de abril de 2005 –AS 917–) y, en segundo lugar, a la amortización del puesto de trabajo (SSTS de 20 de julio de 2007 –RJ 6742– y de 19 de febrero de 2009 –RJ 1717–). En todos los supuestos mencionados, la extinción debe llevarse a cabo por el procedimiento reglamentario oportuno (advierde la STSJ de Galicia de 4 de octubre de 2013 –AS 3007– que la mera alegación de la amortización de los puestos de trabajo no es suficiente para la extinción de los contratos pues resulta preciso que exista un acuerdo administrativo válido y eficaz de amortización de la plaza).

La distinción ha girado, sin embargo, en torno al procedimiento y efectos de la extinción en cada tipo de contrato. Para la doctrina anterior a la STS de 24 de junio de 2014, el contrato de interinidad por vacante se extinguía por el cumplimiento de una condición resolutoria *ex* art. 49.1.b)⁶, teniendo el efecto de que el trabajador no generaba derecho alguno a indemnización⁷ (SST de 22 de julio de 2013 –RJ 7657–) ni se requería para ello la articulación de un despido objetivo o colectivo. En tal sentido, la STS de 27 de mayo de 2002 –RJ 9893–, estableció que dicha extinción no genera derecho a indemnización a favor del trabajador cuando la plaza es cubierta de manera definitiva por el procedimiento reglamentario oportuno o cuando, por el mismo procedimiento, se produce la amortización de la plaza ocupada interinamente ya que “la vigencia de la relación laboral está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse” (STS de 22 de julio de 2013 –RJ 7657–).

No obstante, atendiendo a la revisión de doctrina efectuada por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 24 de junio de 2014 –RJ 4380–, el contrato de interinidad por vacante ya no incorpora una condición resolutoria cuya incertidumbre permita mantener vigente *sine die* el contrato de trabajo pues, conforme a la nueva doctrina, el contrato de interinidad por vacante es un contrato a término, debiendo producirse en todo caso su extinción cuando la plaza que ocupa el trabajador interino no se cubra por el procedimiento oportuno en el plazo de tres años (art. 70 del EBEP); la falta de cobertura de dicha plaza en dicho plazo produce su transformación en indefinido no fijo y, en su caso, la Administración Pública quedará obligada a efectuar un despido objetivo o colectivo fundado en causa organizativa o económica cuando pretenda su extinción (STSJ de Castilla y León de 10 de julio de 2013 –AS 2629–), generando ello el derecho del trabajador a percibir una indemnización de 20 días de salario por año con un máximo de doce mensualidades.

En definitiva, la extinción del contrato de interinidad por vacante podrá extinguirse:

-Por la cobertura definitiva de la plaza que ocupa antes de que transcurran tres años, en cuyo caso, la extinción opera directamente sobre el contrato de trabajo y el interino no tendrá derecho a indemnización. Si la cobertura de la plaza se produce con posterioridad a los tres años, el contrato de interinidad se extingue y se transforma en un indefinido no fijo.

⁶ Señala el art. 4 del RD 2720/1998 que “en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones Públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica”.

⁷ Conforme al art. 49.1.c) ET cuando expire dicho tiempo el trabajador interino no tiene derecho a percibir ninguna indemnización.

-Por amortización de la plaza. Si dicha amortización tiene lugar antes del plazo de los tres años que marca el art. 70 del EBEP, se produce un daño al trabajador que debe ser indemnizado a través del procedimiento de despido objetivo o colectivo por causa organizativa (STSJ de Madrid de 14 de noviembre –AS 2015/427–, STSJ Islas Baleares de 6 de junio de 2014 –AS 1302– y STSJ Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2014 –AS 2017–). Si la amortización se produce con posterioridad a los tres años, se trataría entonces de un contrato indefinido no fijo que, en todo caso, requerirá del procedimiento establecido en la Disposición Adicional 16ª del ET para aplicar el despido objetivo o colectivo del trabajador, con derecho a indemnización (entre otras, STS de 8 de julio de 2014, rec. nº 2693/2013, STSJ de Navarra de 5 de junio de 2014 –AS 2752–, STSJ de Galicia de 4 de octubre de 2013 –AS 3007–, STSJ de Islas Canarias de 23 de noviembre de 2013 –AS 1168).

Capítulo XXI. Conocimiento y eficacia de los derechos a la reducción de jornada por motivos de conciliación

MAR RIDAURA LÓPEZ
Profesora asociada
Centro UNED Córdoba

Resumen

Nuestro ordenamiento regula una serie de supuestos en los cuales el trabajador tiene derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con una reducción proporcional de la retribución, y manteniendo el derecho a volver a su jornada original una vez transcurrido un tiempo o desaparecida la causa que dio lugar al derecho. Se trata de un grupo importante dentro de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que gozan de un régimen de ejercicio muy privilegiado incluso con beneficios en materia de seguridad.

En el presente trabajo se parte de la exposición de las líneas generales del régimen de ejercicio de los distintos supuestos, tanto en sede legal como en sede convencional y judicial, y se cuestiona hasta qué punto las personas trabajadoras en general conocen y utilizan estos derechos. En este sentido, se exponen los principales resultados de un estudio empírico que la autora ha realizado sobre este tema, así como las conclusiones que de él se han obtenido y que nos dan las claves de por dónde deben ir las futuras reformas de la figura.

Abstract

Our system regulates a number of cases in which the worker is entitled to a reduction of his or her working day, with a proportioned reduction in the payment, and preserving the right to return to his or her original working day after a time or once the cause which led to the right has disappeared. This is an important group within the personal, family and work life conciliation rights, which have a very privileged regime even with benefits in security affairs. The present work starts with the exhibition of the outlines of the regime of the different cases, both legal and conventional and judicial aspects. Also, it is questioned to which point workers generally know and use these rights. In this sense, the main results of the author's empirical study are shown, as well as the conclusions that have been obtained from it, that give us clues to future reforms.

1. INTRODUCCIÓN

Del análisis de la normativa española, de la jurisprudencia y su desarrollo normativo en la negociación colectiva se desprende una clara preocupación del legislador por la protección, no sólo de los derechos de las personas trabajadoras, sino también por la protección de los derechos de conciliación y de la familia.

En este sentido el ordenamiento laboral español regula una serie de medidas de conciliación relativas al tiempo de trabajo para cubrir necesidades personales y familiares que básicamente consisten en ausencias retribuidas por el empresario, reducciones de jornada que llevan aparejadas reducción en la misma proporción del salario y medidas que flexibilizan el tiempo y la jornada de trabajo.

En este estudio de carácter interdisciplinar nos hemos centrado en las medidas de reducción de jornada por motivos de conciliación. En primer lugar se ha realizado un breve análisis jurídico de aquellos supuestos en los cuales el trabajador tiene derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con una reducción proporcional de la retribución, y manteniendo el derecho a volver a su jornada original una vez transcurrido un tiempo o desaparecida la causa que dio lugar al derecho. Se trata de un grupo importante dentro de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que gozan de un régimen de ejercicio muy privilegiado incluso con beneficios en materia de seguridad.

Se ha realizado una descripción detallada de cada uno de estos instrumentos así como se han analizado las causas que los originan, quienes son sus beneficiarios y su duración. A continuación, se ha realizado un análisis estadístico que permitiese medir la eficacia para conciliar de las medidas de reducción de jornada por motivos familiares; determinar las causas que explican su nivel de uso, así como evaluar las posibles alternativas que ayuden a solucionar los problemas de conciliación.

2. REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES

2.1. Caracterización de las medidas de reducción de jornada

El artículo 37.5ET reconoce el derecho a una reducción de jornada para quien “por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida”. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, “que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida”.

La reducción de jornada por motivos familiares engloba dos supuestos distintos:

- El primero es el de reducción de jornada para cuidado de un menor de 12 años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe actividad retribuida.
- El segundo supuesto es el de “reducción para cuidado de familiares”, para la persona que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

En ambos supuestos, la persona trabajadora tendrá derecho a una reducción de su jornada diaria de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. El fundamento último del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares lo constituye, en opinión unánime de la doctrina laboralista la atención y el “cuidado de los hijos en sus edades más tiernas, el cuidado de los disminuidos (sin límite de edad y sin exigirse más parentesco o relación que la guarda legal sobre ellos –con lo que también quedaría, cómo no, amparado el cuidado de un hijo disminuido, con independencia de la edad–), y el cuidado de familiares (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad –lo que, asimismo, incluye a los hijos– cuando por su edad, o por accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos)” (Garrigues Giménez, A., 2008).

El titular del derecho a la reducción de jornada lo será cualquier trabajador, hombre o mujer, que se encuentre en la situación de tener que cuidar a un menor o a una persona con discapacidad por corresponderle su guarda legal, serían el padre y la madre biológicos o adoptivos, o las personas responsables del acogimiento preadoptivo o permanente o un tercero, por ejemplo el tutor; o también, quien cuide de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, siendo precisamente el parentesco en los grados correspondientes, y con independencia de que pueda provenir de adopción el dato determinante de la posible titularidad del derecho.

Se está ante un auténtico derecho individual del trabajador o trabajadora (el cual debe ser soportado por el empresario) pues su ejercicio no depende del acuerdo con la empresa, aunque ésta pueda poner objeciones a los términos en que se ejercite. Corresponde al trabajador o la trabajadora como titulares del derecho a la reducción de jornada la elección del horario laboral en que disfrutarán la reducción de jornada que permita el atendimiento y custodia de las personas a su cargo; por ser los trabajadores los únicos capacitados para determinar cuál es el momento más adecuado para cumplir las obligaciones encaminadas a su atención y cuidado.

Así pues, como regla general, se otorga la facultad de elección de horario para su jornada reducida en favor del trabajador, si bien éste queda sometido a los principios de buena fe contractual en el ejercicio de la citada concreción horaria (por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 del CC que rige la relaciones jurídicas contractuales y los artículos 5.a) y 20.2 ET para la relación jurídica laboral); dicho ejercicio no podrá ser abusivo o contrario a tales exigencias derivadas del principio de buena fe¹. Cuando las circunstancias que concurran en cada caso y los términos de la concreción horaria propuesta por el trabajador supongan un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afecten gravemente su producción no podrá ampararse judicialmente el ejercicio de este derecho; tampoco si existe la posibilidad de satisfacer el derecho del trabajador en otro horario compatible con el proceso productivo de la misma

2.2. Reducción de jornada por cáncer o enfermedad grave del menor

El art. 37.5 ET reconoce la posibilidad de reducir jornada con reducción proporcional del salario para el cuidado de menores a cargo afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas), o por cualquiera otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente. Se trata de una reducción más drástica que la ordinaria (reducción de la jornada por motivos familiares) pues se debe reducir, al menos, la mitad de la jornada. Se admite la posibilidad en este supuesto de acumulación en jornadas completas.

La reducción de jornada la pueden pedir ambos, el padre y la madre, aunque si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 37.5 ET). Sin embargo, a la prestación de seguridad social solo puede acceder uno de los dos progenitores. La regulación de la prestación se desarrolla por medio del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio y su duración se prolonga mientras se mantenga la jornada reducida hasta que el menor cumpla 18 años o bien deje de necesitar el cuidado.

Para su concreción horaria, rigen las reglas descritas del 37.6 ET, de manera que corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria, aunque los convenios colectivos podrán establecer, no obstante, criterios para la reducción de la jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de la empresa (Velasco Portero, T., 2013).

¹ STSJ de Cataluña de 21 febrero 2014 (AS 2014\786), STSJ de la Rioja de 10 de febrero de 2012 (AS 2012\575). La sentencia de 3 junio de 2013 (AS 2013\2503) que deniega la concreción horaria solicitada por la trabajadora en aplicación de lo establecido en el CC para controladores de tránsito aéreo en la entidad pública empresarial aeropuertos de España por no inexistencia de perjuicios que se le ocasionaría a su derecho de conciliar su vida laboral y familiar.

2.3. El permiso retribuido en caso de parto prematuro u hospitalización subsiguiente al parto

El artículo 37, apartado 4 bis, del ET bis establece que “en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario”. Al indicar el texto “la madre o el padre”, parece existir un solo derecho al permiso y un solo derecho a la reducción de jornada, de manera que el disfrute se decidirá por ambos progenitores y se tratará usualmente de un disfrute femenino. Por tanto, la concreción de quien disfrutará el permiso o alternativamente la reducción será de difícil aplicación práctica cuando los progenitores no lleguen a acuerdo.

Ambos derechos pueden ser ejercitados simultáneamente por el mismo progenitor, con lo cual verá reducida su jornada de trabajo en hasta tres horas, una de ellas –la del permiso– retribuida, y las otras dos –las de reducción de jornada– sin retribución (Ballester Pastor, M.A., 2002). En todo caso, si un progenitor usa el permiso, el otro pueda usar la reducción de jornada, pues el artículo 37.4 bis ET no obliga, si se utilizan ambos derechos, a que los tenga que utilizar el mismo progenitor, aparte de que ello es lo más acorde con el fomento de la asunción equilibrada de responsabilidades familiares –artículo 44.1 de la LOIEMH–.

3. ESTUDIO EMPÍRICO SOBRE LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES

3.1. Objetivos particulares del estudio

En este trabajo de investigación nos planteamos si este conjunto de medidas de reducción de jornada para la conciliación, son percibidas por los beneficiarios (las personas trabajadoras) como eficaces.

Para ello es importante definir el concepto de eficacia de una medida o instrumento de conciliación. La Real Academia de la Lengua Española la define como “la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. En tal sentido se entiende que una medida de conciliación es tanto más eficaz, cuanto más utilizada haya sido, por aquellas personas que se encuentran en la situación que da derecho al uso de la misma, y mejor la valoren en cuanto a su utilidad para la conciliación.

Para analizar la eficacia de las medidas de reducción de jornada para la conciliación, tras el estudio jurídico se ha realizado un análisis estadístico de la utilización de las medidas que permitiese extrapolar los resultados obtenidos en una muestra al conjunto de la población.

Para realizar el análisis estadístico se diseñó un cuestionario del que se obtuvo información para medir la eficacia de las distintas medidas de reducción de jornada para la conciliación de la vida laboral y personal; y con la finalidad de alcanzar los siguientes objetivos particulares:

- a. Conocer si la persona encuestada había estado en la situación que origina el derecho o la posibilidad de disfrutar la medida de reducción de jornada.

- b. Saber si la persona encuestada conoce las distintas medidas de reducción de jornada por motivos de conciliación.
- c. Medir la tasa de uso de cada una de las medidas de reducción de jornada.
- d. Obtener información relativa a la utilidad percibida por encuestado de cada medida de reducción de jornada, cara la conciliación.
- e. Conocer la opinión del encuestado relativa a aspectos que pueden incidir en el uso de las medidas de reducción de jornada tales como, el conocimiento de las medidas; si el género influye en el uso de las medidas de reducción de jornada; y si la persona trabajadora percibe que el uso de las medidas de reducción de jornada pueden afectar a su carrera profesional.

Una vez diseñado el cuestionario se procedió a la pertinente validación estadística, verificando la calidad del mismo en términos de validez, fiabilidad y capacidad² (Ramirez, J.N. y Molina, H; 2014). Una vez validado, se envió mediante soporte electrónico a una muestra de más de dos mil personas y, además, se utilizaron las redes sociales para acceder a un colectivo de mayor tamaño, obteniéndose al final una muestra válida de 296 encuestadas.

Como hemos comentado anteriormente, una medida es más eficaz cuanto más utilizada haya sido, por aquellas personas que se encuentran en la situación que da derecho al uso de la misma, y mejor la valoren en cuanto a su utilidad para la conciliación.

Aunando los tres elementos de la definición de eficacia y recogidos en la encuesta en tres preguntas³, se creó un conjunto de índices sintéticos que se denominaron I_i , donde i toma valores desde 8 hasta 12, representando cada una de las medidas contempladas en el conjunto de las denominadas como reducción de jornada por motivos de conciliación (cuando $i=8$ representa el índice de eficacia de la Reducción por cuidado de un menor de 12 años; $i=9$ Reducción por cuidado de persona con discapacidad; $i=10$ Reducción por cuidado directo de familiar que no pueda valerse por sí mismo; $i=11$ Reducción por parto prematuro; $i=12$ Reducción por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave).

² La validez hace referencia a que las preguntas sean entendidas por el encuestado, en el mismo sentido que son formuladas por el investigador; la capacidad alude a que las escalas de las distintas preguntas tengan la suficiente sensibilidad para detectar cambios de opinión o percepción entre los distintos encuestados; y, por último, la fiabilidad indica que las escalas están libres de error aleatorio.

³ Una pregunta era relativa a si alguna vez había estado en la situación que da derecho al uso de la medida de conciliación, tomando el valor 0, si no lo había estado y el valor 1 en caso afirmativo. Otra pregunta versaba sobre si había utilizado la medida tomando valor 1, si no la había utilizado y 2, en caso de que la hubiese utilizado; por último se le pedía que valorase en una escala de 5 posiciones en la que 1, es muy inútil y 5 muy útil, la medida en para la conciliación.

$$I_{ij} = S_{ij} * D_{ij} * V_{ij}$$

Donde:

El subíndice “j”, representa a cada una de las personas encuestadas, por lo que toma valores desde 1 a 296, que es el número de encuestas válidas recibidas.

I_{ij} representa el valor del índice de eficacia de la medida i-ésima;

S_{ij} representa la variable que muestra la situación de la persona encuestada j-ésima, respecto a la medida de reducción de jornada i-ésima;

D_{ij} representa la variable que indica si la persona j-ésima disfrutó de la medida de reducción i-ésima; y

V_{ij} representa la variable que recoge la información de cómo valora la persona j-ésima, la medida i-ésima en cuanto a su utilidad para la conciliación.

3.2. Análisis y descripción de la muestra

La muestra está compuesta por un total de 296 personas, de las cuales 157 son hombres (54,5%) y 131 mujeres (45,5%), en ocho cuestionarios no contestaron a esta pregunta; con edades que van desde los 25 años a los 69, con una edad media de casi 43 años (42,89) con edades que van desde los 25 años a los 69, con una edad media de casi 43 años (42,89).

En cuanto a la situación laboral, han contestado 62 autónomos (21,6%), 43 funcionarios (15%) y 182 asalariados (61,5%). Son cifras que no se diferencian mucho de las existentes para el conjunto de la población ocupada española, un dato más que avala la representatividad de la muestra obtenida.

El tamaño de las empresas en las que trabajan las personas que han contestado el cuestionario es: 67 (23,8%) trabajan en micro empresas, 41 (14,5%) en pequeñas empresas, 48 (17%) en mediana empresa y 125 (44,3%) en grandes empresas.

Estos resultados, aunque no son acordes con la estructura económica de España sí lo son con el perfil seleccionado para encuestar. La naturaleza de la investigación y el propio método de obtención de la información aconsejaban un nivel de formación alto de los encuestados y que estuvieran familiarizados con el uso de nuevas tecnologías.

Como hemos comentado anteriormente, era importante analizar el nivel de conocimiento que los encuestados tienen de las distintas medidas de reducción de jornada.

Los resultados obtenidos se resumen en la tabla siguiente:

Tabla 1. Nivel de conocimiento de las medidas de reducción de jornada por conciliación

Nº.	Medida de conciliación	Conoce				No contesta	
		Sí	%	No	%	N.C.	%
8	Reducción por cuidado de un menor de 12 años	204	68,9	84	28,4	8	2,7
9	Reducción por cuidado de persona con discapacidad	139	47,0	147	49,7	10	3,4
10	Reducción por cuidado directo de familiar que no pueda valerse por sí mismo	135	45,6	151	51	10	3,4
11	Reducción por parto prematuro	82	27,7	199	67,2	15	5,1
12	Reducción por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave	101	34,1	177	59,8	18	6,1

Fuente: Elaboración propia

Como podemos apreciar, el grado de conocimiento de las diferentes medidas de reducción de jornada es muy distinto. La reducción de jornada por cuidado de un menor de 12 años es la medida más conocida. En general, el resto de medidas de reducción de jornada por conciliación son muy poco conocidas, no llegando al 50% la proporción de personas encuestadas que manifiestan conocerlas. La reducción de jornada por parto prematuro y la reducción por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave son las menos conocidos por la población encuestada, en las que la proporción de personas encuestadas que manifiestan conocer tales medidas de conciliación no llega al 35%.

La siguiente cuestión que nos planteamos al medir el nivel de conocimiento de los instrumentos es si era sabido quien es el titular potencial de dicho beneficio.

En la siguiente tabla se presentan los resultados:

Tabla 2: Nivel de conocimiento de los titulares de cada instrumento de conciliación

Nº.	Medida de conciliación	Conoce				No contesta	
		Sí	%	No	%	N.C.	%
8	Reducción por hijo menor de 12 años - ambos	167	56,4	114	38,5	15	5,1
9	Reducción por cuidado de persona con discapacidad - ambos	130	43,9	147	49,7	19	6,4
10	Reducción por cuidado de familiar - ambos	119	40,2	158	53,4	19	6,4
11	Reducción por parto prematuro - ambos	60	20,3	211	71,3	25	8,4
12	Reducción por cuidado hijo con cáncer o enfermedad grave - ambos	97	32,8	173	58,4	26	8,8

Fuente: Elaboración propia

Como podemos observar, en general, el nivel de desconocimiento de los titulares del conjunto de medidas de reducción de jornada por conciliación es bastante elevado. Más del 50% de la población encuestada desconoce que las distintas medidas de reducción de jornada por conciliación son de titularidad indistinta y pueden ser disfrutadas por el hombre y la mujer.

Respecto a la utilización de las medidas de reducción de jornada por conciliación, los datos quedan recogidos en la siguiente tabla.

Tabla 3: Uso de las medidas de reducción de jornada.

Nº.	Medida de conciliación	Utiliza				No contesta	
		Sí	%	No	%	N.C.	%
8	Reducción por cuidado de un menor de 12 años	25	8,4	255	86,1	16	5,4
9	Reducción por cuidado de persona con discapacidad	7	2,4	274	92,6	15	5,1
10	Reducción por cuidado directo de familiar que no pueda valerse por sí mismo	15	5,1	264	89,2	17	5,7
11	Reducción por parto prematuro	4	1,4	268	90,5	24	8,1
12	Reducción por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave	2	0,7	270	91,2	24	8,1

Fuente: Elaboración propia

Como se puede observar las medidas de reducción de jornada por conciliación son muy poco utilizadas por la población encuestada. Sólo la reducción de jornada por cuidado de un menor de 12 años alcanza el máximo porcentaje de utilización con tan solo un 8,4%.

A continuación procedemos a la presentación de las distintas hipótesis formuladas así como al análisis de los resultados de su contraste.

En relación al uso de las medidas de reducción de jornada por motivos de conciliación, se contrastó la hipótesis $H_{1,X}$ para cada una de las medidas de reducción de jornada por conciliación.

$H_{1,X}$ = La tasa de uso de la medida de reducción de jornada X es igual o superior al 50% de la población.

Tabla 4: Denominación de las hipótesis $H_{1,X}$ = La tasa de uso de la medida de reducción de jornada X es igual o superior al 50% de la población.

Hipótesis	Denominación de las hipótesis $H_{1,X}$	p-valor	Aceptar / Rechazar
$H_{1,8}$	La reducción de jornada por cuidado de hijo menor de doce años es utilizado por la mitad de la población	0,000	RECHAZAR
$H_{1,9}$	La reducción de jornada por cuidado de un discapacitado es utilizada por la mitad de la población	0,000	RECHAZAR
$H_{1,10}$	La proporción de población que utiliza la reducción de jornada por cuidado directo de familiares es la mitad	0,000	RECHAZAR
$H_{1,11}$	La proporción de población que utiliza la reducción de jornada por parto prematuro es del cincuenta por ciento	0,000	RECHAZAR
$H_{1,12}$	La proporción de población que utiliza la reducción de jornada por cuidado del menor con cáncer es del cincuenta por ciento	0,000	RECHAZAR

Fuente: Elaboración propia

El p-valor obtenido para todos los contrastes es 0,000, por lo que todas las hipótesis se rechazan. Todas las medidas de reducción de jornada por conciliación son utilizadas por menos del 50% de la población encuestada.

De la observación de la tabla se puede concluir que el uso de las medidas de reducción de jornada por conciliación es mucho menor de lo que se podría pensar, por lo que pareció conveniente analizar las causas de esas bajas tasas de uso.

Por ello y, en relación al conocimiento de las medidas de reducción de jornada por conciliación se planteó la hipótesis $H_{2,x}$.

$H_{2,x}$: El desconocimiento de la medida de reducción de jornada por motivo X, explica el uso de la medida X, entre los que están en la situación de poder utilizar dicha medida.

Cabe esperar que un mayor conocimiento de las medidas de reducción de jornada por conciliación influya en el uso de dichas medidas. Se contrastaron como sub hipótesis cada una de las medidas de reducción de jornada y los resultados podemos observarlos en la tabla que se muestra a continuación.

Tabla 5: Aceptación/Rechazo de la segunda hipótesis sobre la relación del desconocimiento de las medidas de reducción de jornada y el uso de las mismas.

Hip.	Denominación de las hipótesis H_{2x}	ϕ coeficiente de contingencia	Significación	Aceptar/Rechazar
$H_{2,8}$	El desconocimiento de la reducción de jornada por cuidado de un menor de doce años está relacionado con el uso de esta medida de conciliación	0,196	0,019	ACEPTAR
$H_{2,9}$	El desconocimiento de la reducción de jornada por cuidado de una persona con discapacidad está relacionado con el uso de este instrumento de conciliación entre las personas que se encuentran en esta situación	0,109	0,537	RECHAZAR
$H_{2,10}$	El desconocimiento de la reducción de jornada por cuidado de familiares directos está relacionada con el uso de esta medida de conciliación entre las personas que se encuentran en esta situación	0,279	0,008	ACEPTAR
$H_{2,11}$	El desconocimiento de la reducción de jornada por parto prematuro está relacionada con el uso de esta medida de conciliación entre las personas que se encontraban en tal situación	0,228	0,080	RECHAZAR
$H_{2,12}$	El desconocimiento de la reducción de jornada por el cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave está relacionado con el uso de este instrumento de conciliación	0,152	0,504	RECHAZAR

Fuente: Elaboración propia

Como puede apreciarse, tres de las 5 subhipótesis planteadas han sido rechazadas, lo que no nos permite afirmar que un mayor conocimiento de las medidas de conciliación incida positivamente en el uso y disfrute de éstas.

De la hipótesis $H_{2,9}$ que pone en relación el conocimiento de la medida de “reducción de jornada por cuidado de una persona con discapacidad con el uso de la

misma”, podemos destacar que sólo el 2,2% de las personas encuestadas que han tenido la necesidad de cuidar a una persona con discapacidad, han utilizado esta medida de reducción de jornada. La utilización de la medida no está relacionada con el grado de conocimiento de la misma. Más bien la no utilización pudiera estar más relacionada con la reducción proporcional de salario o con la percepción que en la empresa pueda haber respecto al uso de este tipo de medidas.

Tampoco ha sido aceptada la hipótesis $H_{2.11}$. Del total de 73 personas que se han encontrado en la situación de parto prematuro, únicamente 3 han hecho uso de la medida de reducción de jornada. Se podría pensar que la eficacia de esta medida no es alta. Al estar uno de los progenitores en licencia por maternidad o paternidad, podría pensarse que el uso de esta medida tiene un menor atractivo.

Y, por último, tampoco ha sido aceptada la hipótesis $H_{2.12}$ relativa al desconocimiento y utilización de la reducción de jornada por el cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave. Llama la atención que, a pesar de que 64 personas de las encuestadas se han encontrado en situación de cuidar de un menor con cáncer o enfermedad grave, sólo 2 han disfrutado de la medida de reducción de jornada por este motivo. En este caso, tampoco cabe pensar que la no utilización de la medida pudiera estar motivada por la reducción proporcional de salario, dado que se pudiera entender compensada con la prestación establecida por la Seguridad Social para estas situaciones.

Para analizar la relación existente entre el sexo y la utilización de las medidas de reducción de jornada por conciliación, se planteó la siguiente hipótesis para cada una de las medidas:

$H_{3.X}$: La medida X es más seguida por mujeres que por hombres.

Tabla 6: Aceptación/Rechazo de la tercera hipótesis sobre el sexo como factor de explicación de mayor uso de las medidas de reducción de jornada por conciliación.

Hip.	Denominación de las hipótesis H_{3X}	ϕ coeficiente de contingencia	Significación	Aceptar / Rechazar
$H_{3.5}$	La reducción de jornada por cuidado de menor de doce años lo disfrutaban más mujeres que hombres	0,132	0,035	ACEPTAR
$H_{3.6}$	La reducción de jornada por cuidado de personas con discapacidad la disfrutaban una mayor proporción de mujeres que de hombres	0,100	1	RECHAZAR
$H_{3.7}$	La reducción de jornada por cuidado directo de familiar es disfrutada por mayor proporción de mujeres que de hombres	0,066	0,298	RECHAZAR
$H_{3.8}$	La reducción de jornada por parto prematuro la disfrutaban las mujeres en mayor proporción que los hombres	0,072	0,335	RECHAZAR
$H_{3.9}$	La reducción de jornada por cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave la utilizan más las mujeres que los hombres	0,080	0,501	RECHAZAR

Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar en la tabla, la mayoría de las hipótesis son rechazadas.

Se podría afirmar que la titularidad indistinta de las medidas de reducción de jornada aumenta la eficacia de las mismas, no siendo el género el factor de explicación de un mayor o menor uso de estas medidas.

Sin embargo, la hipótesis $H_{3.5}$ sobre reducción de jornada por cuidado de menor de doce años lo disfrutaban más mujeres que hombres. La utilización de esta medida en mayor grado por las mujeres, demuestra una vez más que las desigualdades entre ambos sexos persisten como consecuencia de una socialización diferenciada que les hace asumir unos roles u otros. La mujer sigue asumiendo la mayor parte de las cargas familiares y el cuidado de los hijos. Esta falta de corresponsabilidad dificulta la integración, la permanencia en el empleo y el desarrollo de la carrera profesional.

La siguiente hipótesis se definió para analizar la relación existente entre la eficacia de las medidas de reducción de jornada por conciliación y la percepción de la flexibilidad en la empresa para el disfrute de las mismas.

H_{5X} : La eficacia de la medida de reducción X está relacionada con la percepción de la persona encuestada acerca de la flexibilidad que existe en su empresa para el disfrute de la misma

Cabe esperar que en aquellas empresas en las que esté mal visto el uso de las medidas de reducción de jornada para conciliación, se inhibirá a la persona trabajadora en el disfrute de las mismas. Se han establecido dos subhipótesis correspondientes a dos grupos de medidas que relacionan la eficacia de las medidas de reducción de jornada con la flexibilidad de la empresa en relación al disfrute de las mismas.

Tabla 7: Aceptación/Rechazo de la quinta hipótesis sobre la actitud de la empresa como factor de explicación de mayor uso de las medidas de conciliación

Hipótesis	Denominación de las hipótesis H_{5X}	F	Significación	Aceptar / Rechazar
$H_{5.3}$	La eficacia de las reducciones de jornada por conciliación ordinaria (cuidado de menor de doce años, cuidado de persona con discapacidad y cuidado directo de familiares) depende de la percepción que la persona trabajadora tiene de la flexibilidad que existe en su empresa para la utilización de estas medidas de conciliación	2,479	0,045	ACEPTAR
$H_{5.4}$	La eficacia de las reducciones de jornada por conciliación extraordinaria (parto prematuro y cuidado de menor con cáncer o enfermedad grave) depende de la percepción que la persona trabajadora tiene de la flexibilidad que existe en su empresa respecto al disfrute de este tipo de reducciones de jornada	3,774	0,005	ACEPTAR

Fuente: Elaboración propia

Como puede observarse, las dos subhipótesis han sido aceptadas, lo que confirma que existe relación entre la eficacia de las medidas de reducción de jornada por conciliación y la percepción que el trabajador tiene sobre la actitud de la empresa ante la solicitud de estos instrumentos.

Por tanto, si se tiene la percepción de que en la empresa no está bien visto disfrutar de este tipo de medidas, la persona trabajadora estará condicionada a la hora de solicitarlos.

La siguiente hipótesis H_6 , pone en relación la eficacia de las medidas de reducción de jornada por conciliación con la percepción, por parte de la persona encuestada, de

que el uso de las medidas de conciliación puede repercutir negativamente en el desarrollo de la carrera profesional.

H₆: La eficacia de las medidas de reducción de jornada depende de la percepción que la persona trabajadora tiene de que el uso de las mismas puede afectar al desarrollo de su carrera profesional.

A pesar de lo que cabía esperar era que sí existiese relación entre el uso de las medidas y la percepción de que el uso de estas medidas pudiera afectar al desarrollo de su carrera profesional, esta hipótesis ha sido rechazada con una significación del 0,196. No se puede confirmar esta relación.

Muchos de los encuestados reconocen que el uso de las medidas de conciliación puede afectar al desarrollo de su carrera profesional, pero aún así las utilizan.

La siguiente hipótesis que se formuló pone en relación la renta percibida por las personas encuestadas y la eficacia de las medidas que implican reducción de jornada y la correspondiente reducción de renta.

Tabla 8: Aceptar / Rechazar de la hipótesis sobre los ingresos mensuales como factor de explicación de la eficacia de las medidas de reducción de jornada.

Hip.	Denominación de las hipótesis H _{7x}	t-Student	Significación	Aceptar / Rechazar
H _{7.1}	Las personas con rentas altas valoran más la eficacia de las medidas de conciliación con reducción de jornada por conciliación ordinaria	1,322	0,187	RECHAZAR
H _{7.2}	Las personas con rentas más altas valoran más la eficacia de las medidas de conciliación, con reducción de jornada, por conciliación extraordinaria	0,582	0,561	RECHAZAR
H _{7.6}	El índice de eficacia de la reducción de jornada por conciliación ordinaria depende del nivel de ingresos	1,747	0,187	RECHAZAR
H _{7.7}	El índice de eficacia de la reducción de jornada por conciliación extraordinaria depende del nivel de ingresos mensuales	0,582	0,561	RECHAZAR

Fuente: Elaboración propia

Todas las hipótesis planteadas han sido rechazadas por lo que entendemos que la eficacia de las medidas de reducción de jornada por conciliación no está relacionada con el nivel de ingresos mensuales.

4. CONCLUSIONES

Del análisis empírico hemos extraído las siguientes conclusiones:

- En general, el uso de las distintas medidas de reducción de jornada por conciliación es mucho menor de lo que cabría pensar, por lo que ha sido conveniente analizar las causas que podrían estar motivando estas bajas tasas de uso.
- El grado de conocimiento de las distintas medidas de reducción de jornada por conciliación es muy diferente en función de qué medidas se trate. La medida de reducción de jornada por cuidado de un menor de 12 años es la medida más conocida.

- Un mayor conocimiento de las medidas de reducción de jornada incide positivamente en el uso y disfrute de éstas. Esto significa que las campañas de difusión de las mismas y la implementación de los planes de igualdad en las empresas promoverán la utilización de estas medidas por las personas trabajadoras.
- En general, las mujeres no utilizan más las medidas de conciliación que los hombres. La titularidad indistinta de estas medidas aumenta la eficacia de las mismas, no siendo el sexo el factor de explicación de un mayor o menor uso de las medidas. Sólo la medida de reducción de jornada por cuidado de un menor de 12 años es más utilizada por las mujeres que por los hombres.
- Se confirma la relación entre la valoración de las distintas medidas de reducción de jornada y la percepción que el trabajador tiene sobre la actitud de la empresa ante la solicitud de estos tipos de medidas. Por tanto, se aprecia que el contexto socio-cultural de la persona trabajadora condiciona a ésta a la hora de utilizar los instrumentos de conciliación. Igualmente, la implementación de planes de igualdad en la empresa podría mitigar estos condicionantes.
- No hay relación entre la solicitud de medidas de reducción de jornada y que el trabajador perciba que le puede afectar a su carrera profesional. No obstante, hay un nutrido número de personas encuestadas que se manifiestan de acuerdo o muy de acuerdo con que la solicitud de estas medidas puede afectar a su carrera profesional. Y, a pesar de ello las utilizan. Esto podría hacernos pensar que un número importante de personas trabajadoras están renunciando al desarrollo de su carrera profesional por conciliar su vida personal y familiar.
- No existe relación entre la renta de las personas encuestadas y la valoración que hacen de las distintas medidas de reducción de jornada. Sin embargo, las personas que tienen ayuda familiar o tienen contratado a terceros son las que más valoran la eficacia de las medidas dado el coste familiar y económico que les supone.

Capítulo XXII. El acoso laboral desde la óptica jurisprudencial

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

Resumen

El estudio tiene como objetivo analizar el acoso laboral (*mobbing*) a través de la jurisprudencia. El órgano judicial ha dictado un cúmulo de sentencias que aporta, entre otros, su definición y las diferencias existentes entre el acoso laboral con otros síndromes que los trabajadores suelen confundir. En el que se evidencian diferentes criterios entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, sobre todo a la hora de diferenciar el acoso laboral con las tensiones arbitrarias del empresario o el abuso del poder empresarial. Por tanto, se analizan las sentencias habidas para que el lector pueda entender las diferencias existentes que engloba la figura de estudio, por ejemplo, con otros síndromes que el trabajador suele confundir, y los elementos configuradores del acoso. Así como la constatación de que el hostigamiento psicológico se presenta tanto en la Administración Pública como en la empresa privada.

Abstract

The study aims to analyze mobbing through case law. The court has issued a host of judgments which provides, inter alia, their definition and the differences between mobbing with other syndromes that workers often confused. In which different criteria between different High Courts, especially in differentiating workplace harassment with arbitrary tensions entrepreneur or abuse of corporate power are evident. There foreit gotten sentences so that there can understand the differences that figure includes the study, for example, with other syndromes that workers often confused, and harassment configuring elements are analyzed. And there realization that psychological harassment occurs in both public administration and private enterprise.

1. INTRODUCCIÓN

El acoso laboral es una nueva situación social que afecta a un considerable número de personas en términos considerados inconvenientes e injustos. Según una investigación realizada en la Universidad de Alcalá (España), son más de un millón y medio de trabajadores –ello supone un 11,4 % de la población activa española– los que han sido víctimas de acoso laboral en la empresa, de modo que tanto las personas afectadas como el resto de las personas del grupo social toman clara conciencia de que pueden y deben hacer algo para corregirla a través de acciones individuales sea, sobre todo, de medidas colectivas, a raíz de la emersión de un juicio de disvalor o reproche por considerar la situación como socialmente indeseable¹. La figura del acoso laboral ha sido estudiada desde hace tiempo, desde varias ópticas, en el que no existe una definición universal del mismo, comparándole con la violencia, e incluso se le ha calificado como asesinato psíquico o psicoterror.

La ciencia jurídica y la jurisprudencia han mostrado su interés en relación al acoso laboral. La víctima de esta situación, en la actualidad, se encuentra sufriendo las consecuencias de un tiempo de creación jurisprudencial cumpliendo su fin de complementar o llenar la laguna o vacío legal dejada por el legislador. Es indiscutible que el tratamiento de este fenómeno requiere un equipo especializado para un proceso

¹ PIÑUEL Y ZABALA, I.: “La evaluación y diagnóstico del mobbing o acoso psicológico en la organización: el barómetro Cisneros”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 22, núm. 3, 2006, págs. 309 – 332.

individualizado, incardinado al enfoque jurídico. Lo realmente novedoso es el tratamiento jurídico que llevan a cabo los Tribunales, a través de la analogía, por el vacío legal existente sobre la materia en cuestión, por no encontrarse regulada a nivel normativo y convencional.

Esta situación ha generado una serie de dudas legales, no tanto en el tratamiento jurídico en relación al acoso laboral, sino a las consecuencias legales que provienen de este hostigamiento psicológico para el empresario como para los mismos trabajadores; y más aún desde la prevención². El objeto de este estudio es analizar el acoso laboral (*mobbing*) a través de la jurisprudencia. El órgano judicial ha dictado un cúmulo de sentencias que aporta, entre otros, su definición y las diferencias existentes entre el acoso laboral con otros síndromes que los trabajadores suelen confundir. En el que se evidencian diferentes criterios entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, sobre todo a la hora de diferenciar el acoso laboral con las tensiones arbitrarias del empresario o el abuso del poder empresarial. Por tanto, se analizan las sentencias habidas para que el lector pueda entender las diferencias existentes que engloba la figura de estudio, por ejemplo, con otros síndromes que el trabajador suele confundir, y los elementos configuradores del acoso. Así como la constatación de que el hostigamiento psicológico se presenta tanto en la Administración Pública como en la empresa privada.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ACOSO LABORAL

La jurisprudencia española ha establecido unos parámetros para determinar si las conductas efectuadas por el empresario puedan constituir indicios de acoso laboral³, al configurar para ello cuatro elementos⁴:

² Vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y KAHALE CARRILLO, D.: “Las enfermedades psicosociales y su consideración como enfermedad del trabajo”, *Anales de Derecho (Universidad de Murcia)*, Vol. 3, núm. 2, 2015.

³ STSJ de Castilla y León, de 28 de febrero de 2005.

⁴ La STSJ Galicia de 22 de julio de 2014, perfila el concepto de acoso laboral: «Con relación a la existencia del acoso laboral, aunque no existe una definición legal, se pueden destacar, de acuerdo con los estudios doctrinales más solventes, los siguientes elementos básicos de esa conducta que son: a) la intención de dañar, ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo; b) la producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales; c) el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático. Son situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada, y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador del empleo, al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido».

La sentencia del TSJ de Madrid, de 22 de diciembre de 2011 señala que «la figura del acoso laboral se caracteriza, por un lado, por un elemento objetivo, o acción efectuada por el empresario o los propios trabajadores, y caracterizada por varios elementos: su carácter rechazable, por constituir una forma de menosprecio de la persona indeseable por parte de su destinatario, y de naturaleza injusta, en el sentido de que el sujeto pasivo no está obligado a soportar esa conducta; su carácter grave, gravedad que debe percibirse en sentido objetivo con arreglo a parámetros socialmente establecidos, siendo en este punto de interés resaltar la necesidad de diferenciar entre la vivencia psicológica subjetiva de acoso que puede experimentar una persona y la existencia objetiva y real del mismo; el carácter persistente en el tiempo de la agresión, descartando los actos puramente ocasionales o sin relevancia para revelar un determinado propósito. Por otro lado, se caracteriza por un elemento subjetivo o teleológico: la finalidad específica del sujeto hostigador, que consiste en minar psicológicamente al acosado, y así lograr de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido, normalmente la renuncia del trabajador a algo que le corresponde en derecho (ascenso, permanencia en la empresa, etc.)».

1) «El hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una persona o conjunto de personas», que no debe confundirse con una simple situación de tensión en el sitio de trabajo. Se requiere para que pueda concurrir este requisito, que la víctima sea objeto de varias conductas que conformen en su totalidad una perspectiva de maltrato moral, una denigración o vejación del trabajador. Los comportamientos realizados por el empleador, principalmente, son acciones encaminadas a aislar al trabajador de su ámbito laboral, fijándole tareas excesivas o privándole de trabajo efectivo u ordenándole tareas de difícil realización. Todo ello, con el fin de agobiarle y desacreditarle como una persona incompetente, sin permitirle la comunicación con sus compañeros de trabajo, incluso de aislarlo con el resto del personal⁵.

2) «Carácter intenso de la violencia psicológica», es decir, las conductas realizadas por el sujeto activo deben ser graves (intensa o extrema). No puede constituirse el acoso laboral cuando la violencia psicológica sea leve o menor que no produzca daño en persona normal, requiriéndose que el hostigamiento posea un alto grado de intensidad. En el supuesto que no exista dicha intensidad, y la víctima resulta afectada, la patología tendría que ver más con la propia personalidad del trabajador que con la real hostilidad del entorno laboral. Dicho en otros términos, el fin del acoso laboral es la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral⁶.

No obstante, el requisito de la intencionalidad como el de la duración en el tiempo parece suavizarse en el Derecho Comunitario, a través de las Directivas 2000/43 del Consejo de 29 de junio de 2000, 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000, 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002. Así, la duración o reiteración deberá determinarla el intérprete en cada supuesto concreto, y no resulta imprescindible que quienes acosan lo hagan por una intencionalidad u objetivo; por lo que es suficiente que los efectos producidos contengan un ataque contra la dignidad de la persona que lo padece o se haya creado un entorno hostil, degradante o humillante⁷.

3) «Prolongada en el tiempo». No es suficiente que el hostigamiento se presente como una conducta aislada y se origine en un momento muy concreto, se requiere que la violencia ejercida por el acosador de forma intensa tenga una cierta duración de seis meses⁸. Este plazo tiene que ser interpretado de manera flexible, dado que lo importante es la idea de continuidad en la violencia, ordenada a un fin determinado: la destrucción psicológica o moral del trabajador. Dicho en otras palabras, no puede basarse en hechos aislados, sino de conductas, expresión sinónima de comportamiento o proceder y, por ende, opuesto a hechos aislados⁹.

Por tanto, para que pueda apreciarse la existencia de acoso laboral es necesario que la actuación sea sistemática y prolongada en el tiempo. En este sentido, la incapacidad temporal por estrés no acredita sin más la existencia de acoso. Sin embargo, la

⁵ «De tales hechos falta el elemento de hostigamiento entendido como actitud reiterada y mantenida a través del tiempo en orden a minar la resistencia psicológica del trabajador». STSJ de Cataluña, de 17 de mayo de 2006. En este mismo sentido, se ha establecido que no toda situación de tensión en el desarrollo de la relación laboral puede merecer la consideración de acoso moral. Debe distinguirse entre una situación de verdadera hostilidad, vejación o persecución sistemática de lo que puede ser la exigencia rigurosa de determinado comportamiento laboral. STSJ de Madrid, de 16 de mayo de 2006.

⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 7 de marzo de 2007.

⁷ STSJ de Madrid, de 15 de enero de 2010.

⁸ Periodo que señala el INSHT en la Nota Técnica preventiva núm. 476.

⁹ STSJ de Cataluña, de 27 de julio de 2006.

asignación de tareas no acordes con la categoría profesional supone un perjuicio en la formación profesional, un incumplimiento grave de las obligaciones del empresario y una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que justifica la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 50.1 a) y c) del ET¹⁰.

4) «Que tenga como finalidad dañar psíquica o moralmente al trabajador, para marginarlo de su entorno laboral». Este requisito «es el que sirve de nexo o conductor, dotando de entidad y sustantividad propias al conjunto de actos aislados y espaciado el tiempo, que integran la conducta de acoso. Hay que tener en cuenta que la intencionalidad puede ser un elemento plenamente consciente o premeditado o puede existir de forma larvada, formas de rechazo y hostilidad hacia la víctima, el propio acosador puede no racionalizar conscientemente, pero que pueden manifestar de forma más o menos subconsciente la intencionalidad oculta de su entorno de trabajo»¹¹.

El acoso laboral, sin embargo, no se determina solo por la subjetiva vivencia del trabajador, sino que requiere de datos objetivos. Una cosa es que el trabajador se sienta acosado y otra muy distinta es que el acoso laboral se haya producido de forma objetiva, para lo que es preciso que concorra la reiterada y maliciosa conducta de hostigamiento que la define. Hay que destacar que el acoso laboral, como conducta empresarial vulneradora de derechos fundamentales de los trabajadores es incumplimiento laboral grave de las obligaciones de la empresa¹².

Hay que resaltar que la jurisprudencia ha señalado un quinto elemento, que no se ha hecho mención por ser polémico entre la doctrina y la propia jurisprudencia a la hora de elaborar el concepto de acoso laboral. Este requisito se refiere a si es exigible o no que se produzcan daños psíquicos en la víctima. Del cual existen dos tipos de acoso: el simple y el moral. El primero se sustenta en el daño a la integridad o salud psíquica, y el segundo en el daño moral. Los seguidores de este requisito son de la opinión que para constituir acoso laboral debe causarse un daño psíquico a la víctima; mientras que el sector contrario entiende «que el atentado contra la integridad moral del trabajador se produce, no sólo cuando concurre daño psíquico, que afecta a la salud mental del trabajador, sino también cuando la persona afectada por el hostigamiento presenta dolor moral intenso, consecuencia de la vejación y denigración de que es objeto, pues esto constituye también un daño en su integridad moral»¹³, que puede ir concatenado con la angustia, la tristeza y el dolor.

La disyuntiva se presenta cuando la víctima no haya disfrutado de periodos de baja por incapacidad temporal a consecuencia por las patologías relacionadas al hostigamiento laboral como estrés y depresión, entre otras, para demostrar el daño. La gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia avalan que no existe la necesidad de acreditar el daño a través de la incapacidad, puesto que convierte a este ilícito en una realidad incompleta o no consumada sin la demostración de este efecto dañoso; ya que

¹⁰ STSJ de Cataluña, de 26 de enero de 2012.

¹¹ STSJ de Castilla y León, de 28 de febrero de 2005. La existencia de una baja laboral por conflictos en el trabajo no puede integrar sin más la situación de hecho de acoso laboral; asimismo, el que la trabajadora haya tenido éxito en algunas de las reclamaciones hacia la empresa no significa que la postura de la misma suponga acoso laboral. Sostener lo contrario sería tanto como considerar que siempre que se estima una demanda de un trabajador significa que la empresa ha incurrido tal conducta. STSJ de Extremadura, de 30 de abril de 2013.

¹² STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de noviembre de 2008.

¹³ STSJ de Extremadura, de 30 de abril de 2013.

se estaría ante un concepto legal definido por el resultado y no quedaría, por ende, completado por la acción en sí misma¹⁴. En este sentido, en un supuesto en el que un trabajador, miembro del comité de empresa, que solicita extinción de la relación laboral por sufrir situación de acoso laboral. Es necesario que el trabajador aporte un principio de prueba y no una simple conjetura. El hecho de que el trabajador hubiera estado en situación incapacidad temporal por enfermedad común derivada de ansiedad, habiendo causado alta por la inspección, no acredita el concurso de una situación de acoso laboral¹⁵.

No obstante, el diagnóstico se demuestra con un informe psiquiátrico, por tener mayor rigor científico que de un médico no especialista¹⁶, en el que se refleja el análisis de la víctima, independientemente que éste haya tenido baja laboral o no¹⁷. En consecuencia, el informe psiquiátrico es un elemento fundamental para determinar las consecuencias patológicas del trabajador hostigado ante el órgano jurisdiccional. Empero, la permanencia de la enfermedad, la necesidad de asistencia médica para la curación y la imposibilidad de trabajar impiden que se pueda cursar la correspondiente alta médica en tanto no se haya superado el período máximo de duración previsto legalmente. Al producirse el alta médica por parte del INSS no resultando acreditado que el trabajador estuviera en condiciones de reintegrarse a su trabajo habitual, siendo así que de los propios informes médicos de los especialistas que la venían tratando derivaba que se mantenía la misma sintomatología de carácter ansioso-depresivo, máxime cuando en el trabajo permanecía el ambiente de acoso laboral generador de su patología, aconsejándose por dichos profesionales el mantenimiento de la baja laboral, y siendo ello así, resulta inaceptable que se procediese a emitir el alta¹⁸.

La existencia de una baja laboral por conflictos en el trabajo no puede integrar sin más la situación de hecho de acoso laboral; asimismo, el que el trabajador haya tenido éxito en algunas de las reclamaciones hacia la empresa no significa que la postura de la misma suponga acoso laboral. Sostener lo contrario sería tanto como considerar que siempre que se estima una demanda de un trabajador significa que la empresa ha incurrido tal conducta¹⁹.

Vistas las anteriores concepciones se puede delimitar el concepto jurídico de acoso laboral, en un plano descriptivo, analítico y detallado, como aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que

¹⁴ ESCUDERO MORATALLA, J. Y POYATOS I MATAS, G.: *Mobbing: Análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 163.

¹⁵ STSJ de Cataluña, de 24 de enero de 2012.

¹⁶ STSJ de Murcia, de 8 de julio de 2008.

¹⁷ Vid. VELASCO PORTERO, M.T.: “El despido del trabajador enfermo, ¿improcedencia o nulidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014. VELASCO PORTERO, M.T.: “Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada”, *Documentación Laboral*, 100-1, 2014, págs. 53-70. VELASCO PORTERO, M.T.: “El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41, 2015.

¹⁸ STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 de noviembre de 2013.

¹⁹ STSJ de Extremadura, de 30 de abril de 2013.

conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido²⁰.

Dicho en otras palabras, el acoso laboral es «una situación de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y a través de mecanismos diversos, en especial mediante la implantación de medidas organizativas (así, no asignación de tareas o encargo de funciones inadecuadas, degradantes, de imposible cumplimiento...) y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral (tales como impedir la relación con los compañeros de trabajo o con clientes, medidas de ataque a su persona a través de críticas hirientes, vejaciones, burlas, insultos, amenazas, rumores...), todo lo que produce al afectado alteraciones psicosomáticas de ansiedad y, en ocasiones, su abandono del trabajo al no poder soportar el estrés al que se halla sometido»²¹.

Finalmente, la concurrencia de una situación de acoso laboral determinante de una lesión psíquica en la persona del trabajador por sí misma, y con independencia de las consecuencias laborales que ha de producir, constituye una lesión de derechos fundamentales del mismo, lo que implica el nacimiento del derecho a obtener en el propio proceso una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de tal situación psíquica, adicional a la correspondiente por extinción contractual²². Hay que destacar, no obstante, que el *dies a quo* para el arranque del término prescriptivo de un año a que se refiere el artículo 59.2 del ET, en los supuestos de acoso laboral, ha de situarse en la fecha en que las secuelas psíquicas supuestamente derivadas del hostigamiento hubieran curado o pudieran estimarse como consolidadas y no la fecha del último acto supuestamente hostil cometido²³.

3. ACOSO LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La primera sentencia del Tribunal Supremo que ha reconocido el acoso laboral en la Administración Pública es de 23 de junio de 2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo²⁴. De la cual condena a la organización pública a una indemnización de daños y perjuicios a un funcionario al que no le daba ocupación, en vista que le destinó a un sótano sin realizar ninguna actividad. El sitio, además de no tener ventilación, no tenía luz natural. Por otro lado, al funcionario se le rechazaban los partes de baja por depresión ansiolítica con somatización de síntomas, y, a su vez, se le imponían ciertas sanciones que fueron revocadas, posteriormente por vía judicial.

Grosso modo el Alto Tribunal señala que «al mantener al funcionario durante la jornada de trabajo de trabajo en un sótano sin ventilación ni luz natural, sin darle ocupación de ningún tipo; porqué cuando el funcionario solicita la baja por enfermedad, con apoyo en un certificado médico que acredita que procede la baja laboral, se le contesta con un oficio en que el Presidente de la Corporación local rechaza la petición

²⁰ STSJ de Valencia, de 6 de febrero de 2013.

²¹ STSJ de Galicia, de 4 de noviembre de 2003, 26 de noviembre de 2004, 23 de junio de 2006, 17 de noviembre de 2006, 5 de febrero de 2007 y 22 de julio de 2008.

²² STS de 20 de septiembre de 2011.

²³ STSJ de Cataluña, de 22 de julio de 2008.

²⁴ Rec. 3715/1997.

con el escalofriante argumento de que “su actual situación en el trabajo pasa por la inactividad absoluta”; porqué a cada certificado médico que presenta se le contesta exigiéndole otro expedido por especialistas diferente, siendo así que cada certificado corrobora al anterior; porqué se expedienta al funcionario por unos hechos cuya producción había anunciado en varias ocasiones como inevitables dado el mal estado de los filtros. Actuaciones (que) constituyen una forma de acoso moral sistemáticamente dirigido contra el funcionario público reclamante, carentes de toda justificación»²⁵.

Como puede observarse el hostigamiento laboral también tiene incidencia, además del nivel empresarial, en la Administración Pública, de la cual los funcionarios tienen un estatuto especial al regirse por unas normas distintas a las laborales que imposibilitan notablemente la posibilidad de rescisión contractual; motivo por lo que el acoso florece como una estratagema inmediata y tentadora ante la finalidad de abandonar de manera voluntaria la plaza por parte del propio funcionario acosado²⁶. Lo más relevante de este acontecimiento jurisprudencial es el hecho de haberse reconocido el acoso laboral, tras haberse solicitado en diferentes juicios y por distintos funcionarios, en que nunca pudo declararse tal situación. Ello demuestra, evidentemente, que esta lacra siempre ha estado presente en la organización pública y el juzgador había hecho caso omiso a este fenómeno.

A raíz de aquella sentencia el órgano judicial se ha pronunciado en diversas sentencias, tanto en el reconocimiento del hostigamiento como en la denegación del mismo, por ejemplo, un trabajador que acredita desavenencias con la Administración Pública con sus sucesivos puestos de trabajo, siendo el diagnóstico de la última baja el acoso laboral. Aquel debe demostrar que su dolencia psíquica tiene por causa exclusiva la ejecución de su trabajo, además de que la conducta empresarial, invocándose acoso laboral, debe ser grave esencialmente de manera que provoque un entorno negativo susceptible de perjudicar la integridad psíquica del trabajador y de originar por si sola aquella reacción, y ello no solo desde la perspectiva subjetiva de quien la padece, sino objetivamente considerada. En este tipo de trastornos, la personalidad y el carácter del sujeto que los padece revisten gran importancia, precisamente porque no afectan igual a uno u otro tipo de persona, y siendo la enfermedad descrita de carácter común, su conversión al calificativo de profesional requiere de la cumplida y estricta acreditación explicitada en el art. 115.2 e) de la LGSS. Por otro lado, el EVI señala en el dictamen-propuesta la posibilidad de que pudiera tener influencia en su situación psíquica el ambiente laboral, no siendo propio de un informe médico opiniones sobre la situación del trabajador en el centro de trabajo²⁷.

En el mismo sentido, un trabajador despedido por las denuncias publicadas en un medio de información, relativas al presunto acoso laboral de la que era víctima por parte del Alcalde. La jurisprudencia menor ha señalado que en este supuesto las afirmaciones del trabajador tergiversan la realidad y son en gran medida inveraces, y no suponen legítimo ejercicio del derecho fundamental a comunicar información veraz. Atribuir falsamente a un empresario la realización de actos de persecución injusta contra un

²⁵ Vid. El análisis de la sentencia en MOLINANAVARRETE, C.: “Una «nueva» patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing)”, *Diario La Ley*, núm. 5436, año XXII, 10 de diciembre de 2001, págs. 1-12.

²⁶ ESCUDERO MORATALLA, J. Y POYATOS I MATAS, G.: *Mobbing: Análisis multidisciplinar y estrategia legal*, op. cit., págs. 305-306.

²⁷ STSJ de Castilla y León, de 30 de marzo de 2011.

empleado, valorables como constitutivos de acoso laboral, debe calificarse como una «ofensa verbal». Dos circunstancias incrementan la gravedad de la conducta del trabajador, por una parte, haberse realizado las imputaciones en un medio de prensa de considerable circulación en el territorio insular, con la consiguiente alta repercusión de las mismas, finalidad, a no dudar, buscada. Por otra, la condición de cargo público sujeto a elección popular del afectado²⁸.

El acoso en el trabajo, en la medida que implica un ataque a la salud e integridad psico-física de los empleados públicos, constituye un incumplimiento por la Administración empleadora de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales denunciante ante la jurisdicción social, y también un atentado contra los derechos fundamentales del afectado, cuya tutela no le corresponde a los tribunales laborales. Esta dicotomía puede determinar que los órganos del orden social asuman o rechacen su competencia para conocer de las acciones por acoso laboral de los funcionarios y del personal estatutario atendiendo a su planteamiento y encauzamiento procesal. Si la acción ejercitada no es otra que la de tutela de derechos fundamentales como consecuencia de sufrir acoso en su puesto de trabajo, que no de reclamación en materia de prevención de riesgos laborales, en atención a su condición de personal estatutario, la competencia para el conocimiento de esta acción corresponde a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo²⁹.

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y COMPETENCIA JUDICIAL

En cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública³⁰, EL Alto Tribunal ha señalado que «es sabido que la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico, tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución, sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c)

²⁸ STSJ de las Islas Baleares, de 7 de abril de 2006.

²⁹ STSJ de Andalucía, de 3 de julio de 2014.

³⁰ STSJ de Castilla y León, de 14 de noviembre de 2014.

Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta»³¹.

Por tanto, la nota esencial del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es su carácter objetivo o de resultado³². De manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de aquella, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, lo cual supone que aún en condiciones de normalidad del servicio público, la obligación de indemnizar el daño surge con total independencia de la valoración reprochable de la conducta que lo pudiera haber causado y su antijuridicidad o ilicitud se produce por la mera inexistencia, en el particular lesionado, del deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley, debiendo identificarse el servicio público con toda actuación, gestión, actividad o tarea propias de la función administrativa que se ejerce. Incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de determinado modo³³, homologándose como servicio público a los fines del artículo 106.2 de la Constitución Española toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad, con resultado lesivo³⁴.

Asimismo, es reiterada la jurisprudencia que declara que es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Ello, no obstante, el Alto Tribunal señala que «sobre la existencia de nexo causal con el funcionamiento del servicio, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir»³⁵. No obstante, «la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico»³⁶.

Ahora bien, concretamente en los supuesto de acoso laboral en el ámbito de la relación funcionarial, la jurisprudencia menor ha dispuesto que «la posibilidad jurídica de la producción de supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración no sólo en relaciones externas con terceros ciudadanos (...) Por eso importa subrayar que el sujeto activo de la relación jurídica de responsabilidad extracontractual por funcionamiento de un servicio público puede ser lo mismo un sujeto público que uno privado y de este tipo, un simple particular o un servidor público»³⁷.

³¹ STS de 12 de julio de 2007.

³² STS de 8 de febrero de 2001.

³³ STS de 18 de abril de 2007.

³⁴ STS de 12 de julio de 2007.

³⁵ STS de 17 de abril de 2007.

³⁶ STS de 14 de octubre de 2003.

³⁷ STSJ de Andalucía, de 9 de junio de 2005.

En este sentido, la doctrina sobre el acoso laboral tomada fundamentalmente de la jurisdicción social es perfectamente trasladable al ámbito del Derecho Administrativo, dado que se admite pacíficamente la responsabilidad patrimonial en una relación funcional y, por ende, debe potencialmente admitirse la apreciación en el seno de una relación del tipo indicado de un supuesto de acoso y, en su caso, el reconocimiento de la correspondiente indemnización. Por tanto, en «la Administración pública, el carácter más intensamente reglamentado de la organización del trabajo, junto a su mayor grado de homogeneidad, la prevalencia del principio de jerarquía y el mayor conservadurismo reinante, facilitan, sin duda alguna, la aparición del acoso moral como forma de sutil coacción psicológica. El carácter estatutario y no laboral de la relación que une al funcionario con la Administración Pública, no puede impedir, en forma alguna, la persecución de las conductas acosadoras»³⁸.

Por consiguiente, «este asunto del acoso laboral o *mobbing* que no constituye una novedad en el ámbito de las relaciones laborales en cualquiera de sus manifestaciones, bien en la empresa o en la función pública, posee dos vertientes distintas de examen ya sea desde el punto de vista médico o jurídico, pero que, en último término, ambas necesariamente confluyen, de modo que han de coincidir las dos para que pueda afirmarse que existe en el caso concreto esa situación objetiva de acoso. Desde esos dos puntos de vista se define el acoso laboral –*mobbing*– como aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido»³⁹.

En cuanto a la competencia judicial, en el supuesto del acoso laboral sufrido por un funcionario en una Corporación local. La jurisprudencia menor ha señalado que la demanda no se refiere a una cuestión litigiosa entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo ni tampoco al cumplimiento de obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, sino que el objeto del litigio se refiere a una cuestión de derechos fundamentales por acoso laboral, ocurrida en el seno de una relación funcional, la competencia le corresponde al Orden Contencioso-Administrativo⁴⁰. La competencia objetiva le corresponde, por tanto, al Orden Contencioso-Administrativo al tratarse de la tutela de una pretensión basada en la vulneración de derechos fundamentales⁴¹.

5. EL ACOSO LABORAL Y OTROS SÍNDROMES

Existen otras figuras de parecido perfil, las cuales presentan, no obstante, diferente naturaleza, provocadas por el desajuste entre el puesto de trabajo y la organización; así sucede con el estrés, como respuesta fisiológica, psicológica y de comportamiento del individuo que intenta adaptarse y ajustarse a presiones internas y externas. Detectado un

³⁸ STSJ de Madrid, Sala Social, de 10 de diciembre de 2007.

³⁹ STS de 16 de febrero de 2011.

⁴⁰ STSJ de Galicia, de 14 de julio de 2014.

⁴¹ STSJ de las Islas Baleares, de 14 de mayo de 2014.

problema de estrés, de depresión o de ansiedad reactiva al trabajo, el empresario tiene obligación de identificarlo, analizando la organización de las condiciones de trabajo, el entorno y, por supuesto, los factores subjetivos⁴². Por tanto, el hecho de que el proceso de incapacidad temporal sea calificado como derivado de accidente de trabajo no supone sin más la aplicación de un recargo por falta de medidas de seguridad. La mala relación con su jefe y la situación de conflictividad laboral no implica que necesariamente pueda existir acoso laboral⁴³.

Aunque el acoso laboral no tiene una definición legal global, ha venido manteniéndose que se trata de conductas no deseadas que tienen por objeto atentar contra la dignidad de una persona, creando un entorno humillante u ofensivo para la misma y siendo una situación en la que la persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática, durante un tiempo prolongado. Una conducta abusiva y reiterada integrada por comportamientos, palabras o actitudes que lesionan la dignidad del trabajador y que ponen en peligro o degradan sus condiciones de trabajo. No constituyen acoso laboral, en este caso, los ataques puntuales y de duración limitada que tienen otras vías para ser sancionados o erradicados⁴⁴.

Por tanto, no puede confundirse el acoso laboral con los conflictos laborales que puedan originarse. Por ejemplo, el trastorno de ansiedad que padece el trabajador tiene su origen en la situación laboral, pero no fruto de conductas incumplidoras del empresario, sino propiciado por su percepción subjetiva que le produce la lógica tensión emocional⁴⁵.

Asimismo, resulta de interés resaltar cómo debe de diferenciarse el acoso laboral y el defectuoso o inadecuado ejercicio de los poderes empresariales⁴⁶, toda vez que cualquier conflicto en la empresa no determina necesariamente la presencia de un hostigamiento laboral⁴⁷; dado que existen muchas prácticas empresariales que, aun ilícitas, por no cumplir con lo legalmente previsto para su admisibilidad por la normativa de aplicación, se adoptan con la intención de atender a los fines que desde el ordenamiento mismo justifican el ejercicio de ese poder empresarial. Como puede ser una decisión sobre cambio de condiciones de trabajo⁴⁸, o sobre movilidad, o la imposición puntual de una sanción por disminución de rendimiento, aunque ello haya supuesto una alteración de la salud psicofísica de la persona sancionada.

No considerándose como constitutivo de acoso laboral una reprimenda concreta⁴⁹, o una discusión puntual ocurrida un único día, por desavenencias en el desempeño del trabajo, que incluyen diversas críticas a su realización, aunque diera lugar a una situación de incapacidad temporal por ansiedad⁵⁰, o la atribución de funciones que se corresponden con las de una inferior categoría⁵¹, o el ejercicio normal del poder

⁴² STSJ de Madrid, de 11 de abril de 2007.

⁴³ STSJ de Cataluña, de 13 de marzo de 2015.

⁴⁴ STSJ de Castilla y León, de 18 de abril de 2013.

⁴⁵ STSJ de Canarias, de 23 de julio de 2014.

⁴⁶ STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de mayo de 2014. *Vid.* STSJ de Galicia, de 12 de septiembre de 2002, STSJ de Canarias, de 15 de octubre de 2007, STSJ de Cataluña, de 6 de septiembre de 2005.

⁴⁷ STSJ de Castilla-La Mancha, de 4 de diciembre de 2006.

⁴⁸ STSJ de Cataluña, de 19 de septiembre de 2008.

⁴⁹ STSJ de Andalucía, de 8 de mayo de 2007.

⁵⁰ STSJ de Cataluña, de 1 de octubre de 2008.

⁵¹ STSJ de Madrid, de 9 de julio de 2007.

disciplinario⁵². En definitiva, es consustancial a la propia relación laboral la existencia del conflicto, derivada de la diferencia de intereses, sin que ello necesariamente comporte la existencia de acoso laboral⁵³. No siéndolo una llamada de atención general de un superior, realizada públicamente a varios trabajadores de modo correcto, por no alcanzar los rendimientos perseguidos, aunque diera lugar a incapacidad temporal por trastorno de ansiedad excesiva⁵⁴. Ni tampoco una modificación de las condiciones de trabajo que hayan sido mutuamente acordadas⁵⁵, o que, acogiéndose al Convenio Colectivo, se realice la distribución de la jornada de forma irregular⁵⁶.

Una mera discrepancia, contrariedad o tensión generada en el trabajo o por el trabajo no puede calificarse como acoso, que es, más bien, o consiste en la creación de un ambiente hostil, hasta hacerlo insoportable para el trabajador. Por lo que se manifestará de forma nociva para él y caracterizado (el ambiente o entorno de bajeza), por la transferencia de diversas proyecciones negativas tendentes al menosprecio o desprecio, al que el sujeto activo (singular, plural o colectivo) desearía enlazar la pérdida de la autoestima, el derrumbamiento psicológico, la flojedad o debilitamiento espiritual, la humillación o cualquier otra consecuencia relativa, en una extensa manifestación, como sufrimiento o castigo caprichoso y arbitrario para la víctima⁵⁷.

Hay que resaltar que, con gran frecuencia, el acoso se realiza de una forma sutil o enmascarada, a través de acciones que aparecen como aparentemente neutras, lo que indudablemente dificulta su constatación y su calificación⁵⁸. En todo caso, resulta necesaria la identificación de la persona física que se considera que es la causante del pretendido acoso, no bastando con una alusión o denuncia de índole genérica⁵⁹. Teniendo en cuenta que, al afectar a derechos fundamentales de la persona debe diferenciarse de lo que pueda constituir un mero ejercicio defectuoso o inadecuado de los poderes empresariales (de dirección, sancionador), que junto a perseguir una distinta finalidad (el hostigamiento del trabajador en un caso, el interés empresarial en otro, respectivamente), comportan también la existencia de una distinta respuesta jurídica frente a una y otra actuación⁶⁰.

Los mecanismos de acoso laboral admiten pluralidad de formas (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, agresiones verbales por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones), y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de

⁵² STSJ de Madrid, de 13 de diciembre de 2006.

⁵³ STSJ de Cataluña, de 19 de septiembre de 2008 y STSJ del Principado de Asturias, de 24 de octubre de 2008.

⁵⁴ STSJ de Andalucía, de 15 de octubre de 2008, STSJ de Extremadura, de 19 de junio de 2008, y STSJ de Galicia, de 26 de septiembre de 2008.

⁵⁵ STSJ de Andalucía, de 13 de julio de 2008.

⁵⁶ STSJ de Castilla-La Mancha, de 30 de abril de 2009.

⁵⁷ STSJ de Murcia, de 22 de diciembre de 2004. «El conflicto y el acoso moral no son realidades correlativas. Por un lado, todo conflicto no es manifestación de un acoso moral, de donde la existencia de acoso moral no se prueba con la simple existencia de un conflicto. Por otro lado, la ausencia de un conflicto explícito no elimina la existencia de acoso moral, al resultar factible su manifestación externa en un conflicto larvado, aunque, unido a otros indicios, la existencia de conflicto explícito puede ser un indicio ciertamente no determinante a la vista de la posibilidad de conflicto sin acoso moral de la existencia de un acoso moral». STSJ de Galicia, de 8 de abril de 2003.

⁵⁸ STSJ de Comunidad Valenciana, de 8 de enero de 2008.

⁵⁹ STSJ de Galicia, de 21 de julio de 2008.

⁶⁰ STSJ del País Vasco, de 26 de febrero de 2002.

trabajo como al personal directivo, el que incluso puede ser sujeto pasivo. Aunque, sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder. Pero, en todo caso, es claro que este fenómeno es radicalmente contrario al principio de igualdad de trato, dado que vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el invocado artículo 15 de la Constitución Española y –en el específico ámbito normativo laboral– desconoce sin duda el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.2 e) del ET, para que se respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Estos son indiscutiblemente derechos básicos, cuya infracción por parte empresarial no puede sino ser calificada como un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales laborales. Es claro que este fenómeno es contrario al principio de igualdad de trato, pues vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes. Bien entendido que una mera discrepancia, contrariedad o tensión generada en el trabajo o por el trabajo no puede calificarse como acoso laboral. El conflicto y el acoso laboral no son realidades correlativas⁶¹.

Aun cuando las patologías psicosociales (*bullying* y *burnout* o síndrome del trabajador quemado) coinciden en el resultado, esto es, en los graves daños que producen en la salud del trabajador, el acoso moral se integra por un elemento intencional lesivo, ya proceda del empleador o de compañeros de trabajo. Sin embargo, en el síndrome del trabajador quemado el elemento intencional está, en principio, ausente. Un trastorno bipolar que no es agravado como consecuencia de conductas relacionas con el acoso laboral no es accidente de trabajo⁶². En este sentido, por ejemplo, el estado de agotamiento o derrumbe psicológico provocado por el estrés profesional propio de la competitividad en el seno de la empresa, no debe confundirse con el acoso laboral⁶³.

El cambio de funciones del trabajador, en legítimo ejercicio del *iusvariandi* empresarial, que conlleva un clima de tensión y la concurrencia de una incapacidad temporal por depresión reactiva a ese nuevo panorama laboral. No puede sostenerse en este caso la existencia de un acoso laboral, debiendo integrarse en un falso acoso, en el que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos (objetivos y subjetivos) que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, faltando los elementos caracterizadores del acoso moral como son: por un lado, sistematicidad en la presión, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y elemental gravedad (objetivos) y por otro, intencionalidad denigratoria y carácter individualizado, que no colectivo, del destinatario (subjetivos)⁶⁴.

Lo que caracteriza al acoso laboral es la concurrencia en el desarrollo del trabajo de una efectiva y seria presión psicológica, bien sea de un superior o de un compañero –acoso vertical u horizontal– sobre el trabajador, que cause un daño psicológico real haga perder la posibilidad de una normal convivencia en su propio ámbito profesional. No se puede confundir el acoso con el conflicto laboral, el estrés profesional u otras condiciones laborales o de otro tipo de violencias en el desarrollo de trabajo⁶⁵. Por ejemplo, no constituye acoso laboral un supuesto de celos profesionales que ocasionen

⁶¹ STSJ de Navarra, de 17 de octubre de 2012.

⁶² STSJ de Navarra, de 15 de diciembre de 2006.

⁶³ STSJ de Cataluña, de 26 de noviembre de 2010.

⁶⁴ STSJ de Galicia, de 18 de octubre de 2010.

⁶⁵ STSJ de Extremadura, de 6 de marzo de 2007.

un mal ambiente en el trabajo⁶⁶. No cabe sostener que es un comportamiento hostil y sistemático en el tiempo con el propósito de socavar la personalidad y dignidad del trabajador, aun cuando éste no realiza las mismas funciones respecto a su anterior puesto, dado que sigue manteniendo la autonomía y responsabilidad en el nuevo, que continúa incardinándose en el grupo de mandos a que pertenece⁶⁷.

En principio, las discrepancias en cuanto al salario debido y la antigüedad, cuando no consta que el trabajador perciba un salario inferior a aquel al que tiene derecho, son problemas estrictamente laborales, que pueden ser resueltos mediante el ejercicio de las acciones correspondientes, pero no manifestación de un acoso laboral que tienda a humillar o desprestigiar al trabajador⁶⁸. De igual manera, sucede en el cúmulo de incumplimientos graves que justifican la rescisión contractual indemnizada del contrato de trabajo, a instancias del trabajador, tales como modificación sustancial de las condiciones laborales, impago de antigüedad, reducción de vacaciones e insultos, si bien estos no hacen ver acoso laboral, dado que no hay conducta reiterada, dirigida a menoscabar la dignidad del trabajador⁶⁹. Aunque es cierto que las decisiones adoptadas por la dirección de la empresa se llevaron a cabo con cierto tono desconsiderado y en un claro clima de tensión, el desacierto en las formas de comunicación de las decisiones de la empresa no implica la existencia de acoso⁷⁰.

Sin embargo, el hecho de que el trabajador presente un trastorno obsesivo compulsivo complicado con un trastorno de estrés postraumático, que pudiera estar relacionado con el trabajo, no permite asegurar que sea consecuencia de una conducta de acoso laboral por parte de sus superiores o compañeros⁷¹. Puesto que no se dan los requisitos imprescindibles para la existencia de acoso: a) modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuestas unilateralmente por el empresario, b) que las decisiones de la empresa resulten lesivas para la formación o la dignidad del trabajador⁷².

Asimismo, las órdenes contradictorias recibidas por el trabajador procedente de los enfrentamientos habidos entre los dos dueños de la empresa generan tensiones, pero no implican acoso laboral, ya que éste precisa intencionalidad; es decir, que la hostilidad se dirija como objetivo principal a descalificar personalmente al trabajador para que se sienta menospreciado o humillado⁷³. Por tanto, la distinción entre conflicto laboral y acoso laboral no se centra en lo que se hace o en cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de lo que se hace y, sobre todo, en la intencionalidad de lo que se hace⁷⁴.

El hostigamiento y el excesivo rigor (prolongado en el tiempo) para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores hasta el punto de que lleve a algunos de ellos a abandonar la empresa se considera acoso laboral. Por consiguiente, constituye causa justificativa de despido disciplinario para el sujeto activo, dado que tal

⁶⁶ STSJ de Castilla y León, de 24 de septiembre de 2008.

⁶⁷ STSJ de Madrid, de 15 de enero de 2010.

⁶⁸ STSJ de Cataluña, de 22 de julio de 2009.

⁶⁹ STSJ del Principado de Asturias, de 12 de diciembre de 2014.

⁷⁰ STSJ de Andalucía, de 3 de octubre de 2013.

⁷¹ STSJ de Madrid, de 8 de enero de 2004.

⁷² STS de 21 de diciembre de 2001.

⁷³ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 21 de diciembre de 2004.

⁷⁴ STSJ de Galicia, de 13 de abril de 2009.

hostigamiento a las personas que trabajan puede ser calificada como ofensas verbales o físicas, esta última en su acepción que incluye las psíquicas⁷⁵.

En el caso de una empresa que procede a despedir al trabajador debido a reiteradas quejas de compañeros por malos tratos de palabra. Aunque se trata de comportamientos puntuales que no pueden ser calificados como de acoso laboral, puesto que no revelan una actitud persistente, pero sí que denotan un trato despectivo emitiendo expresiones de menosprecio y en tono jocoso para ridiculizar que constituyen incumplimientos muy graves al faltar a la consideración debida a sus compañeros de trabajo que son constitutivas de la procedencia del despido⁷⁶.

En definitiva, es necesario delimitar lo que constituye acoso laboral y lo que son las tensiones ordinarias que subyacen en toda comunidad de personas, de las que no puede decirse que se encuentren exentas del entorno laboral. Si se tiene en cuenta el permanente dinamismo con que se desenvuelve el trabajo en general y que genera por sí mismo tensiones físicas y psíquicas, desencadenantes de padecimientos para el trabajador en atención a la propia sensibilidad que pueda tener. No toda manifestación del poder empresarial, aunque se ejerza de forma abusiva, puede calificarse como acoso, sin perjuicio de que tales prácticas abusivas encuentren respuesta a través de otras vías previstas legalmente. Para recibir la consideración jurídica propia de acoso, ha de involucrarse la actuación empresarial desde el prisma de una presión que ha de ser maliciosa y con cierta continuidad en el tiempo, con claro objetivo degradante para la personalidad del trabajador afectado por la conducta⁷⁷.

Por ejemplo, en el supuesto de que un gerente de una empresa somete a algunos trabajadores a una presión especial y les hace destinatarios de manifestaciones destempladas, arbitrarias y abusivas del mando que ostentaba. Y aquel, tras incorporarse un trabajador en dos ocasiones, después de sendos periodos de incapacidad temporal, no la deja dirigirse a su puesto de trabajo. Este proceder está muy alejado de ser un ejercicio regular de las potestades directivas, ya que por su carácter selectivo sobre algunos trabajadores y, por las formas adoptadas constituye una actitud arbitraria que, por el modo y lugar en que se produjo, implica un menosprecio claro hacia el trabajador, que unido a la actitud que en general mantenía con aquel, conlleva la existencia de acoso laboral⁷⁸.

En este mismo sentido, la privación progresiva y permanente de los cometidos asignados al trabajador se considera acoso laboral, no ubicándose en el ámbito de las tensiones propias del contrato de trabajo, sino en la incidencia de un elemento personal que lleva consigo el desprestigio de la personalidad del sujeto. No se está ante una

⁷⁵ STSJ de Madrid, de 22 de abril de 2015.

⁷⁶ STSJ de Madrid, de 14 de mayo de 2014.

⁷⁷ STSJ de Cataluña, de 2 de noviembre de 2006.

⁷⁸ STSJ del Principado de Asturias, de 6 de marzo de 2009. Si se define el acoso laboral como un conjunto de conductas y prácticas que se caracterizan por la sistematización, la duración y la repetición de ataques a la persona o a su personalidad, utilizando todos los medios relativos al trabajo, sus relaciones, su organización, su contenido, sus condiciones, sus instrumentos, desviándolos de su legítima finalidad y utilizándolos con la aviesa intención de destruir, podemos apreciar que la distinción entre «conflicto laboral» y «acoso laboral» no se centra en lo que se hace o en cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de lo que se hace y, sobre todo, en la intencionalidad de lo que se hace. STSJ de Murcia, de 22 de diciembre de 2004. En los mismos términos, STSJ de Galicia, de 25 de enero de 2010.

decisión puntual, específica o aleatoria, ni tampoco puede enmascararse en las facultades de organización y dirección empresarial, ya que el respeto a la persona tiene un valor superior⁷⁹.

6. LITISCONSORCIO

El trabajador acosado tiene varias opciones jurídicas para poder defender sus derechos ante conductas de hostigamiento laboral, entre las que se destacan las siguientes: a) Extinción del contrato de trabajo, b) Actas de inspección de trabajo, c) Indemnización de daños y perjuicios, e) Vía penal, f) Tutela de los derechos contra la libertad sindical y otros derechos fundamentales. Se hará referencia a este último por ser un procedimiento que tiene por objeto ofrecer una respuesta rápida en los supuestos que se violen los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

La duda que se suscita en la constitución de la relación jurídico procesal deviene en determinar si en los supuestos de acoso laboral se requiere un litisconsorcio pasivo necesario o no; es decir, si se necesita que se demande, a su vez, al empresario y al autor material de las conductas hostigadoras o, en caso contrario, solo al empresario como sujeto integrante en la relación laboral con aquel.

En este sentido, el Alto Tribunal ha zanjado las dudas al respecto al dirimir un proceso de tutela de derechos fundamentales en el que un trabajador alega haber sufrido acoso laboral por parte del superior jerárquico⁸⁰. Para que no pueda estimarse defectuosa la constitución de la relación jurídico-procesal por existencia de litisconsorcio pasivo necesario es preciso dirigir la demanda no solo contra la empresa, sino también contra el acosador. Dicho en otros términos, cuando se pretende presentar una acción judicial denunciando una conducta de hostigamiento laboral que atente a los derechos fundamentales, en el que las actuaciones imputan, no directamente al empresario, sino a otro dependiente del mismo, o sea otro trabajador, la relación jurídico-procesal no queda correctamente configurada si la demanda se dirige solamente contra la empresa, debiéndose demandar, a su vez, al trabajador que se le imputa la conducta denunciada.

El Tribunal Supremo ha señalado que el litisconsorcio persigue llamar al proceso a todos aquellos sujetos que puedan resultar afectados, en sus derechos e intereses, por el proceso judicial seguido, ya sea porque lo imponga la ley o porque vengan vinculados con el objeto de la controversia. La razón de ser de esta figura se encuentra en el principio constitucional de tutela judicial efectiva y de evitación de indefensión que proclama el artículo 24 de la CE y, precisamente, por ello, se ha establecido la posibilidad de apreciar de oficio el defecto procesal⁸¹. Por consecuencia, el uso de la vía laboral para accionar es requisito indispensable, para que el litisconsorcio pasivo necesario quede perfectamente conformado, que se codemande en todo caso a la otra parte de la relación laboral en el supuesto que existan conductas de hostigamiento laboral. Por lo que demandar al trabajador acosador es necesario para que la acción laboral pueda prosperar, y de este modo se eviten posibles nulidades posteriores por defectos procesales.

⁷⁹ STSJ del País Vasco, de 6 de julio de 2004.

⁸⁰ STSJ de 30 de enero de 2008.

⁸¹ STS de 19 de junio de 2007.

En suma, será el verdadero acosador el principal vulnerador de los derechos fundamentales, independientemente que sea el propio empresario o un trabajador de este. Toda vez, que la víctima para hacer efectiva su pretensión deberá demandar no solo al empresario, sino también al trabajador acosador, al no hacerse de esta manera se infringirían los artículos 24.1 y 10.1 de la Constitución Española. En palabras del Alto Tribunal, al insistir «en la conclusión que acabamos de expresar, se destaca que en el suplico de la demanda se pide que se dicte sentencia en la que se declare que “la actora ha visto perturbados sus derechos fundamentales y en concreto el derecho a la dignidad, a la integridad física y moral, al honor, a la integridad personal y a la propia imagen, por causa del acoso a que se ha visto sometida en su trabajo”, la cual declaración, si se estima tal pretensión y la sentencia la recoge en su fallo, afecta por completo al referido Encargado, pues se trataría del verdadero autor de esa conducta acosadora»⁸².

La jurisprudencia menor, no obstante, ha señalado aunque en el supuesto que analiza no existe una semejanza absoluta con el que es objeto de la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente estudiada, en la que se estudia la cuestión de litis consorcio pasivo necesario en caso de vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de acoso. El acoso laboral posee un carácter unitario y exige un tratamiento procesal unificado, con las consecuencias prácticas que ello pudiera tener en orden a no sufrir indefensión los autores del acoso, en caso de un hipotético requerimiento de responsabilidad por parte de la empresa demandada⁸³.

En el supuesto de que la Autoridad laboral somete al conocimiento de la jurisdicción social si los actos de un gerente son constitutivos o no de acoso laboral, figurando como partes codemandadas la empresa y los trabajadores que se han visto perjudicados por el referido gerente, pero no figura el autor directo de la conducta acosadora. El órgano judicial ha determinado la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, dado que la demanda no solo se ha de dirigir contra la empresa, sino también frente al protagonista principal, dado que la acción ejercitada afecta por completo a sus derechos e intereses⁸⁴.

Por último, hay que destacar que la razón de ser del litisconsorcio necesario radica en dos cuestiones. Por una parte, el riesgo que se dicte una sentencia que afecte a un tercero no llamado a la litis. Por otra, el peligro que se den resoluciones judiciales contradictorias. Traspolando lo anterior al supuesto de acoso laboral el trabajador hostigado debe llamar a juicio al empresario y al trabajador acosador. Con ello ganaría celeridad en la sustanciación del procedimiento, evitando nulidades y reposición de la causa al estado de configurar el litisconsorcio pasivo necesario.

Por consiguiente, para un mejor saneamiento de las responsabilidades y, por ende, de la tutela judicial efectiva, recogida en el artículo 24 de la Constitución Española, de los sujetos implicados en los supuestos de acoso laboral es la de activar el litisconsorcio pasivo necesario. Toda vez que su inoperancia puede apreciarse a instancia de parte y de oficio por referirse a una cuestión de orden público procesal que incita la nulidad de las actuaciones⁸⁵.

⁸² STS de 30 de enero de 2008.

⁸³ STSJ de Castilla-La Mancha, de 22 de marzo de 2012.

⁸⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 19 de mayo de 2009.

⁸⁵ SSTC 335/1994 y 165/1999.

Al ser una cuestión que afecta al orden público queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte. Y no debe entenderse como una mera facultad, sino de una autentica obligación legal del órgano judicial⁸⁶.

7. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

En el supuesto de despido disciplinario, por pérdida de confianza, impuesto por una empresa hotelera a un trabajador, al celebrar su banquete de bodas en un establecimiento de la competencia. La jurisprudencia menor ha señalado que retirada de la confianza por este motivo representa una sanción profesional basada en el no sometimiento de su actuar privado a las exigencias empresariales. La pretensión empresarial implica una vulneración del derecho a la intimidad y una intromisión en la esfera privada del trabajador, que puede incluirse entre las manifestaciones del acoso laboral y que determina la nulidad del despido, con la debida readmisión inmediata y el abono de los salarios dejados de percibir⁸⁷.

Dicho en otros términos la decisión de la empresa vulnera el derecho a la intimidad y la propia imagen, esto es, el derecho a actuar en su vida privada sin estar obligado a condicionar ésta, por el hecho de mantener una relación laboral. Es el derecho a conducir su vida privada, en actos de tal privacidad como lo relativo a su boda, sin que se vea condicionado por su relación laboral, hasta el punto de ocasionar el despido la no aceptación de tal condicionamiento.

La exigencia de la empresa constituye una intromisión en la esfera privada del trabajador, tratando de condicionarla como consecuencia de su vínculo profesional. Se vulnera el artículo 18.1 de la Constitución Española, que protege el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, porque, en definitiva, la pretensión empresarial de que el actor celebre el banquete de boda en el hotel donde trabaja supone una exigencia que incorpora a la relación laboral una obligación que invade su esfera privada. El hecho de retirarle la confianza expresamente por no someterse a tal condición representa una sanción profesional basada en el hecho de no haber sometido su actuar privado a las exigencias empresariales invadiendo su intimidad y causando a la postre ese despido ante el comportamiento privado diferente.

Es, por tanto, una violación del derecho a la intimidad, que puede incluirse entre las manifestaciones del acoso laboral y que determina la declaración de nulidad del despido por aplicación del artículo 55,5 del ET, con la consecuencia de la readmisión inmediata y abono de los salarios dejados de percibir.

8. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En el supuesto de responsabilidad empresarial por su inactividad ante la denuncia formulada por el trabajador contra su superior jerárquico por acoso laboral que deriva en incapacidad temporal de la que lo sufre. El órgano judicial ha señalado que habiéndose acreditado que no existió por parte de la empresa una protección eficaz del trabajador en garantía de su dignidad y su salud, obligación que tenía legalmente,

⁸⁶ SSTC 118/1987, 165/1999 y 87/2003.

⁸⁷ STSJ del Principado de Asturias, de 17 de octubre de 2008.

limitándose a medidas de tipo indagatorio, debe estimarse la responsabilidad empresarial. Sin desconocer la dificultad que puede existir en la detección y prevención de riesgos laborales como el acoso laboral cuando parten de un compañero de trabajo, que se desarrolla, como es frecuente, aprovechando la proximidad con la víctima, el acoso que somete un empleado a otro no puede obviar la responsabilidad del empresario cuando aquél es objeto de denuncia y pese a ello la conducta del acosador permanece, pues entonces ya es posible establecer un nexo de causalidad entre el daño o perjuicio que se causa y la omisión por el empresario de las medidas para evitarlo. En cuanto a la indemnización, le corresponde la del daño imputable, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera incumbir al causante del acoso⁸⁸.

Sin embargo, en caso contrario, hay criterios dispares, al señalar que no al regularse de forma expresa en ninguna norma la obligación empresarial de prevención y tutela de los riesgos psicosociales ni las medidas que deben observarse para que ese concreto daño no se produzca. El riesgo de acoso, en este supuesto, no puede preverse y en consecuencia no le son exigibles al empresario medidas preventivas al respecto⁸⁹.

9. CONOCIMIENTO DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

Las conductas hostigadoras en el trabajo suponen, en todos los supuestos, una infracción de los derechos y deberes contractuales señalados en los artículos 4.5 y 20 del ET. Este último, en relación a la «Dirección y control de la actividad laboral», y, el primero, sobre los «Deberes laborales». Bajo esta premisa es indudable que los conflictos entre trabajadores y empresarios pertenecen al ámbito del orden jurisdiccional de lo social, que según el ordenamiento jurídico requieren como requisito para la admisión de la acumulación de acciones que el orden jurisdiccional, que deba entender de la acción principal, tenga competencia y jurisdicción por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de las acumuladas.

La duda que se presenta radica en determinar si los órganos jurisdiccionales del orden de lo social tienen competencia para conocer los litigios entre dos trabajadores entre sí, por los problemas suscitados en el sitio de trabajo a través del hostigamiento laboral. Queda claro que aquellos tienen competencia en los procedimientos que se presenten entre trabajador y empresario, más no entre trabajadores entre sí.

El acoso tiene una naturaleza indiscutiblemente laboral, siempre que se produzca en el propio trabajo y no se presente de manera tangencial o accesorio, y constituya parte de la estructura esencial y básica de las actividades laborales que desarrolla el acosado.

Prueba de ello se encuentra en «la realidad de la práctica procesal forense que a diario se produce ante los Juzgados y Tribunales laborales españoles, en la que de cuando en cuando se presentan demandas formuladas por trabajadores que no solo se dirigen contra la empresa o empresas correspondientes, sino también contra otros trabajadores distintos; y tales demandas son admitidas, tramitadas y resueltas por dichos Tribunales, sin que normalmente nadie ponga traba ni obstáculo alguno a su admisión y trámite. Sin duda, las materias que dan lugar a un número más elevado de esta clase de demandas, son los ascensos, la promoción profesional de los trabajadores, la clasificación profesional, la impugnación de pruebas selectivas y concursos de acceso a

⁸⁸ STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 de diciembre de 2005.

⁸⁹ STSJ de Cataluña, de 2 de marzo de 2011.

la empresa, y la impugnación de las convocatorias correspondientes; pero también pueden aparecer en relación con otros temas distintos, aunque esto sea más infrecuente»⁹⁰.

En suma, la jurisdicción social es competente en estos casos por la existencia de un claro nexo entre el daño ocasionado por el acosador y la relación laboral, dado que el hostigamiento laboral se origina en el lugar de trabajo y en el ámbito de las tareas profesionales⁹¹. El Tribunal Constitucional⁹², en este sentido, ha manifestado que para conocer de la acción de tutela de derechos fundamentales derivadas del acoso sexual y dirigido contra el trabajador acosador, «no cabe calificar de razonable la interpretación judicial de la legalidad, al circunscribir el proceso especial previsto en los arts. 175 y ss LPL a aquellos casos en los que las lesiones constitucionales han sido provocadas única y exclusivamente por el empresario, pues tal interpretación limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, aparte de no encontrar soporte en lo dispuesto en el art. 180 LPL que, al referirse al contenido de la sentencia dictada en tales procesos especiales, hace referencia a la sanción de las conductas lesivas que provienen tanto del empresario como de cualquier otra persona»⁹³.

El Tribunal Supremo, a su vez, ha declarado la competencia del orden social para conocer la reclamación de indemnización de daños y perjuicios dirigida por los trabajadores contra un tercero ajeno a la relación laboral que es depositario de los bienes embargados a la empresa; aun cuando el contrato de trabajo se había extinguido. Asimismo, cuando un trabajador ejerce una acción contra otro trabajador de la misma empresa por un supuesto de acoso sexual que tiene lugar en el propio sitio de trabajo y con ocasión del desempeño de las tareas propias del mismo. «Por lo demás no son infrecuentes los procedimientos laborales en los que un trabajador ha de dirigir su demanda contra otros trabajadores además de la empleadora, cuando se encuentran en litigio derechos de preferencia de cualquier naturaleza que quieren hacerse valer frente a los trabajadores codemandados inicialmente favorecidos por la decisión empresarial, sin que se cuestione la competencia de la jurisdicción social para conocer de este tipo de reclamaciones, en las que [...] la controversia jurídicamente entre los propios trabajadores surge dentro del ámbito de la relación laboral y se encuentra directa e ineludiblemente vinculada a las cuestiones, incidencias y circunstancias que surgen en el seno de la misma; lo que determina que sea ésta la jurisdicción competente para conocer de la reclamación que pueda suscitarse, al margen o conjuntamente de las acciones que pudieren dirigirse contra la empresa; y sin perjuicio claro está, de la posible intervención de la jurisdicción penal a que pudiera haber lugar»⁹⁴.

⁹⁰ STS de 30 de enero de 2008. *Vid.* los comentarios de esta sentencia, en SEMPERE NAVARRO, A.: “Litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos de acoso”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 10, 2008. DE SOTO RIOJA, S.: “Un fallido caso de *mobbing*, por razón de la exigibilidad del litisconsorcio pasivo necesario de empresario y autor o responsable directo de la conducta ofensiva”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141, 2009, págs. 181-198.

⁹¹ NAVARRO NIETO, F.: *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 148.

⁹² STC 250/2007.

⁹³ «Y es evidente que las consideraciones expuestas son totalmente aplicables al caso de autos. Es más, al tratarse aquí de un acoso moral en el trabajo, producido en el ejercicio de las actividades y funciones propias del mismo, parece que la vinculación o conexión del acoso con el trabajo es aquí más fuerte, si cabe, que en los supuestos de acoso sexual, aunque éste también se lleve a cabo en el trabajo, pues afecta éste último a áreas más íntimas de la persona». STS de 30 de enero de 2008.

⁹⁴ STSJ de Cataluña, de 27 de octubre de 2000.

De igual manera, la jurisprudencia menor ha señalado en un caso de acoso sexual que resulta indudable la conducta desarrollada en el ámbito laboral de la empresa, «por su componente de “indeseada”, era ofensiva, hostil, intimidatoria y humillante para la trabajadora demandante, violentando el derecho a su libertad, de manera tal que los comentarios, insinuaciones y atenciones sexuales deben calificarse como “acoso sexual”, que por tener lugar en el ámbito de organización y dirección de la empresa y como consecuencia de una relación laboral –no podemos olvidar que el codemandado don [...] además de encargado del establecimiento es socio y administrador de la Cafetería–, implican un grave incumplimiento empresarial sancionable con la extinción indemnizada del contrato de trabajo»⁹⁵.

⁹⁵ STSJ de Navarra, de 5 de febrero de 1999.

Capítulo XXIII. La construcción jurisprudencial del concepto de la causa económica en el despido colectivo objetivo en el sector público.

CARLOTA MORENO ACUÑA

Titulada Superior

Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural

Junta de Andalucía

Resumen

La reforma laboral operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introduce el despido colectivo en el sector público español fundamentado en causas económicas.

El sector público español se encuentra inmerso, al igual que la economía española en su totalidad, en un contexto de reestructuración económica y social, de racionalización y reducción del gasto público y de necesaria adopción de medidas de disciplina financiera y presupuestaria.

¿Cómo determinar y evaluar las mismas, por parte del Poder Judicial, para justificar un proceso de despido en el sector público?

Abstract

The reform of the Spanish labour market undertaken on 2012 introduces the collective dismissal on public sector on economic reasons. The reform takes place within the framework of the Spanish public sector social and economic restructuring and the binding implementation of budgetary discipline and sound financial management covering all public expenditure.

The specific regulation enacted on 2012 allows collective dismissal on economic reasons in the Spanish public sector in a context of unexpected, persistent budgetary shortfall.

How do the judicial proceedings set out what is meant by “economic reasons”?

1. INTRODUCCIÓN

El despido colectivo objetivo del personal laboral del sector público español se admite en el ordenamiento jurídico español tras la reforma del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral¹. Esta Ley incorpora al Texto Refundido la Disposición Adicional 20ª, que contempla las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como fundamento del despido del citado personal al servicio de los entes, organismos y entidades del sector público, tal como lo define el artículo 3, apartado 2, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público².

El despido habrá de efectuarse de conformidad con los artículos 51 y 52, apartado c, del Estatuto de los Trabajadores, teniendo como referencia los mecanismos preventivos y correctivos que regula la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Y, el Reglamento de los Procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada³, por mandato legal de la Disposición Adicional 9 de la

¹ Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, B.O.E. de 7 de julio de 2012.

² Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, B.O.E. nº 276, de 16 de noviembre de 2011.

³ Reglamento de los Procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, B.O.E. de 30 de octubre.

Ley de Reforma del Mercado Laboral, desarrolla en su Título III el despido de este personal por las causas establecidas.

2. DIFICULTADES INTERPRETATIVAS DE LA CAUSA ECONÓMICA EN EL DESPIDO COLECTIVO OBJETIVO EN EL SECTOR PÚBLICO

La definición que de la causa económica del despido de este personal ofrece la Disposición adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores comprende la existencia de una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos, que ha de extenderse durante tres trimestres consecutivos.

El artículo 35 del Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo ampliaba esta definición en sus párrafos 2º y 3º, los cuales han sido declarados nulos por la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015⁴.

A su vez, el nuevo Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁵, ha dado lugar a un cambio de carácter meramente formal, reenumerando la Disposición adicional 20ª, siendo en la actualidad la nº 16.

A partir de la reforma laboral citada de la Ley 3/2012, desaparece el requisito de autorización judicial previa para iniciar el procedimiento de despido colectivo, pero no elimina el necesario control judicial sobre la necesaria concurrencia de las causas citadas en la Disposición Adicional 16ª del Estatuto de los Trabajadores, habida cuenta de los problemas interpretativos que suscita la descripción legal de la causa económica.

El control judicial se convierte, a este respecto, y centrándonos en la causa de carácter económica, en un análisis económico-financiero de indudable complejidad y agravado tanto por el número de entes que conforman el sector público como por la excesiva carga de trabajo que soportan Jueces y Magistrados en todos los órdenes jurisdiccionales. Todas las Administraciones Públicas han abordado la necesidad de reducir el número de entes, organismos, empresas y sociedades públicas que conforman el denominado Sector Público, por las exigencias de controlar el gasto público, el déficit y a deuda pública, para cumplir con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Los Planes de Racionalización y Reestructuración han acometido la decisiva tarea de simplificar no solamente la estructura del sector público y reducir el número de entes que lo conforman, sino también los procedimientos administrativos con los que operan en el desempeño de su funcionamiento, en aras de una mayor eficiencia y eficacia en interés de los ciudadanos.

Entendemos que no basta a los entes del sector público con alegar que, de acuerdo con sus presupuestos, que son públicos y de general conocimiento, van a sufrir una merma de recursos que le obligue a prescindir de su personal laboral no fijo, o que deben extinguirse por mandato de una ley de reordenación del sector público en el que se incardine.

⁴ Sentencia TS (Sala 3ª, Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015, Rec. 836/2012.

⁵ Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, B.O.E. nº 255 de 24 de octubre de 2015.

En un contexto de crisis económica dilatada en el tiempo, y de aplicación consiguiente de limitaciones presupuestarias por parte del Poder Legislativo y ejecutivo al sector público estatal, autonómico y local, la delimitación de la causa económica como argumentación suficiente para acometer procesos de despido colectivo es de indudable interés general. Las entidades del sector público deben acreditar que efectivamente concurren causas económicas para proceder a despedir al personal laboral a su servicio, éste personal, a su vez, argumenta *a contrario* unas veces la inexistencia o insuficiencia de dichas causas y otras veces la existencia de soluciones alternativas aun admitiendo la realidad de la cuestión económica que aboca a su despido.

3. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CAUSA ECONÓMICA

Es muy ilustrativa al respecto la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo recaída en el proceso de despido colectivo del Ente Público Televisión Madrid, de 26 de marzo de 2014, cuya Ponente es la Magistrada Virolés Piñol y que cuenta con dos votos particulares. Dicho ente pertenece al sector público de la Comunidad Autónoma de Madrid pero no es Administración Pública. Alegaba causas económicas de insuficiencia presupuestaria para la tramitación de un despido colectivo de 925 de sus 1.161 trabajadores. De acuerdo con la documentación presentada por el ente público, cuentas anuales e informes de gestión, informe técnico justificativo de la extinción, declaración de impuesto sobre el valor añadido, Certificado del Director General sobre venta de bienes muebles de la entidad, se demuestra la insuficiencia presupuestaria.

Sin embargo, como bien pone de relieve el punto 9 del Fundamento Jurídico noveno de la sentencia, *“la causa motivadora del despido colectivo no radica en la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, sino en la reducción real del presupuesto de RTVM...”*. Dicha reducción se enmarca en el necesario equilibrio financiero que deben presentar los entes del sector público desde la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Por tanto, señala la sentencia, *“la situación económica negativa no puede operar de forma abstracta.”*

Añade la Sentencia tres elementos que deben concurrir para justificar el despido por motivos económicos. Partiendo de la acreditación de una situación económica negativa, ha de valorarse sus efectos sobre los contratos de trabajo hasta el punto de ser precisa la amortización total o parcial de los puestos de trabajo. Y, por último, ha de existir una adecuada proporcionalidad entre la medida de la extinción de los puestos de trabajo y la necesaria respuesta a la situación económica a la que se expone el ente en cuestión. Pues bien, es en este último punto en el que la sentencia considera que no se produce una justificación adecuada por parte del ente.

Señala la sentencia que no se trata de que Jueces y Magistrados emitan un juicio de oportunidad sobre las decisiones meramente empresariales, sino de que junto al juicio de legalidad que les compete, también deben ponderar la *“razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada”*. No les corresponde dar la solución óptima pero sí juzgar la procedencia de la medida que propone el ente. Y, en el caso de Telemadrid la Sala determinó que el despido no era ajustado a derecho.

Esta Sentencia fue objeto de dos votos particulares. El primero de ellos, formulado por los Magistrados Desdentado Bonete y Gilolmo Pérez, al que se adhiere López García de la Serrana, señala que la formulación legal de la causa económica es limitada e insuficiente, estática y aislada de la relación causal. La causa ha de valorarse por su capacidad para producir un determinado efecto, y una situación económica negativa no es *per se* motivadora del despido de los trabajadores, sino que ha de probarse la necesidad de reducir la plantilla o de cesar en la actividad que se venía realizando y que para ello es preciso el proceso de despido. Menciona la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la conexión de funcionalidad o instrumentalidad⁶. Admitir esa conexión automática de la reducción presupuestaria con la consiguiente extinción de puestos de trabajo supondría dejar en manos de una de las partes de la relación laboral, la más fuerte, la decisión sobre su mantenimiento o no, conculcando así el artículo 1.256 del Código Civil, “*La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes*”.

Lo que sí pone de relieve este voto particular es la inviabilidad económica de la actividad empresarial del ente. Existen leyes de incuestionable cumplimiento que le abocan a reducir su presupuesto, como son la ya mencionada Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, la Ley 6/2012, que modifica la Ley General de la Comunicación Audiovisual⁷, que establece un límite máximo anual de gasto para el ejercicio económico que no puede rebasarse. Ante una excepcional falta de equilibrio financiero en las cuentas el ente público que presta el servicio de comunicación audiovisual debe presentar al órgano competente autonómico una propuesta de reducción de gasto. Asimismo, también la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Madrid de 2012 limitaba el endeudamiento de los entes públicos empresariales, en función de los criterios del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, en consonancia con la Ley de Estabilidad Presupuestaria. Reconoce el voto particular el papel que en el funcionamiento de los mismos desempeñan las decisiones políticas externas. En definitiva la situación de Telemadrid era, de acuerdo con este voto particular, de la gravedad suficiente como para considerar ajustado a Derecho el despido, o al menos una parte de los puestos de trabajo extinguidos. Reflexiona asimismo sobre el alcance del control judicial de este proceso de despido. Frente a un control de óptimos ha de establecerse un control del supuesto de hecho, es decir, ha de determinarse si la situación fáctica del ente público es la prevista en la norma para que el despido se considere procedente.

El segundo voto particular es formulado por el Magistrado Agustí Juliá y a él se adhieren los Magistrados Salinas Molina, Segoviano Astaburuaga y Alarcón Caracuel.

Considera que el ente ha aducido la causa económica para justificar la decisión de extinción de los puestos de trabajo, siendo así que la verdadera causa es de orden organizativo, por lo que se pone de manifiesto la falta de buena fe por su parte. El ente acomete un proceso de externalización de los servicios que presta, por lo que la verdadera causa del despido es la falta de capacidad e idoneidad de la gestión y la necesidad de cambiar la estructura productiva y de redimensionar el ente.

⁶ STS 14 de junio de 1996, STS de 29 de septiembre de 2008.

⁷ Ley 6/2012, de 1 de agosto, de Modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, B.O.E. nº 184 de 2 de agosto de 2012.

No niega este voto particular la legitimidad de esta decisión empresarial, pero desde luego no cumple con el concepto de causa económica que el Estatuto de los Trabajadores recoge como justificación de los despidos por lo que devienen nulos.

En una Sentencia de 15 de abril de 2014⁸, el Tribunal Supremo sí considera ajustada a derecho la medida extintiva que se adoptó en la sociedad anónima Gestión y Planeamiento Territorial y Medioambiental, con sede en Canarias y de capital social de titularidad íntegramente pública, y medio propio, instrumental y servicio técnico de la Administración Pública por motivos económicos y organizativos. El Tribunal consideró probados la disminución drástica de la actividad de la sociedad en un tercio, la pérdida de la mitad de las encomiendas de gestión a que estaba obligada por su consideración de medio propio de la Administración Pública, y encontró proporcionada la decisión de conservar la plantilla suficiente para continuar con la actividad en términos reales. El despido afectó por tanto a una quinta parte de la plantilla. Declara la Sala que *“la misión del Juez, a la hora de valorar la decisión extintiva, debe limitarse a comprobar si concurren las causa que legalmente la justifican y a ponderar si esas medidas son adecuadas y razonables a los fines perseguidos, pero sin entrar en valoraciones sobre si esas medidas tomadas son las óptimas o si caben otras mejores por conllevar menos extinciones contractuales”*.

En la Sentencia de 3 de diciembre de 2014, del Tribunal Supremo, dictada en el procedimiento de despido de la Fundación Servicio Valenciano de empleo⁹, es destacable el voto particular emitido por el Magistrado Salinas Molina, al que se adhieren tres Magistrados más. En su opinión, faltaría, por parte del control judicial de este procedimiento de despido, un análisis de lo que denomina causa concreta de extinción de la Fundación. En su opinión el Tribunal ha intentado construir una tesis general abstracta de personas jurídicas empleadoras y de las múltiples causas de su extinción o disolución.

El voto particular de la sentencia reseñada pone de manifiesto la cuestión que deben abordar Juzgados y Tribunales, esto es, por qué se produce esa situación presupuestaria en un ente del sector público, y por qué debe extinguirse, y, si necesariamente estos factores determinan la ineludible apertura de un procedimiento de despido colectivo.

Es innegable la ardua tarea que para el control judicial supone analizar la causa económica en el despido cuando es una empresa privada la que la alega, por el volumen de su actividad de negocio, por la especializada documentación financiera y contable que ha de estudiarse, y, en muchos supuestos, por la pertenencia de la empresa a un grupo que dificulta la identificación de la titularidad del patrimonio de que disponga para hacer frente a sus responsabilidades y obligaciones para con los trabajadores objeto de despido.

El régimen presupuestario y contable de los entes del sector público facilita el control judicial de su situación económica y financiera ante un procedimiento de despido. Sin embargo, esto no debe llevar a un concepto estático, rígido de la causa económica en el despido en el que baste con acreditar documentalmente que se reducen los ingresos esperados o que dejan de percibirse, o que se acuerde la eliminación de un

⁸ STS Sala de lo Social, Sección 1ª, de 15 de abril de 2014, RJ/2014/4342.

⁹ STS Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de diciembre de 2014. RJ/2015/867.

ente por su innecesariedad o duplicidad de sus funciones en el sector público para que pueda admitirse la legitimidad de un procedimiento de despido colectivo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015, en el despido colectivo en el Ayuntamiento de Aljaraque, considerado no nulo¹⁰, anterior por tanto a la anulación de los párrafos 2º y 3º del artículo 35 del Reglamento de los Procedimientos de Despido, hace una completa reflexión en el punto 6º de su Fundamento Jurídico séptimo sobre la causa económica. Afirmaban los trabajadores que la insuficiencia presupuestaria no era sobrevenida y que el Ayuntamiento había aportado información presupuestaria de ejercicios anteriores. Ante lo cual responde el Tribunal que la causa económica alegada es suficiente para justificar el despido, con un déficit presupuestario certificado por el Interventor, con significativas reducciones de ingresos que se remontan hasta cuatro años atrás. Insuficiencia que se produce de manera persistente, de enorme entidad en atención a las características de la Corporación local empleadora y a su nivel de endeudamiento, que no solamente incide en la financiación de los servicios públicos desempeñados por los trabajadores afectados por el procedimiento de despido, sino que afecta a la totalidad de la actividad municipal.

Además tiene en cuenta el Tribunal la aplicación de la doctrina sobre el valor reforzado de la existencia de un Acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores cuando judicialmente se cuestiona la concurrencia de las causas del despido colectivo¹¹, aun cuando este requisito no figure entre los señalados por el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

4. MAYOR PROTAGONISMO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de mayo de 2014, en un procedimiento de despido del Ayuntamiento de Collado Villalba¹², en el Fundamento Jurídico sexto, se hace remisión expresa al Informe de la Inspección de Trabajo, órgano técnico especialmente cualificado y con imparcialidad funcional, refleja el verdadero estrangulamiento financiero de la Entidad Local, considerando acreditadas las causas económicas invocadas por la misma.

La Inspección de Trabajo ha sido objeto de una nueva regulación en 2015¹³, creándose como Organismo Estatal, dentro de las medidas adoptadas por el Gobierno para la racionalización, simplificación u modernización de las Administraciones Públicas.

Ante la dificultad que supone el análisis de la documentación que aportan las entidades del sector público, más aún si cabe en el caso del sector privado, en los procedimientos de despido, la Inspección de Trabajo debería reforzar sus recursos de personal, en términos cuantitativos y de formación, permitiendo así que su actuación ante los órganos judiciales, ante la notoria carga de trabajo que recae sobre éstos, facilitara una más ágil resolución de los procedimientos.

¹⁰ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 24 de febrero de 2015, RJ/2015/1010.

¹¹ STS de 25 de junio de 2014, RJ 2014, 4385, recurso 165/2013.

¹² STSJ (Sala de lo Social, Sección 4ª) n.º 473/2014, de 30 de mayo. AS/2014/2864.

¹³ Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección del Trabajo y Seguridad Social, B.O.E. n.º 174, de 22 de julio.

5. LA RACIONALIZACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

El sector público español está inmerso en un contexto de dificultades presupuestarias y financieras y de necesaria reorganización que determinan que la planificación y la previsión deban presidir cualquier aspecto de su organización y funcionamiento. Es preciso que todos los entes del sector público cuenten con las medidas adecuadas para ordenar su personal, respecto a su situación actual en cada momento, mediante las Relaciones de Puestos de Trabajo, y respecto de la evolución de las necesidades de personal que se prevean en el futuro, en función de las necesidades organizativas para cumplir las prestaciones y servicios públicos objeto de sus fines, mediante Planes de Ordenación de Recursos Humanos o Planes de Empleo para la racionalización de los recursos humanos.

Estos últimos ya estaban previstos en el artículo 18 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública¹⁴.

El Estatuto Básico del Empleado Público¹⁵ lo contempla sólo como una facultad, en su artículo 69, apartado segundo, como marco para analizar las disponibilidades y necesidades de personal, establecer previsiones sobre la organización del trabajo y las modificaciones de la estructura de puestos, y medidas de movilidad y formación.

Sólo está previsto para las Administraciones Públicas, pero resultaría muy conveniente su extensión al sector público. Las ventajas son diversas, para el propio funcionamiento de estos entes, tanto cuando operan de manera autónoma como cuando su personal comparte sede y funciones con el personal de la Administración Pública. Asimismo, ante la eventualidad de un despido, facilitan a los órganos judiciales la apreciación de las causas que han podido derivar en la necesidad de una medida extintiva del empleo, o, al menos poder analizar con mayor claridad y agilidad la estructura de personal del ente que pretende el despido.

El artículo 3 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo contempla entre la documentación que se debe aportar en la comunicación del inicio del procedimiento de despido colectivo la relativa a los trabajadores afectados por el despido, a los empleados habitualmente en el último año desglosados por centros y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma. El hecho de que un ente público disponga de estos instrumentos de ordenación y planificación de sus recursos humanos no va a impedir que deba recurrir a un procedimiento de despido, pero sí le proporcionará los recursos adecuados para configurar su personal en la dimensión que efectivamente necesite para las funciones que desempeña y los servicios públicos que presta. Y permitirá guardar la debida proporción entre los ingresos que percibe y el gasto que suponen sus recursos humanos. Máxime cuando nos encontramos con entes del sector público que cuentan como única fuente de ingresos con la percepción de subvenciones provenientes de la Administración Pública de la que depende.

Este es el supuesto que contempla la Sentencia de 3 de diciembre de 2014, del Tribunal Supremo, dictada en el procedimiento de despido de la Fundación Servicio Valenciano de empleo¹⁶. El despido se considera ajustado a derecho al concurrir como

¹⁴ LMRFP, B.O.E. nº 185, de 3 de agosto de 1984.

¹⁵ TRLEBEP, R.D. Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, B.O.E. de 31 de octubre.

¹⁶ STS Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de diciembre de 2014. RJ/2015/867.

causa económica la reducción, en el ejercicio de 2012, de más de la mitad de los ingresos procedentes de la subvención que para atender los gastos de personal recibía de la Comunidad Valenciana, con respecto a las cantidades percibidas por ese mismo concepto en los dos ejercicios precedentes. En sede judicial se da por probado la financiación de la Fundación principalmente a través de subvenciones que la Comunidad Valenciana consignaba presupuestariamente cada año. A su vez dicha Comunidad aprueba en mayo de 2012 un Plan Estratégico de Racionalización y Reestructuración del Sector Público, que introduce las limitaciones presupuestarias derivadas de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, que le llevan a acordar la extinción de la citada Fundación. Así lo acordó su Patronato y se comunicó a los trabajadores en la apertura del período de consultas en el procedimiento de despido colectivo.

La reducción de la fuente de ingresos de la Fundación venía produciéndose desde tres años antes, por lo que habría resultado muy conveniente tener planificadas las previsiones de recursos humanos para atenuar en la medida de lo posible las consecuencias del despido.

Se hace mención de ello en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de mayo de 2014, en un procedimiento de despido del Ayuntamiento de Collado Villalba, considerado procedente¹⁷, y en el que concurren de nuevo las causas económicas de reducción de ingresos, excesivo nivel de gasto, alto nivel de endeudamiento y déficit presupuestario, desde diez años antes. En su Fundamento Jurídico quinto alude a la posibilidad de utilizar en la Administración Pública un Plan de Empleo como figura de actuación global que comprenda medidas y previsiones para ajustar la situación del personal a la estructura y necesidades de la organización. Es un instrumento de racionalización y optimización de los recursos de personal que permite hacer frente a cambios en las técnicas y medios de trabajo. Incluso se podrían acordar la realización de despidos objetivos. Sin embargo, ello no impediría, que después la entidad pública pudiera llevar a cabo despidos colectivos, si se dieran las causas justificativa para ello previstas legalmente, y siguiendo los procedimientos de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, que le proporcionan la flexibilidad necesaria. Por tanto, la figura de los Planes de Empleo no es obligatoria pero sí útil a efectos de previsión y racionalización, y de conveniente extensión a todo el sector público.

La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015, en el despido colectivo llevado a cabo en el Ayuntamiento de Aljaraque, contempla no ya la desaparición de determinadas funciones que tenía asumidas el consistorio en su término municipal, sino su reprogramación de manera acordada con los trabajadores. Se dictamina que, al tratarse de actividades susceptibles de concentrarse en determinada época del año, no solamente se podía adecuar su prestación al período que correspondiese, con el consiguiente ahorro a las Hacienda municipal, sino que podían adaptarse las condiciones contractuales del personal que las llevaba a cabo de forma que se redujera el número de despidos, manteniendo los puestos que fueran precisos. Se decide así otorgar a parte del personal indefinido el carácter de fijo-discontinuo, y se le da prioridad de permanencia con respecto a otro personal con carácter indefinido, por cuanto se garantiza el mantenimiento de sus funciones concentradas en el período anual.

¹⁷ STSJ (Sala de lo Social, Sección 4ª) nº 473/2014, de 30 de mayo. AS/2014/2864.

Estas decisiones se enmarcan en el período de negociaciones y consultas que se producen iniciado el procedimiento de despido, aun cuando bien podían haberse previsto en el marco de una planificación responsable de los recursos humanos.

En la Sentencia del Tribunal Supremo del Despido colectivo en el Instituto Catalán del Suelo (INCASOL), de 18 de noviembre de 2014¹⁸, se llega a afirmar en sus Fundamentos Jurídicos tercero y quinto que *“la verdadera y primigenia causa de la decisión extintiva no puede situarse en la reorganización o en los cambios que pudiera llegar a necesitar la estructura empresarial, sino, precisamente, en la muy delicada situación económica de la entidad demandada.”* La reorganización de la entidad es más un intento de remedio que la auténtica causa del despido.

¿No sería preferible la aplicación *ex ante* y de manera generalizada de los Planes de Empleo en el Sector Público? Sin perjuicio del posterior recurso al despido objetivo de su personal si la situación económica lo demandase.

6. CONCLUSIONES

La definición de la causa económica en el despido colectivo objetivo en su alegación ante los Tribunales suscita dificultades interpretativas.

Es necesario la interpretación de su incidencia en cada caso concreto, sin que sea admisible un concepto estático y rígido de aplicación automática basado en la mera existencia de insuficiencias presupuestarias.

Sería conveniente que los Tribunales pudieran paliar las dificultades con que se encuentran en el desarrollo de su labor con un mayor refuerzo del personal de la Inspección de Trabajo, por el acreditado valor de sus informes sobre a situación económica, presupuestaria y financiera de los entes del sector público.

Aunque no están configurados como preceptivos y sólo se predicán de la Administración Pública, sería conveniente potenciar la implantación de los Planes de Ordenación de Recursos Humanos en el Sector Público, para paliar la incidencia de los desajustes de los recursos humanos existentes con las verdaderas necesidades que la prestación de los servicios imponen al sector público. Asimismo debería generalizarse la aplicación de las relaciones de puestos de trabajo en dicho sector, con la misma finalidad. Ambos instrumentos ayudarían también a los órganos judiciales en su labor de control de la verdadera situación económica en que se encuentra una entidad del sector público que emprende un procedimiento de despido colectivo objetivo.

7. BIBLIOGRAFÍA

MARTÍN VALVERDE A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ F., GARCÍA MURCIA J., Derecho del Trabajo, edit. Tecnos, 23ª edición, 2014, Madrid.

Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, de 21 de junio de 2013.

¹⁸ STS Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 de noviembre de 2014, RJ/2015/1252.

8. JURISPRUDENCIA

STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2014, RJ/2014/2131, Ponente Virolés Piñol

STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 15 de abril de 2014, RJ/2014/3276, Ponente Calvo Ibarlucea

STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 15 de abril de 2014, RJ/2014/4342, Ponente López García de la Serrana

STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, nº 473/2014, de 30 de mayo, AS/2014/2864, Ponente Ureste García

STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 18 de noviembre de 2014, RJ/2015/1252, Ponente Gilolmo López

STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 3 de diciembre de 2014, RJ/2015/867, Ponente De Castro Fernández

STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 24 de febrero de 2015, RJ/2015/1010, Ponente Salinas Molina

Capítulo XXIV. Extinción por causas objetivas y buenas prácticas sobre la carta de despido: criterio jurisprudencial

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ
Profesor Contratado Doctor
Acreditado a Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Resumen

Tras las reformas producidas sobre las modalidades extintivas del contrato de trabajo en aras de su flexibilización, en el caso del despido por circunstancias objetivas y la carta por la que se comunica, jurisprudencialmente, se ha venido a corregir la tendencia desde una óptica garantista y protectora. El Tribunal Supremo, unificando doctrina, ha concretado en el año 2015 el contenido que ha de tener la carta de despido con una doble finalidad: de una parte, delimitar el ámbito del proceso y, de otra parte, evitar la indefensión del despedido. Desde estos planteamientos, se analiza la doctrina y los criterios que la conforman a través de un estudio técnico-jurídico y de política del derecho de su sentido y alcance.

Abstract

After the reforms produced on extinctive modalities of the employment contract for the sake of their flexibility, in the case of dismissal for objective circumstances and the letter in which it communicates, case law, has come to reverse the trend from a guarantor and protector optics. The Supreme Court, unifying doctrine, has completed in 2015 the content must have the dismissal letter with a double purpose: on one hand, define the scope of the process and on the other hand, avoid helplessness fired. From this standpoint, the doctrine and the criteria that shape it through a technical legal and political right meaning and scope of study is analyzed.

1. El contexto jurídico-político: la flexibilización del despido objetivo

Es clásico el pensamiento de que la rígida regulación del trabajo y de las relaciones laborales es una de las causas principales generadoras de disfuncionalidades en el adecuado funcionamiento del mercado de trabajo. Entre las anteriores, paradigmáticamente, la pérdida de empleo. Se alude a que existe un Derecho del Trabajo poco flexible, de marcado carácter tuitivo del trabajador en relación al empresario o empleador. Se considera que éste último, entre otros, tiene unos elevados costes por contratar, por mantener y por despedir a las personas trabajadoras.

Como solución inmediata se propone flexibilidad. Una flexibilidad que ha de permitir una gestión eficaz de las relaciones laborales traducida en: una mayor flexibilidad para acceder al empleo, una mayor flexibilidad en la propia ordenación de la relación laboral y una mayor flexibilidad para salir del mercado de trabajo. La implementación de esta pretendida y necesaria flexibilidad se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico a través, esencialmente, tanto de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, como de las restantes leyes que la complementan, instrumentan y desarrollan directa e indirectamente.

Esta flexibilidad ha conllevado que se vea repensado en la práctica el concepto de flexiseguridad instado a nivel comunitario y tomado como referente en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos. Es así porque la flexibilidad ha roto sus planteamientos formales. Ésta induce a un desequilibrio interno sobre aquél: la mayor flexibilidad introducida en la gestión por parte del empresario o empleador no se

acompaña de una seguridad análoga y en los mismos niveles e intensidad para la persona trabajadora. No es una flexibilidad garantista, tuitiva o consensuada entre las partes de la relación laboral¹.

Queda patente este modelo en los distintos supuestos encuadrables en la modalidad extintiva por causas objetivas regulada en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Es el caso, sistemáticamente, de:

- La ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida en fechas posteriores a su colocación en la empresa.
- La falta de adaptación al trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo tras dos meses de su introducción, siempre y cuando sean éstas razonables, sobre la base del derecho del empresario o empleador a innovar tecnológicamente en los procesos productivos y en los deberes correlativos del trabajador de perfeccionamiento profesional y de mejora de la productividad.
- Las causas económicas –variaciones actuales o previstas en los datos económicos esenciales de la empresa en una dirección negativa, sin concretar alcance, si permiten la superación de la situación–, técnicas –introducción de nuevas tecnologías–, organizativas –variaciones sobre volumen de la plantilla de personas trabajadoras– o de producción –disminución manifiesta de la misma–.
- Las excesivas ausencias intermitentes al trabajo, aún siendo justificadas, que superen el 20% de las jornadas en dos meses consecutivos, siempre y cuando el total de faltas en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles de trabajo o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.
- Los contratos por tiempo indefinido firmados directamente por entidades sin ánimo de lucro para ejecutar planes y programas públicos que no tienen una dotación económica estable y que son financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales resultado de ingresos externos de carácter finalista, por insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Ahora bien, no se ha de obviar que esta flexibilidad en materia extintiva con carácter general y, particularmente, con la objetiva, encuentra el límite del principio de causalidad². La empresa y el empresario o empleador ha de justificar la decisión adoptada de prescindir de los servicios del trabajador justificadamente³. Un principio que, desde una perspectiva de profundización o propósito garantista, viene a desarrollar y esclarecer la doctrina reciente jurisprudencial sobre contenido de la carta o comunicación escrita del despido por circunstancias objetivas establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2015.

¹ Vid., al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 12-15.

² Monográficamente, BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: El despido o la violencia del poder privado, Trotta, Madrid, 2009, *passim*.

³ Desde esta perspectiva, PALOMINO SAURINA, P.: “Contenido de la carta de despido por circunstancias objetivas. Comentario a la sentencia del TS de 12 de mayo de 2015”, Diario La Ley, núm. 8632, *passim*.

2. El supuesto de hecho

Desde la perspectiva planteada, el Tribunal Supremo, en la sentencia referenciada, unifica doctrina y sienta jurisprudencia sobre el contenido concreto y particular que toda comunicación escrita de la decisión extintiva por circunstancias objetivas ha de cumplir.

En este sentido, se establece como requisito necesario para la procedencia de una extinción objetiva el que en la carta de despido consten las causas justificativas concisas del mismo, sin incluir expresiones generales o vagas que sean susceptibles de valer y de alegar en cualquier despido sobre la base de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y, en igual dirección, se viene a establecer, implícitamente, la necesidad de que las causas sean las mismas –y en idéntica forma expresadas– que las recogidas en un acuerdo de despido colectivo alcanzado con la representación legal de las personas trabajadoras.

Atendiendo a lo especificado en la sentencia citada, la persona trabajadora, habiendo prestado sus servicios profesionales con la categoría de especialista con contrato de trabajo indefinido y a jornada completa para una empresa perteneciente a un grupo de empresas dedicada a la misma actividad y bajo la misma dirección, organización y administración, sin traspaso de trabajadores de forma general, recibió una carta de despido por la vía del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la base del expediente de regulación de empleo que había afectado a más de una veintena de la plantilla. Todo ello, junto a la correspondiente indemnización.

La persona trabajadora codemanda a las dos empresas que forman parte del grupo. Ambas comparten socios y administradores, estando confundidos los patrimonios al tener una como principal cliente a la otra. Éstas, de una forma constante y progresiva en el tiempo, habían ido reduciendo la plantilla a través de expedientes de regulación de empleo hasta superar la reducción total más del cincuenta por ciento.

El expediente concreto que afectó a la persona trabajadora y por el que se despidió tanto cumplió los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores –preavisos, reuniones, situación económica de la empresa, cartas con contenido del acuerdo coincidentes, etc.–, como finalizó con acuerdo.

La sentencia de instancia declaró la procedencia del despido y el Tribunal Superior de Justicia correspondiente desestimó el recurso formulado por la persona trabajadora, confirmando, en consecuencia, la sentencia de instancia. Ésta recurre en casación ante el Tribunal Supremo y, sobre la base del incumplimiento de lo apuntado al comienzo del presente epígrafe, se declara la improcedencia del despido objetivo de la persona trabajadora. La justificación: en la carta por la que se comunica el despido objetivo no figuran los datos mínimos exigibles que se constituyan en descripción de la causa de la extinción, no pudiendo disponer la persona trabajadora de la información suficiente y necesaria para, llegado el caso, articular su defensa.

3. El contenido de la carta de despido objetivo

El artículo 53.1 b) del vigente Estatuto de los Trabajadores es el que fija como requisito de forma de debida observancia para la procedencia de un despido por circunstancias objetivas el que se ponga a disposición del trabajador la comunicación escrita de la extinción por las causas que la originan. *A sensu contrario*, en el supuesto

de que el empleador no cumpla con este mandato legal, el despido será considerado improcedente, *ex* artículo 53.4 del mismo Estatuto de los Trabajadores y *ex* artículo 122.3 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social⁴. Es decir, es requisito legal el facilitar al trabajador la carta de despido o la carta en la que a éste se le comunica la citada extinción contractual.

En este sentido, de la simple lectura omnicomprendiva del mencionado precepto se extrae la conclusión de que ésta ha de tener forma escrita y debe fijar una causa o causas con su correspondiente explicación justificadora⁵. Causa que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de noviembre de 2011, concretó que, en el caso de la modalidad extintiva que nos ocupa, hace referencia a las particularísimas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por la parte empresarial en aras de justificar el acto extintivo. La finalidad general perseguida –defendida jurisprudencialmente por el mismo Tribunal en sus sentencias de 3 de noviembre de 1982, 7 de julio de 1986 y 10 de marzo de 1987–: que la persona trabajadora pueda conocer el por qué de su despido para, llegado el caso, actuar judicialmente contra el mismo.

Todo ello, simultáneamente, junto a la puesta a disposición de la indemnización que le correspondiese legalmente a la persona trabajadora. Ambos, constituyen elementos esenciales para la validez de la decisión extintiva⁶.

Respecto a lo primero, causa y justificación, aspectos que interesan aquí, viene defendiendo el Tribunal Supremo por medio de sus sentencias de 4 de julio de 1996, o de 30 de marzo y 30 de septiembre de 2010, que aquéllas han de ser equivalentes a la de los hechos motivadores que se han de recoger en la carta de despido para la modalidad extintiva disciplinaria. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2015 da un paso más, al establecer que, en este supuesto, se han de recoger los datos pertinentes configuradores de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se evita así, en todo momento y con mayor ahínco, no sólo el despido libre o injustificado, sino el despido con una justificación dudosa o no suficientemente expresada de forma clara.

Desde este planteamiento, ya el mismo Tribunal, en fechas anteriores, por medio de su Sentencia de 16 de enero de 2009, dio un primer paso para la concreción del contenido de la carta. Desde la premisa apuntada y en consonancia con la misma, en ella, se defendió y estableció sistemáticamente que ésta:

⁴ La reforma laboral de 2010 suprimió la nulidad del despido objetivo por incumplimiento de los requisitos formales exigidos por el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores. Más concretamente, por el incumplimiento de la entrega al trabajador de la comunicación escrita expresando la causa del despido y la simultánea puesta a disposición de la indemnización correspondiente. Se puso fin así al distinto tratamiento que en este aspecto concreto se estaba dando al despido disciplinario. Al respecto, GALIANA MORENO, J. M^a: “Extinción del contrato de trabajo”, en Comentario a la reforma laboral de 2010, AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 99-100.

⁵ En este sentido, MERCADERUGUINA, J. R.: “Artículo 53. Forma y efectos de la extinción por causas objetivas”, en El nuevo Estatuto de los Trabajadores, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), Comares, Granada, 2012, pp. 756-757.

⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a (coords.), Comares, Granada, 2014, p. 273.

- Ofreciese a la persona trabajadora un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos sobre los que se fundamenta el despido, a fin de concretar posibilidades de impugnación de la decisión y medios de defensa frente a la extinción.
- Determinase concisamente el elemento del hecho constitutivo del acto extintivo, informando del mismo de forma que se permita su racional comprensión.
- Concretase clara y expresivamente el contenido de la carta para evitar dudas en relación a las imputaciones de la empresa.

Estos contenidos jurisprudenciales exigibles al contenido de la carta de despido con el trascurso de los años y el incremento en el uso de los despidos objetivos por la fuerte intensidad de la crisis económica y de empleo experimentada en los años que van desde la misma hasta la actualidad ha hecho que se repiense en un sentido profundizador y garantista por parte de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2015. Unificando doctrina, en el apartado tercero de su fundamento jurídico cuarto, quedan expresados ilustrativa y clarificadoramente los aspectos que han de conformar el contenido concreto que ha de tener una carta de despido por circunstancias objetivas:

1º) La causa y su justificación pasa a ser contenido mínimo formal de la comunicación escrita en el caso de un despido objetivo, de conformidad con el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores. Causa análoga a la de los hechos motivadores del despido disciplinario recogido en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores. Así la expresión de la causa, es la expresión de los hechos.

2º) Los datos objetivos que constituyen la justificación de la causa por la que se despide objetivamente han de quedar expresados formalmente en la carta, pudiendo anexasar documentación pertinente sobre hechos de los que se desprenda la causa alegada empresarialmente. En este sentido, es necesario la concreción y particularización de datos suficientes que demuestren y fundamenten de un modo efectivo el concepto de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción recogidas legalmente. En lógica consecuencia, se excluye tanto el acudir a expresiones genéricas o abstractas que no incluyan datos fácticos de la empresa como la posibilidad de remitir en blanco, sin concreción, a datos o a acuerdos que no sean definidos ni documentados.

3º) Los hechos que figuren y formen parte del contenido de la carta de despido son los que única y exclusivamente pueden ser objeto de prueba en el correspondiente juicio. Prueba que, en todo caso, corresponde al empresario y al que no se le admitirán en el acto de juicio otros motivos de oposición a la demanda que se le ha planteado.

4º) Los hechos recogidos en la carta de despido han de estar conectados e interrelacionados con los hechos que resulten probados en la sentencia, sin que se puedan añadir datos complementarios o ajenos a los establecidos en aquella y/o en los documentos que la acompaña.

5º) La carta de despido y la presencia concreta en la misma de los hechos probados será cuestión y aspecto clave definidor sobre la procedencia de la extinción objetiva. O, en su caso y defecto, de improcedencia. Es decir, ha de concurrir en la carta la causa legal –económicas, técnicas, organizativas o de producción–. O cualquiera otra de las recogidas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

6º) La carta de despido, para que sea válida, no es suficiente con que sea escrita. Es requisito necesario adicional el permitir que la persona trabajadora conozca de una forma clara, suficiente e inequívoca los hechos imputados o las causas consideradas como constitutivas de la extinción a fin de que, desde su fácil comprensión, se permita impugnar la decisión empresarial, pudiendo preparar así los medios de prueba pertinentes para su defensa.

Por tanto, invalidará la carta la alusión a causas genéricas sin concreción alguna o el establecimiento de indeterminaciones que induzcan a confusión. Es así porque éstas, sin duda alguna, pueden afectar a la defensa y atentar al principio de igualdad de las partes.

7º) El despido objetivo será declarado improcedente si la carta de despido es escrita, menciona causa y no justifica, bajo los criterios precedentes, la misma.

Sin embargo, pese a la claridad y concreción exigida, se obvia en esta doctrina otro aspecto que puede ser trascendental para la adecuada y completa formalidad de la comunicación escrita de la extinción contractual: la fecha en la que ésta tiene efecto. En tanto en cuanto no hay cita, ni remisión expresa a cuerpo jurisprudencial en el citado pronunciamiento, ni tampoco en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores se establece previsión alguna al respecto, no considerándose, por tanto, contenido necesario, esta circunstancia no impide a la persona trabajadora de que en la demanda refleje la fecha en la que la extinción se hace efectiva, *ex* artículo 104 b) de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social.

Al respecto, no se ha de obviar que el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 28 de abril de 1997 y de 18 de enero de 2000, estableció que con respecto a la modalidad extintiva del despido disciplinario –extinción tomada como referente para la delimitación y concreción del contenido de la comunicación escrita del despido objetivo–, éste deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo constar los hechos motivadores –causas, en el caso del despido objetivo, como se ha apuntado– y la fecha en que tendrá efectos.

De una interpretación sistemática e integradora de conjunto, se ha de entender que, en caso de ausencia de una fecha concreta en la carta de despido desde la que se materializa el mismo, se ha de considerar como fecha del despido aquella en la que se produce el cese efectivo en la prestación de servicios⁷. E, idéntica fecha, será la considerada para el inicio del cómputo del plazo de caducidad.

4. Procedencia del conocimiento de la carta de despido objetivo por la representación legal de los trabajadores: aspectos de contenido y formales

Doctrinal y jurisprudencialmente se ha venido defendiendo que el contenido claro y suficiente de los hechos que se imputan por la parte empresarial al trabajador en la comunicación escrita de un despido colectivo tienen que ser los mismos –y en idéntica

⁷ MERCADER UGUINA, J. R.: “Artículo 53. Forma y efectos de la extinción por causas objetivas”, en *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), SERRANO FALCÓN, C. (coord.), cit., p. 757

forma reflejados– que los que establezca la comunicación de la decisión extintiva a la representación de los trabajadores⁸.

Es necesario traer a colación esta cuestión porque en los hechos probados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2015, implícitamente, pese a abordar una modalidad extintiva diferente a la precedente, como es la objetiva, se está haciendo mención al acuerdo alcanzado por la empresa y los representantes de los trabajadores en el procedimiento de despido colectivo instado por aquélla. Acuerdo resultado del estudio de las causas expuestas por la empresa como generadoras de la propia extinción. Sobre todo si, como es el caso, el despido objetivo se fundamenta en cualquiera de los motivos regulados en el artículo 52 c) en remisión al 51.1 del Estatuto de los Trabajadores: causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Desde su consideración, *ex* artículo 51.2 de la misma, a priori, la empresa está en la obligación de hacer llegar una copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento, especificando, particularmente, entre otras cuestiones, las causas de la extinción. Reitera y recuerda así el Tribunal Supremo que la procedencia o la improcedencia de esta modalidad extintiva va a depender de la concurrencia de cualquiera de las citadas causas legales y su reflejo en la propia comunicación escrita.

A posteriori, las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2007 y de 8 de noviembre de 2011, matizaron la cuestión y establecieron que la copia a entregar no sólo es la del preaviso, sino la propia comunicación escrita de la extinción. Su fundamento: si una de las finalidades de la representación legal es el control de las extinciones contractuales apuntadas, la alusión al escrito de preaviso se ha de referir necesariamente a la carta misma de despido, con la pretensión de: en primer lugar, facilitar la mayor información posible para que la representación legal tenga conocimiento objetivo de la causa; y, en segundo lugar, controlar por ésta la adecuada utilización de esta modalidad extintiva. Si no se cumplen ambas, la propia representación legal de las personas trabajadoras tendrá serias dificultades para el conocimiento de la situación empresarial en relación a la pertinente utilización de la modalidad extintiva objetiva y no superar sus umbrales conducentes a una nulidad.

Pero es que, dando un paso más, también de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo pero, en este caso, en su Sentencia de 18 de abril de 2007, si no se cumple esta exigencia de entregar copia de la carta de despido a la representación legal, se ha de considerar que la extinción incurre en un defecto formal que, de conformidad con los artículos 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 122.3 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, implica la improcedencia del despido objetivo⁹. Aparte de constituir una infracción administrativa susceptible de ser sancionada de conformidad con el artículo 7.7 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁰.

⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas, *cit.*, pp. 23 y ss.

⁹ Ilustrativa y clarificadoramente, al respecto, *vid.*, SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Nulidad del despido objetivo por dar copia de la carta”, en 160 Cuestiones sobre temas laborales, SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, p. 423.

¹⁰ Desde esta perspectiva, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a (coords.), *cit.*, p. 274.

Se ha de entender así, interpretando sistemática y omnicomprensivamente esta doctrina jurisprudencial, que sobre el contenido de la carta de despido y la forma en la que se expresa tiene implicación directa la representación legal de los trabajadores. Ésta ha de conocerla previa o simultáneamente al conocimiento del trabajador afectado por el despido objetivo. Y adicionalmente, de forma manifiesta y automática, se constituye en posible apoyo para la defensa del trabajador mediante su impugnación ante posibles defectos sobre los términos apuntados en aspectos de contenido y forma de expresión. Todo ello sin olvidar la ostentación de información clave sobre el modo de proceder adecuado o no con la comunicación y la expresión formal de la extinción por causas objetivas.

De esta forma, para esta cuestión concreta, gracias, en parte, también a su alusión residual por la doctrina jurisprudencial referencial en este estudio, se están sentando las bases para que la actitud de la representación legal transite desde una considerable pasividad –en forma de recepción de información y control– hacia otra más activa de forma evidente en la que sea parte decidida y clave en la defensa de la persona trabajadora frente a la extinción contractual por circunstancias objetivas y sus causas motivadoras¹¹.

5. Finalidades técnico-jurídicas y procesales de la doctrina jurisprudencial sobre el contenido de la carta de despido objetivo

La razón de ser del cuerpo doctrinal jurisprudencial sobre la comunicación escrita de la extinción contractual por razones objetivas se encuentra y fundamenta, desde la técnica jurídica procesal, en que una pertinente, procedente y adecuada fundamentación formal de la decisión extintiva de conformidad con los parámetros expuestos, contribuye eficazmente tanto a la delimitación del ámbito del proceso de despido como a evitar la indefensión de la persona trabajadora despedida. Están presentes y son manifiestos, así, propósitos garantistas.

5.1. La delimitación del ámbito del proceso

Desde la consideración de la necesidad de que formen parte del contenido de la carta de despido las causas que lo justifican expresadas de una forma comprensible, cuestión diferente va a ser su posible certeza. Ésta queda para el proceso judicial, llegado el caso de que la persona trabajadora optase por impugnar la decisión extintiva.

En este sentido, en los artículos 105, 120 y 122.3 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, se establece que es al demandado a quien corresponde la carga de la prueba sobre la veracidad de los hechos que le son imputados a la persona trabajadora en la carta de despido que recibe y que lo justifican, no admitiéndose en el acto de juicio otros motivos de oposición a la demanda diferentes a los incluidos en la comunicación escrita.

Regulación jurídico-legal que viene a reafirmar la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo como finalidad manifiesta de la doctrina establecida. Y lo realiza aludiendo e incidiendo de forma expresa en el hecho de que única y exclusivamente

¹¹ Abogando por una reforma legal que recoja este planteamiento, PERALTA ORTEGA, R.: “Una larga controversia judicial inacabada: la comunicación a la representación de los trabajadores de las extinciones individuales consecuencia de un despido colectivo”, Revista Trabajo y Derecho, núm. 12, 2015, p. 143.

sólo pueden ser objeto de prueba los hechos alegados en la comunicación escrita, constituyendo así su contenido.

En consecuencia, la empresa no puede alegar en juicio motivaciones de la extinción diferentes a los incluidos en la carta. Se viene a realzar así la importancia que tiene la concreción particular y la forma en la que se recogen los hechos que se le imputan a la persona trabajadora como causantes de la extinción en la propia carta de despido. Una redacción de ésta ajustada a los criterios y pautas jurídico-legales y jurisprudenciales sobre la materia genera, automática e implícitamente, una elevación en el nivel de garantías desde una adecuada y pertinente delimitación del proceso sobre el despido.

5.2. Evitar la indefensión del despido: criterios a cumplir por la comunicación escrita para garantizar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva

Se ha de partir de la premisa de que en un modelo de Estado social de Derecho como el español, corresponde a los jueces y tribunales desempeñar el rol de ser los garantes esenciales del imperio de la ley, de su correcta aplicación, de los derechos y de la sujeción de todas las personas a la justicia y al orden jurídico, tanto constitucional como legal. En ello es clave el derecho a la tutela judicial efectiva. Radica aquí gran parte de la fundamentalidad material y formal de este derecho.

Es así porque la Constitución lo incluye en el catálogo de derechos fundamentales de la persona, por lo que en el artículo 24.1 queda fijado que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

Interpretado sistemáticamente, este precepto conlleva, de una parte, un derecho a la total justiciabilidad de cualquier derecho o interés legítimo ante cualquier situación jurídicamente relevante de la persona –como la del caso objeto de estudio, extinción contractual por causas objetivas y su pertinente y clara fundamentación en forma de concreción de causas–, en cuanto derechos subjetivos e intereses jurídicamente dignos de protección; y, de otra parte, el derecho a que esta tutela se preste de un modo efectivo, pues del propio artículo constitucional no se desprende un derecho de acceso a ella, sino expresa y directamente, la obtención de la misma. Por tanto, de un lado, queda constitucional y expresamente recogida la prohibición de toda forma denegatoria de justicia evitando así una indefensión¹² y, de otro lado, se manifiesta explícitamente su marcado carácter tuitivo, al proyectarse el derecho sobre todos los órdenes jurisdiccionales y sobre toda clase de procesos.

Ilustrativa es, al respecto, concretando lo planteado sobre la extinción por circunstancias objetivas, el hecho de que ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1988 manifestase no sólo la necesidad de la facilitación de un conocimiento claro, suficiente e inequívoco sobre la causa del despido, sino también que, comprendiéndose la causalidad, se permitiese tanto la impugnación de la decisión adoptada por la empresa como la preparación de los medios de prueba que se estimen convenientes para su defensa.

¹² DÍEZ-PICAZO, L. M^a: Sistema de derechos fundamentales, 3^a ed., Thomson Civitas, 2008, p. 428.

Planteamiento doctrinal en el que redunda la sentencia objeto central de estudio y análisis, incidiendo, desde los adjetivos y criterios de esencialidad, suficiencia y trascendentalidad, en el hecho de que la comunicación escrita ha de incluir y recoger expresamente, a modo de contenido mínimo, la causa originadora de la extinción y su justificación. La insistencia en estas pautas viene a constituir una vinculación implícita y manifiesta teleológicamente con el derecho fundamental citado. El pleno conocimiento de las razones esgrimidas es sinónimo de posibilidad de ejercicio con garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de la persona trabajadora tanto para, directamente, impugnar el propio despido por circunstancias objetivas, como para fijar los medios de prueba que pueda considerar oportunos y pertinentes para su adecuada defensa personal en el juicio¹³.

Asimismo, no se ha de obviar tampoco que este derecho constitucional se encuentra presente –resultado de su traslación al ámbito de las relaciones laborales por cuenta ajena– en el artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores. Éste reconoce como derecho laboral básico en la relación de trabajo de toda persona trabajadora, la posibilidad individual de ejercer acciones derivadas del contrato de trabajo, quedando establecido el desarrollo específico de este derecho laboral en la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, en sus artículos 16.1 y 17.1, en los que se alude a la capacidad y legitimación procesales en cuanto derechos de acción procesal para el ejercicio ante los órganos jurisdiccionales respecto a los derechos e intereses legítimos derivados del contrato de trabajo.

Por tanto, cumpliendo así con su finalidad garantista, se ha de valorar la consideración de que un incumplimiento directo y/o indirecto de la doctrina jurisprudencial analizada y de sus criterios, puede suponer y considerar una violación de derechos fundamentales laborales reconocidos constitucional y legalmente y atribuidos a toda persona en su condición de trabajadora.

De esta forma, automáticamente, con esta doctrina jurisprudencial, se eleva el nivel garantista frente a la modalidad extintiva por circunstancias objetivas. Sobre todo, porque su causalidad se ha de manifestar en forma de datos fácticos, datos objetivos, suficientes para su adecuada comprensión y que, imperiosamente, han de concretar y fundamentar el concepto jurídico-legal de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Ahora bien, queda concretado el modo en el que se han de hacer efectivos estos criterios y lo que se puede considerar y no considerar a efectos de su eficacia. Recoge el propio Tribunal que no se pueden tener en cuenta ni ser incluidos como parte del contenido de la carta aquellos datos concretos fácticos, objetivos y suficientes que fueron declarados como probados en la sentencia de instancia que, no siendo alterados en suplicación, se conformaron como trascendentales para la decisión judicial de la procedencia del despido.

En consecuencia, se viene a separar y diferenciar así el contenido mínimo que ha de tener toda carta de despido por circunstancias objetivas para garantizar la tutela judicial

¹³ En esta dirección, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a (coords.), cit., pp. 275-276.

efectiva por medio de la evitación de la indefensión de la persona trabajadora despedida, de la valoración del conjunto de circunstancias presentes en aras de la conclusión sobre la posible existencia de las causas objetivas invocadas para realizar la extinción contractual.

6. Posibles buenas prácticas sobre la forma de inclusión de contenidos en la carta de despido por circunstancias objetivas a la luz de la regulación legal y de la doctrina jurisprudencial

Atendiendo tanto a la regulación jurídico-legal como a la doctrina jurisprudencial establecida y sus finalidades sobre el contenido de la carta de despido por circunstancias objetivas, se ha de partir del hecho de que en esta modalidad extintiva el elemento común presente es adoptado por el empresario o empleador atendiendo a circunstancias susceptibles de ser valoradas objetivamente y que, de ninguna forma, son resultado de un directo y claro incumplimiento contractual previo por parte de la persona trabajadora.

Esto, en esencia, representa una mayor dificultad para la particularización de los motivos que fundamentan la decisión tomada. Sobre todo y atendiendo a los criterios analizados, porque probablemente la propia persona trabajadora no tenga conocimiento suficiente y claro de la situación económica, técnica, organizativa y productiva de la empresa para la que trabaja o, directamente, carezca de la formación necesaria para interpretar en lógica coherencia los datos reflejados en relación a los anteriores en la carta de despido como justificación de la decisión tomada.

Desde este planteamiento es muy importante partir de la consideración de que la carta de despido no exige una exhaustiva y amplísima descripción de las circunstancias que generan la propia extinción con alegación de cifras y datos excesivos. Muy al contrario, se ha de reflejar en ella los hechos invocados constitutivos del despido objetivo a fin de que racionalmente la persona trabajadora conozca, en última instancia y en puridad, por qué es despedida.

En este sentido, puede ser interesante, a fin de cumplir con la regulación legal para ajustar el despido objetivo a derecho, contextualizar muy sucintamente, en primer lugar, a la empresa en el mercado o sector donde opera y la situación actual que esté experimentando. En conexión, de una forma detallada, se ha de dejar constancia de que la causa económica, técnica, organizativa o de producción afecta muy especialmente a la totalidad de la empresa o del grupo de empresas de la que ésta forma parte, tanto directa como indirectamente, aportando datos objetivos, veraces y claros.

En consonancia, es importante que todas y cada una de las causas concretas que se aleguen, si quiera, se explique sobre ellas: en primer lugar, su origen, ofreciendo algún dato paradigmático de la evolución reciente de la empresa en los últimos años; en segundo lugar, sus consecuencias sobre la empresa, concretando sobre cada uno de los aspectos alegados encuadrados en las causas técnicas, organizativas, económicas o productivas mediante el relato de hechos particulares y comprobables, a priori, por las personas trabajadoras a la luz de los datos puntuales ofrecidos y de su explicación; y, en tercer lugar, posibles medidas alternativas que se han ido adoptando por la empresa a fin de revertir la situación en la que se encuentra inmersa y que ha conllevado la extinción que se comunica, dejando, constancia, llegado el caso, de que ésta ha sido una medida adoptada como último recurso.

Esta argumentación en forma de origen, consecuencias y medidas alternativas ante las circunstancias alegadas como causa económica, productiva, organizativa o técnica justificadora de la extinción objetiva, es necesario, clave e importantísimo que se concrete en el ámbito de la persona trabajadora, a fin de que la misma se vea reflejada claramente en ella, sin lugar a dudas o a interpretaciones. Se ha de considerar muy valorable proyectar la argumentación a la actividad laboral que venía desarrollando la persona trabajadora en el puesto que ocupaba. Y, en igual sentido y consideración, es recomendable exponer los criterios seguidos y su valoración para la selección de la persona trabajadora a la que se le comunica la decisión extintiva. Es decir, el por qué a ella y no a otro compañero. Obviamente, estos criterios es necesario que cumplan con los adjetivos y/o criterios de objetividad, razonabilidad y coherencia.

Así, si son cumplidas estas pautas orientadoras a modo de buenas prácticas sobre el contenido que se ha de incluir y que ha de tener la carta de despido, así como sobre su modo de reflejo, se viene a manifestar implícitamente que, por parte empresarial, existe un conocimiento profundo y detallado de la regulación legal y de la doctrina jurisprudencial imperante sobre el contenido de la carta mediante la cual se comunica la extinción por circunstancias objetivas. Y, en igual sentido, la voluntad manifiesta para su cumplimiento.

7. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo sobre el contenido de la carta de despido por circunstancias objetivas, tanto por sus aspectos conformadores como por la manifiesta finalidad garantista que tiene, viene a perfilar el sentido, el alcance y la forma que ha de tener la causa justificadora de la decisión extintiva. Supone así un límite claro y evidente a la flexibilidad instada e imperante en la ordenación jurídica de la relación laboral y, más concretamente, sobre las extinciones contractuales.

Sin duda alguna, con la exigencia de que se vean reflejados comprensible y racionalmente en la comunicación escrita los datos mínimos exigibles que doten de contenido a la causa legalmente establecida como extintiva para que la persona trabajadora conozca por qué se prescinde de ella en aras de, llegado el caso, articular su defensa posibilitando así el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, contribuye a reforzar el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo clásico.

En consonancia, desde esta doctrina que interpreta y complementa la regulación legal de la modalidad extintiva objetiva, para la cuestión concreta estudiada, se vuelve a tomar en consideración y de forma seria y rigurosa la esencia y razón de ser reequilibradora del Derecho social del Trabajo, tanto en un modelo de Estado social y democrático de Derecho, como en un momento de supuesto crecimiento y creación de empleo en el que sus postulados, más que nunca, se han de observar y hacer valer.

Capítulo XXV. Breve Estudio Jurisprudencial sobre la Transgresión de la Buena Fe Contractual como Causa de Despido Disciplinario

ALBERTO AYALA SÁNCHEZ
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

Resumen

Del contrato de trabajo se derivan prestaciones recíprocas para cada una de las partes, empleador y trabajador y, es más, una de las características de esta relación comercial es que nos encontramos ante un contrato *intuitu personae*. Pues bien, el objeto del presente trabajo será poner de manifiesto como esa persona denominada trabajador debe llevar a buen término su prestación conforme a las reglas de la buena fe. En caso contrario, el empleador podrá instar la extinción del contrato de trabajo con fundamento en la transgresión de la buena fe contractual como motivo de despido disciplinario.

En el sentido arriba enunciado, estudiaremos qué significa la buena fe contractual y, por tanto, también su lado negativo que es la transgresión de esa buena fe contractual. Ésta supone una gran variedad de comportamientos que hacen lícito que el empresario se ampare en ellos para dar por concluida la relación laboral.

Con motivo de todo lo anterior, nuestra intención es ver cómo la jurisprudencia trata de dar oportuna respuesta a la citada y compleja causa de despido disciplinario y, además, intentaremos ver cuáles son los elementos básicos o comunes de la transgresión de la buena fe contractual ante la disparidad de conductas que caen dentro del art. 54.2 letra d) del vigente Estatuto de los Trabajadores.

1. INTRODUCCIÓN

El jurista ante los problemas ficticios o reales que se le presentan a diario está siempre en continua búsqueda dentro del Derecho positivo de la norma aplicable al caso concreto al objeto de darle una solución o, en otras palabras, llevar a cabo la tarea de subsunción de nuestro supuesto fáctico imaginado o real en el supuesto de hecho de la norma y ver cuál es su consecuencia jurídica.

La citada labor de subsunción sin dejar de ser una tarea cotidiana es a la par básica y fundamental. En determinadas ocasiones puede presentarse sin especiales inconvenientes, pero a veces, aparece con no pocas dificultades como, por ejemplo, cuando estamos ante el reenvío de normas.

Al estudiar la transgresión de la buena fe contractual como motivo de despido disciplinario, nos encontramos que la tarea de subsunción del hecho real al supuesto hipotético previsto en la norma está representado a través de un concepto jurídico indeterminado, como es la buena fe.

En razón de ello, la principal problemática a la que nos enfrentamos es clarificar qué conductas o comportamientos del trabajador podemos calificar como transgresión de la buena fe contractual, para de este modo, dar cierta seguridad jurídica y no concebir esta causa de despido disciplinario como vía de escape utilizada por el empresario cuando el hecho imputable al trabajador no tiene encaje en cualquiera de los otros motivos que conforman el despido disciplinario.

Para conseguir el objetivo propuesto, vamos a realizar un breve estudio de la buena fe, tanto desde la óptica del Derecho Civil como desde la órbita del Derecho del Trabajo;

clarificaremos sus elementos según la jurisprudencia, para a continuación abordar qué es un concepto jurídico indeterminado y cómo localizar su núcleo conceptual.

Realizadas las anteriores tareas, es decir, sabiendo qué es la buena fe, cuáles son sus elementos y expuesta la noción y las zonas que tienen todos los conceptos jurídicos indeterminados, también la buena fe, intentaremos dar cumplido término al objetivo propuesto, que es –como hemos dicho– ofrecer unas pautas para determinar qué conductas pueden subsumirse dentro de la transgresión de la buena fe contractual en beneficio del trabajador y, dar cumplida respuesta, al principio constitucional de seguridad jurídica.

2. LA BUENA FE EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Antes de hacer un estudio sobre el tratamiento jurisprudencial de la transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario [art. 54.2, d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en adelante ET]¹, sería interesante ver qué entendemos por buena fe o qué concepto tienen de ella las personas ajenas al mundo del Derecho.

Para esta primera aproximación podemos partir de nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE). Éste nos muestra tres entradas pero a través del vocablo «fe»². La primera de carácter general, entendiéndola como «rectitud, honradez»; las otras dos entradas el Diccionario las vincula al ámbito jurídico. Así, define la buena fe como: «criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho» y a reglón seguido, nos presenta la tercera definición más circunscrita a la esfera obligacional, tomando el siguiente sentido: «en las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte».

La buena fe como rectitud u honradez en el modo de actuar o comportarse una persona sin mayores disquisiciones y pretensiones, lo entendemos acertado y, sobre todo, claro. Sin embargo, discrepamos de la segunda acepción. Ésta la une al comportamiento «honesto» de los sujetos insertos en una relación jurídica. Emplear el vocablo «honesto», a nuestro modo de entender, está más próximo a un determinado concepto de moral sexual que fue proscrito por el Estado de Derecho al modificarse el Código Penal por medio de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, sustituyendo la expresión «delitos contra la honestidad» por «delitos contra la libertad sexual»³. Esta línea argumentativa es acorde con el concepto de buena fe que defenderemos en el mundo jurídico y, más concretamente, en el ámbito del Derecho del Trabajo. En definitiva, cualquier persona lega en Derecho entenderá por buena fe como: aquel comportamiento basado en la rectitud u honradez en su actuar o comportamiento apropiado y esperado por la otra parte del negocio jurídico.

Antes de examinar la buena fe en nuestra parcela jurídica-laboral es obligado detenerse en el Derecho Privado y, de forma más concreta, en su texto normativo por antonomasia: el Código Civil (Cc). Éste no expresa una definición precisa de lo que podamos entender por buena fe. Concepto que no está exento de dificultad como ya ha

¹ BOE núm. 255, de 24 de octubre.

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE) en: <http://dle.rae.es/?w=fe&o=h>. Web visitada el día 23 de noviembre de 2015.

³ BOE núm. 148, de 22 de junio.

expresado la doctrina más autorizada con las siguientes palabras: «...pocos conceptos habrá tan necesitados de precisión en el campo del Derecho Civil como el de la buena fe, dada la profusa aplicación que de este principio hace el propio ordenamiento»⁴. Sin embargo, tras examinar los distintos preceptos legales en los que se hace referencia a la *bona fides* [arts. 7.1, 1107, 1164, 1258 y 1473 Cc, entre otros], se extrae una doble concepción de la misma. Una, de carácter subjetivo, como honradez ligada al comportamiento de una determinada persona y, la segunda de sentido objetivo, como forma de comportamiento general o regla objetiva de comportamiento en los negocios jurídicos o, con otras palabras, estándar de conducta cuyo modelo era el *bonus paterfamilias*⁵, o en otros términos más gráficos «...modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado»⁶.

Ligada a esta última concepción como estándar de comportamiento o canon ético⁷, sabemos que los contratos no sólo obligan a lo estipulado sino también a aquellas otras obligaciones que derivan de la buena fe (arts. 7 y 1258 Cc; precepto similar a éste último lo encontramos en el Código de Comercio, art. 57). A primera vista pudiera parecer que a través de la buena fe se está ampliando el conjunto de obligaciones jurídicas a las que se habría comprometido un determinado sujeto al suscribir un contrato, sin embargo no es cierto, todo lo contrario, es una manera adecuada y previsible de que el contrato se desenvuelva de forma correcta y conforme a un formato homogéneo. Y ello fundamentalmente, porque los sujetos que establecen el contrato no pueden agotar o determinar todas las obligaciones que de forma natural conlleva el mismo, o simplemente, no quieren detallar cada uno de los derechos y deberes⁸.

Al hilo de esta idea, el principio de buena fe se concibe como un límite invisible y no escrito de lo recto y honrado en las relaciones jurídicas⁹, pues todo negocio jurídico surgido de la autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc), además de respetar el principio de legalidad (art. 9.3 de la Constitución), no nos puede llevar, tras realizar una interpretación rigurosa y excesivamente literal del brocardo latino *pacta sunt servanda*, a consecuencias jurídica no deseadas y, en los casos más graves, a consecuencias injustas. A este fin también coadyuvan, primero la moral, tal y como lo describe el art. 1255 del Cc y, segundo, la determinación de la causa en los contratos con el objeto de restar operatividad a los negocios abstractos y, en consecuencia, no otorgarles una innecesaria protección jurídica de conformidad con el art. 1275 del Cc¹⁰.

A tenor de lo apuntado, la buena fe tendría una doble funcionalidad; una primera, que serviría para la correcta integración y desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y, a la par, una segunda función de límite al ejercicio de los derechos y deberes derivados del negocio jurídico concreto. Entendemos que ambas funciones son las dos

⁴ DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio general de la buena fe*, Barcelona, Librería Bosch, 1963, pág. 7.

⁵ GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte General del Derecho Civil Español*, Madrid, Civitas, 1983, pág. 185.

⁶ DíEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Introducción, Derecho de la persona, Autonomía Privada. Persona jurídica, 5.ª edic., Madrid, Tecnos, 1984, págs. 442-445.

⁷ STS, Sala Primera, de 15 de octubre de 2015, núm. rec. 2157/2013.

⁸ GARCÍA RUBIO, M.ª P.: «Comentario al artículo 7 del Código Civil» en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.) *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, págs. 68-70.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, F. J.: *Curso de Derecho Civil I, Parte general y Derecho de la persona*, 3.ª edic., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, págs. 297-299.

¹⁰ DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción, Teoría del Contrato*, 6.ª edic., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson-Reuters, 2007, pág. 59.

caras de una misma moneda, por cuanto que no podemos entender la una sin la otra. Cuando por ejemplo nos estamos refiriendo al ejercicio de cualquier derecho (aunque más adelante nos centremos en los derechos y deberes laborales derivados del contrato de trabajo) la ley debido a su generalidad y su alto grado de abstracción no puede perfilar cada situación específica, sino que se verá individualizada, concretada y limitada por el principio de buena fe.

Por ello la buena fe más que un criterio interpretativo, que lo es, pero no para buscar la verdadera voluntad de los sujetos que participan en la constitución de la relación jurídica, sino para desentrañar y poner de manifiesto la conducta que es esperada conforme a los cánones éticos imperantes en cada momento en esa comunidad¹¹.

Y por último, la buena fe es un principio general del Derecho al servir como elemento integrador de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que los tribunales deberán buscar aquel derecho objetivo que trasciende a las partes de la relación negocial, localizando aquello que realmente no está en el contrato pero sí se puede deducir a través del precepto normativo que es la buena fe¹².

3. LA BUENA FE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO

No cabe la menor duda que los arts. 7 y 1258 del Cc son de aplicación en el Derecho del Trabajo; y es así porque, primero, el art. 7 está inserto en el Título Preliminar del citado Cuerpo Sustantivo y, segundo, el art. 1258 está en el capítulo primero (disposiciones generales) del Título II «De los contratos», normas que tienen –al menos– una aplicación supletoria a las regidas por otras leyes (art. 4.3 Cc).

La noción de buena fe es una noción unitaria dentro de la dogmática contractual común, siendo relevante a estos efectos –como ya hemos enunciado– los arts. 7 como modelo de comportamiento ético y 1258 del Código Civil dentro de la dogmática contractual, preceptos que el legislador consciente de su importancia ha optado por adaptarlos a nuestra disciplina dada la «naturaleza» del contrato de trabajo¹³, siendo expresión de ello los arts. 5 a) y 20.2 ET. De este modo, tanto del trabajador como del empresario, se espera una actitud noble, veraz, carente de comportamientos simulados y menos aún abusivos¹⁴, si bien es cierto, que hay una mayor exigencia al trabajador que al empleador.

A lo que a nosotros nos interesa al examinar la transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario es no sólo que la buena fe sea un criterio interpretativo e integrativo del ordenamiento y que a la par esté considerada como principio general del Derecho, sino también, primero, que opere como límite de los derechos subjetivos que pueda ejercer el empleador y, en su caso, incluso el trabajador¹⁵ y, segundo, funcione como fuente de los deberes laborales a los que está sujeto el trabajador por virtud del contrato de trabajo. Deberes laborales, que por otra parte, también tiene el empresario al estar ante un contrato bilateral y sinalagmático.

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*, Madrid, Civitas, Reimpresión 1991, págs. 89-90.

¹² YZQUIERDO TOLSADA, M.: «De nuevo sobre la buena fe», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, (Universidad de Extremadura), núm. 6, año 1988, pág. 649.

¹³ STEDH de 12 de septiembre de 2011, Asunto Palomo Sánchez y otros contra España.

¹⁴ Molero Manglano, C (Direc.), Sánchez-Cervera Valdés, J. M., López Álvarez, M.^a J., Matorras Díaz-Caneja, A.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 11.^a edic., Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2011, págs. 444-446.

¹⁵ STC 203/2015, de 5 de octubre de 2015.

Contrato de trabajo en el que tiene especial incidencia, como decimos, el principio general de buena fe, pues al ser un contrato de los denominados de tracto sucesivo, en virtud del cual, las prestaciones de cada una de las partes no se agotan mediante el acto de su cumplimiento ni pueden estar completamente determinadas y especificadas en el momento de prestar el consentimiento, sino todo lo contrario, las prestaciones con sus respectivos derechos, obligaciones y deberes recíprocos de cada una de las partes, se prolongan en el tiempo adaptándose y revitalizándose conforme al devenir de la relación laboral teniendo como límite siempre la buena fe.

En consonancia con lo anterior, encuadramos al contrato de trabajo dentro de los llamados «contratos relacionales», en donde debemos distinguir en primer lugar, un contrato-acto contractual nacido del consentimiento de las partes pero que no perfila las prestaciones de forma rigurosa y detallada y, en segundo término, lo que denomina la doctrina como contrato-relación contractual, que sí despliega una actividad de concreción de las prestaciones a las que las partes quedan obligados, cobrando aquí el principio de buena fe un papel rector a la hora de exigir y matizar esas prestaciones laborales.

Todas estas tareas de concreción de las prestaciones las lleva a buen fin el empresario previo encuadramiento profesional del trabajador al desplegar el haz de sus facultades directivas, y consecuentemente, asignando al trabajador las tareas concretas que pueda desarrollar dentro de los márgenes perfilados al llevar a cabo el acto clasificatorio, siempre conforme a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 ET), es decir, las prestaciones del trabajador no están plenamente determinadas en el momento de manifestar el consentimiento contractual, sino que se irán especificando a lo largo de la vida de la relación contractual según las necesidades organizativas pero dentro de los límites del encuadramiento profesional y de las tareas que el mismo abarca, siempre en consonancia con el principio de buena fe¹⁶.

En definitiva, la prestación de trabajo debe realizarse ateniéndose a las exigencias de la buena fe [art. 5 a) ET], precepto que es desarrollado un poco más adelante en dicho Cuerpo Normativo en su art. 20.2. Ahora bien, cabe preguntarse si la buena fe que se debe desplegar en el ámbito laboral con ocasión del contrato de trabajo y de la ejecución de la prestación, tiene o no, tintes especiales respecto de la expuesta en el Derecho Civil.

Además, su funcionalidad en el contrato de trabajo es análoga al resto de los contratos, al facilitar la interpretación e integración del mismo. Ahora bien, su intervención integrativa está a nuestro modo de ver más acentuada por un doble motivo: el primero, nos encontramos ante un contrato *intuitu personae* donde la relevancia de la persona es más importante y crucial que en el resto de los contratos. La relación laboral se fundamenta en la mutua confianza de los sujetos implicados, pero más si cabe en la confianza que el empresario deposita en el trabajador, de tal forma que si ésta falta, el empleador utilizará los mecanismos pertinentes para deshacer el vínculo jurídico. Y segundo, la buena fe nos permitirá una adecuada determinación o delimitación de la prestación laboral, de tal modo que el empresario no pueda exigir más y el trabajador no deba ofrecer menos de los estándares establecidos¹⁷. Estos modelos evolucionan con la sociedad como ya dijo el Tribunal Constitucional señalando que la buena fe actúa como factor de «...flexibilización

¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 23.ª edic., Madrid, Tecnos, 2014, págs. 507-509; 521-522; 590-591.

¹⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 6.ª edic., Madrid, Tecnos, 2013, págs. 213-214.

capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad...»¹⁸, es decir, que a través de él, el ordenamiento jurídico se ve actualizado.

Ahora bien, ese continuo rejuvenecimiento de la norma a través de esos estándares no nos puede llevar a extensión desmesurada del principio de buena fe contrario a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y menos aun, a una aplicación del citado principio contrario a los derechos fundamentales cuyo punto de partida será de forma directa o indirecta la dignidad del trabajador como persona (art. 10.1 CE).

4. LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE COMO CAUSA DE DESPIDO DISCIPLINARIO

Nuestra preocupación al estudiar de forma breve éste motivo de despido disciplinario es ver si podemos llegar a establecer un mínimo común denominador de cuáles son los elementos constitutivos o definatorios de la transgresión de la buena fe contractual deducidas o inferidas de las resoluciones de los tribunales, marcándonos con ello un doble objetivo: primero, las tantas veces repetida seguridad jurídica y, segundo, que ese cajón de sastre que es esta causa de despido disciplinario, no sea un baúl sin fondo donde quepa cualquier conducta que esgrimida por el empleador le habilite para extinguir el contrato de trabajo.

Al encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado la labor de los tribunales juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE y art. 2.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio –LOPJ–) es decisiva, pues a través de sus resoluciones debidamente argumentadas, como exige el derecho fundamental a la tutela efectiva (art. 24.1 CE), nos deben ofrecer de forma asequible qué podemos entender por buena fe y no utilizar la figura sin más.

La inmensa mayoría de las resoluciones de los tribunales no definen qué es la buena fe contractual, sólo la nombran¹⁹. Otras en cambio, sí nos muestran un elenco de conductas que consideran infracción de la buena fe contractual; de este modo y a título de ejemplo, el Tribunal Constitucional (TC) nos señala como conducta transgresora de la buena fe, la utilización por parte del trabajador del correo electrónico de la empresa para fines privados y, además, lo emplea como instrumento para facilitar información relevante sobre la empresa a terceros²⁰; o cuando también el Tribunal Supremo (TS) tampoco nos define qué es la buena fe, pero sí nos describe la conducta merecedora de tal calificación en los siguientes términos, que reproducimos a título ilustrativo: «...al haber tenido conocimiento la empresa el día 14/4/2010, a través del informe económico realizado de los años 2008 y 2009 del fraude y falsedad cometido en las funciones encomendadas en su trabajo, habiéndose apropiado mediante falsificación de los vales de clientes de la estación de Servicio y el cobro de dinero efectivo de los citados clientes sin dar cuenta a la empresa de las siguientes cantidades...»²¹.

¹⁸ STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003.

¹⁹ STC 148/2014, de 22 de septiembre de 2014.

²⁰ STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013. En similar sentido descriptivo de qué conductas suponen transgresión de la buena fe contractual pero no definen la misma, véanse v.gr.: STC 29/2013, de 11 de febrero, STC 145/2013, de 11 de julio y STC 170/2013, de 7 de octubre.

²¹ STS de 20 de abril de 2012, núm. rec. 1274/2011.

No obstante lo anterior, hay alguna resolución del Tribunal Supremo que sí se atreve a definir qué entiende por buena fe contractual. En este sentido, debemos remontarnos a una resolución del TS de 2010 que realmente transcribe la definición dada por el Alto Tribunal en una sentencia suya de 31 de enero de 1991 (dictada en infracción de ley); siendo ello así, define la buena fe contractual en los siguientes términos: «...configurada la buena fe contractual por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena...»²².

Ante esta actitud del TS más descriptiva que conceptual sobre la buena fe contractual, procedemos a estudiar la buena fe en el art. 54.2.d. del ET y, seguidamente, haremos una breve relación de conductas que se incardinan como transgresoras de la buena fe contractual y poner de manifiesto, si cabe, los puntos comunes a las citadas conductas.

4.1. La buena fe en el art. 54.2.d. del Estatuto de los Trabajadores

El despido disciplinario es la última herramienta jurídica de la que dispone un empresario cuando pretende desvincularse de un trabajador al haber incurrido éste en cualquiera de las conductas que describe el art. 54 del ET. Institución que se debe de interpretar y aplicar de forma restrictiva ante la grave situación a la que aboca al trabajador y, además, por perjudicar al constitucionalmente reconocido derecho al trabajo (art. 35.1 CE) medio de vida y sustento normalmente del trabajador y su familia, afectando por ende, también a la dignidad humana (art. 10.1 CE) y, de forma indirecta como vemos, a la familia (art. 39 CE).

Esta última *ratio* que es el despido disciplinario cuya aplicación –reiteramos– ha de ser restrictiva, no se ve favorecida por esta causa motivadora de la extinción contractual, al ser la buena fe un concepto jurídico indeterminado, lo que permite en no pocas ocasiones que este motivo, como hemos dicho, sea un «cajón de sastre» o «cláusula genérica de cierre»²³ para todas aquellas conductas que no tienen suficiente encuadre en los otros motivos de extinción de la relación laboral por motivos disciplinarios, vulnerando –a nuestro parecer– el básico principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) aplicable a la totalidad del ordenamiento jurídico y elevado a principio constitucional. Su significado es la posible predictibilidad de qué normas serán aplicables y, sobre todo, cuáles serán sus consecuencias jurídicas, principio como vemos, objeto de matices ante los conceptos jurídicos indeterminados como el que estamos tratando. De este modo y si llevamos a término una interpretación extensiva de la causa estudiada, de ser un «cajón de sastre» finalizará siendo una causa o motivo «desastre» en beneficio del poder empresarial. Siendo ello así, es a todas luces necesario que conceptuemos de forma rigurosa qué entendemos por buena fe.

Ahondando esta idea, la indeterminación del concepto de buena fe –como decimos– favorece al empresario que «de mala fe» intenta resolver la relación laboral con malas artes, es decir, ejercita su derecho subjetivo de forma arbitraria y, en ocasiones, de forma torticera y antisocial con manifiesto abuso del derecho (art. 7 Cc y art. 11 LOPJ).

²² STS de 19 de julio de 2010, núm. rec. 2643/2009.

²³ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido», en MONTOYA MELGAR, A., MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, MTSS, 1990, pág. 556.

Por tanto, aquí la buena fe desarrolla un papel fundamental y esencial como limitador de los derechos subjetivos y, sobre todo, como deber ético²⁴.

En una primera aproximación a nuestro derecho positivo, sabemos que para el Estatuto de los Trabajadores no toda transgresión de la buena fe contractual es suficiente para acordar un despido disciplinario. Ésta precisa de dos elementos ineludibles de la conducta transgresora de la buena fe, que sea grave y culpable y, que además, reúna determinados requisitos que han sido perfilados por la jurisprudencia desde hace tiempo²⁵: a) Que el trabajador sea consciente de que su modo de actuar vulnera deberes esenciales de su relación contractual; b) Ponderación y valoración del acto en virtud de los antecedentes, actos concurrentes y sus efectos; y por último, c) Razonamiento lógico y fundado entre el acto transgresor y la sanción merecedora del mismo²⁶. De la lectura de esta doctrina legal se desprende el reconocimiento de la teoría gradualista en la imposición de sanciones y, por ende, la más grave: el despido disciplinario.

Sin embargo esta aceptación de la doctrina o teoría gradualista no fue, en lo que se refiere a la transgresión de la buena fe, pacífica. La jurisprudencia tras la promulgación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 razona que, dado las especiales connotaciones del contrato de trabajo, entre las que hay que resaltar la recíproca confianza, que deber presidir las relaciones entre las partes²⁷, entendía que la buena fe no podía estar sometida a medida, sino que una vez conculcada la buena fe, al ser un comportamiento grave y culpable, merecía el despido disciplinario²⁸, sin entrar a ponderar otras circunstancias pretéritas, concomitantes o sus consecuencias o perjuicios económicos para la empresa²⁹.

En este mismo sentido, para esta corriente jurisprudencial los actos o conductas transgresores de la buena fe merecedores de la extinción del contrato de trabajo, no quedaban desvirtuadas por la irrelevancia, inexistencia o escasa importancia del perjuicio sufrido por la empleadora, lo determinante era que la vulneración de la buena fe contractual era siempre grave por contravenir los valores éticos presentes en una comunidad, no requiriendo el requisito objetivo del perjuicio material y efectivo³⁰. De igual manera cabe reseñar, a título de ejemplo y sin perjuicio real para la empleadora pero con incumplimiento grave y culpable de la prestación laboral, el comportamiento de un vigilante de seguridad que tardó más de quince minutos en presentarse en la puerta de determinada factoría y, cuando lo hizo, no llevaba el uniforme reglamentario completo³¹.

Invocados estos precedentes, todavía en sentencias relativamente recientes (v.gr.: STS de 19 de julio de 2010, núm. rec. 2643, ya nombrada) se preguntan o se cuestionan si probado el quebrantamiento de la buena fe contractual cabe la posibilidad o no de aplicar la doctrina gradualista al afectar a un principio básico de la relación laboral.

²⁴ STC 56/2008, 14 de abril de 2008.

²⁵ Por todas, STS 805/1986, de 22 de mayo de 1986.

²⁶ Salcedo Beltrán, M.^a C, García González, G.: «Extinción del contrato por despido disciplinario: aspectos sustantivos y procesales», en Alfonso Mellado, C. L., Rodríguez Pastor, G. E., Salcedo Beltrán, M.^a C. (coord): *Extinción del Contrato de Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, págs. 351-352.

²⁷ STS 742/1984, de 21 de enero de 1984, núm. rec. 1330/1984.

²⁸ STS de 22 de mayo de 1996, núm. rec. 2379/1998.

²⁹ Sirva de ejemplo STS 864/1987, de 5 de mayo de 1987.

³⁰ STS 1001/1989, de 19 de octubre de 1989.

³¹ STS 799/1986, de 22 de mayo de 1986.

Con la anterior resolución, el TS se decanta por aplicar la teoría gradualista en este supuesto concreto de despido disciplinario, llegando a aquilatar aún más los elementos que, de modo general, debe reunir la trasgresión de la buena fe contractual³²: a) La buena fe lleva aparejada un comportamiento ético demostrado a través de la lealtad, probidad y confianza recíproca; b) La transgresión de la buena fe contractual ha de ser grave y culpable, con ello se demuestra la falta a esa lealtad, probidad y confianza mutua que debe presidir la relación laboral; c) Se transgrede la buena fe con independencia de que la actuación del trabajador conlleve perjuicios o no a la empresa o supongan o no lucro para éste; todo ello servirá para valorar el comportamiento del trabajador y ponderar si merece el despido como máximo sanción o, en su caso, ser acreedor de otras sanción no tan drástica³³; d) Es suficiente que su modo de proceder violando los deberes básicos de toda relación laboral, sean a título de negligencia, no requiriéndose una actuación voluntaria y consciente dirigida a conculcar los citados deberes; y e) La buena fe es más exigible –si cabe– a aquellos trabajadores que desarrollan su prestación laboral en determinados puestos de jefatura y confianza³⁴.

En definitiva, las resoluciones que declaran procedente el despido con motivo de la transgresión de la buena fe contractual, lo hacen basándose en el quebrantamiento de los deberes fundamentales insitos en toda relación laboral: la fidelidad, confianza recíproca, probidad y lealtad y, ello, con independencia del escaso o nulo perjuicio a la empresa o de si el trabajador se ha lucrado o no con su conducta³⁵.

4.2. La buena fe como concepto jurídico indeterminado: técnica para concretar su alcance y contenido

Aceptada en la mayoría de las resoluciones la teoría gradualista y contando con una serie de elementos que nos ayudan a identificar cuándo estamos ante un comportamiento que transgrede la buena fe contractual, no estaría de más, determinar el alcance y contenido de la buena fe como concepto jurídico indeterminado. Que estemos ante un concepto de esta naturaleza y, por tanto, complicado de definir, no autoriza al empresario y menos aún a los tribunales a utilizarlo –como ya hemos puesto de manifiesto suficientemente– ante todas aquellas actuaciones o comportamientos que no encuentran cabida en cualquiera de los otros supuestos descritos por el Estatuto de los Trabajadores como determinantes de la extinción contractual a través del despido disciplinario. Con otras palabras, la buena fe debe ser la cláusula de cierre –segura– de cualquier incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes básicos nacidos del contrato de trabajo, sin renunciar en la medida de lo posible, a la seguridad jurídica³⁶.

Además de estar en presencia de un concepto jurídico indeterminado contamos con otra dificultad añadida; en este caso derivada de nuestra estructura procesal en materia de recursos, de tal forma que, la jurisprudencia en los términos del art. 1.6 del Cc, es decir, la que nace del Tribunal Supremo no suele pronunciarse en estos aspectos que

³² STS de 19 de julio de 2010, núm. rec. 2643/2009; resolución que nos sirvió para ofrecer una definición de buena fe contractual.

³³ STS de 20 de abril de 2012, núm. rec. 1274/2011.

³⁴ PÉREZ REY, J.: *El despido disciplinario*, Albacete, Bomarzo, 2013, págs. 94-95.

³⁵ STS de 13 de marzo de 2012, núm. rec. 1498/2011, RJ\2012\5442.

³⁶ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.: «El concepto de buena fe en la causa de despido del artículo 54.2.d “transgresión de la buena fe contractual”», en *Anales de la Facultad de Derecho*. Universidad de la Laguna, n.º 17, 2000, pág. 47-48.

estamos examinando debido a, «...que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores [...], no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico»³⁷.

Expuesto que la transgresión de la buena fe contractual implica una multitud variada de comportamientos que deben ser valorados de forma individual atendiendo a las circunstancias que rodean a la misma, no nos queda más remedio que intentar centrar y delimitar el concepto jurídico indeterminado que nos ocupa, pero para ello con carácter previo, debemos definir qué se entiende por concepto jurídico indeterminado en palabras del TS: «aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos» (STS, Sala Tercera, de 12 de diciembre de 1979 y 13 de julio de 1984)³⁸.

Así entendido el concepto jurídico indeterminado, la labor de subsunción no es tarea fácil, pero no por ello debemos renunciar la búsqueda de certezas dado lo trascendental de dicha tarea, pues de ella depende incluir o no determinado comportamiento que puede conllevar la extinción del contrato de trabajo por motivos disciplinario.

Vemos que es consustancial al concepto jurídico indeterminado que su contenido sea incierto o, con otras palabras, la indeterminación del supuesto de hecho de la norma no debe de implicar una indeterminación en la aplicación del mismo, al contrario, sólo cabe una solución justa a través de una actividad adecuada de conocimiento. Ello nos lleva a distinguirlo de las potestades discrecionales en donde sí hay varias soluciones igualmente justas pero donde es factible la opción por una sola de ellas, son los llamados indiferentes jurídicos; posibilidad, sin embargo, que no cabe ante los conceptos jurídicos indeterminados donde el juicio es disyuntivo, es decir, o hay o no hay buena fe, o hay o no hay transgresión de la buena fe contractual.

La doctrina alemana en búsqueda de ese contenido distingue, por un lado, un «núcleo conceptual» y, por otro, un «campo conceptual»³⁹, términos que son recepcionados, desarrollados y adaptados por la doctrina española, como a continuación veremos. De este modo, para determinar el contenido y alcance de un concepto jurídico indeterminado debemos establecer tres círculos concéntricos. El primero denominado «círculo de certeza positiva» en donde el supuesto fáctico se subsume sin dificultad y de forma clara en el supuesto de hecho fijado de forma indeterminada; un segundo círculo externo, denominado de «certeza negativa» al tener claro que el supuesto planteado cae fuera, sin duda, del concepto jurídico indeterminado y, por último, y este es el más

³⁷ ATS de 29 de abril de 2015, núm. rec. 3066/2014. Con profuso repertorio jurisprudencial en el mismo sentido. Debido a ello, no hay gran número de resoluciones del TS en la materia que estamos estudiando.

³⁸ PARADA, R.: *Derecho Administrativo I. Parte general*, 17.ª edic., Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 107-109.

³⁹ ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Comares, 2001, págs. 127-130.

complicado, el círculo intermedio llamado «halo de incertidumbre» que refleja aquellos supuestos de difícil encuadre⁴⁰.

Este tercer círculo situado entre los denominados de «certeza positiva» y «certeza negativa» es donde surge la «zona de incertidumbre», y será aquí, el campo abonado para que los tribunales por medio de las pruebas practicadas, diluciden si esas conductas se deben incluir en el círculo de la certeza positiva o negativa. O en palabras de un eminente jurista «...el concepto [en nuestro caso, la buena fe] llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo»⁴¹.

Esta forma de concebir el contenido y el alcance de la buena fe como concepto jurídico indeterminado junto con los elementos antes descritos por la jurisprudencia, nos pueden ayudar a conseguir con certeza cuándo estamos en presencia de una conducta que podemos calificar como transgresión de la buena fe contractual. De este modo, cualquier comportamiento que nos encontremos en el discurrir de una relación laboral deberemos someterlo a un doble filtro a los efectos de conseguir una adecuada predicción o, en su caso, pronóstico.

Primero, aplicaremos la técnica de los círculos concéntricos, situando nuestro comportamiento en cualquiera de ellos. No habrá problemas cuando lo enmarquemos en los círculos de certeza positiva o negativa, pues en estos casos tendremos claro que dicho comportamiento transgrede o no la buena fe contractual. En estos casos el juicio disyuntivo es claro. El problema lo encontramos cuando no tenemos esta seguridad y, por tanto, lo situamos en la zona de incertidumbre o, también llamada, zona de «halo del concepto».

Pues bien, ante las conductas que están situadas en la zona de incertidumbre, aplicaremos el segundo filtro. Éste consiste en ver si el comportamiento dudoso, lo podemos calificar como vulnerador de la buena fe contractual o no. Para ello, veremos si cumple con los siguientes parámetros o elementos: a) Se ha producido un comportamiento desleal, ha defraudado la confianza mutua, carece de honradez o falta la probidad; b) La conducta puede ser calificada de grave y culpable; c) Carece de relevancia que se hayan producido perjuicios para la empresa o no, y de igual forma, es intrascendente que el trabajador haya buscado o no su lucro personal; d) No es necesario un comportamiento consciente y voluntario, es suficiente la mera negligencia; y por último, e) Será más exigible o será más imperdonable esa transgresión de la buena fe contractual en función del puesto de trabajo en donde es relevante la confianza depositada por el empleador en el trabajador.

En este margen de apreciación que implica estar en el círculo de incertidumbre, será esencial para ver si el comportamiento del trabajador cumple los elementos antes descritos, examinar los hechos y todas las circunstancias concurrentes al mismo, así como la prueba aportada.

Pasado este segundo tamiz estaremos en disposición de determinar si la conducta que estaba situada, a primera vista, en la zona de incertidumbre ha pasado al círculo de

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.^a edic., Madrid, Thomson-Civitas, 12.^a edic, 2004, pág. 465-471.

⁴¹ SANZ MORENO, F., en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit., pág. 470.

la certeza positiva o negativa de la buena fe, con lo que habremos favorecido la claridad y –en cierta medida– la seguridad jurídica a la hora de interpretar e integrar el concepto jurídico indeterminado de buena fe siempre en beneficio del trabajador.

5. CONCLUSIONES

Primera.- Tal vez los operadores jurídicos somos, a veces, excesivamente cartesianos y queremos que el ordenamiento jurídico ofrezca respuestas claras y detalladas ante todo supuesto fáctico que nos planteemos. Si fuera así, no seríamos necesarios y bastaría con una inteligencia artificial debidamente programada para solventar cualquier controversia fundada en Derecho.

Ciertamente no es así, el Derecho por naturaleza es pluralidad de normas, y la vida es rica en problemas, actitudes o comportamientos que no pueden prever con exactitud suiza las proposiciones normativas, sobre todo, cuando utilizan conceptos jurídicos indeterminados como el de buena fe.

Ante ello es lógica y natural cierta inquietud, pues nos enseñaron que las definiciones legales debían ser exactas y certeras para conseguir el fin último, que es la realización de la Justicia.

Segunda.- Pero el Derecho no sólo es, que lo es, subsunción de un hecho real en el supuesto fáctico descrito en la norma al que se le aplica la consecuencia jurídica previamente prevista, es también –sobre todo– valoración de los hechos y circunstancias concurrentes –debidamente probados– y, más si cabe, cuando estamos en presencia de la buena fe como concepto jurídico indeterminado.

Valoración que podremos realizar cuando tenemos sentados unos pilares: qué entendemos y para qué sirve la buena fe, cuáles son sus elementos y, además, como concepto jurídico indeterminado saber localizar su núcleo conceptual. Cuando tomemos conciencia de cómo conjugar adecuadamente todos y cada uno de estos parámetros, podremos definir qué conductas transgreden la buena fe contractual, haciendo realidad la seguridad jurídica y la Justicia.

Capítulo XXVI. El sistema portugués de garantía de las compensaciones en caso de extinción del contrato de trabajo

DAVID CARVALHO MARTINS

*Profesor asistente invitado en la Facultad de Derecho
de la Universidad de Lisboa*^{*/**/**}

Resumen

La Troika ha impuesto la reducción de las compensaciones en caso de extinción del contrato de trabajo (por ejemplo, caducidad del contrato a plazo, despidos colectivos o por amortización de puesto de trabajo). Como contrapartida, obligó a la creación de un sistema de garantía parcial de pago de esas compensaciones. Se quedan fuera de este ámbito las indemnizaciones por despido ilícito. En 2013, fueron creados dos fondos (fondo de compensación de trabajo y fondo de garantía de compensación de trabajo) con la posibilidad de opción por un mecanismo equivalente en alternativa al fondo de compensación de trabajo. Este nuevo régimen de garantía parcial de la compensación supone un coste mensual adicional para el empleador correspondiente a 1% sobre la remuneración base y, cuando exista, sobre el subsidio de antigüedad (“diuturnidades”). Sin embargo, a los dos años siguientes se puede hacer una evaluación del sistema y verificar puntos de mejora del sistema.

Abstract

The Troika has imposed the reduction of the severance pay in case of termination of the employment contract (for example, the expiry of the fixed-term employment contract, collective dismissals or elimination of position). In return, has established the creation of a partial guarantee system for the severance pay. The compensations for unfair dismissal remain outside the scope of this system. In 2013, two funds have been created (work severance pay fund and work severance pay guarantee fund) with the option of setting up an equivalent mechanism as an alternative to the work severance pay fund. This new system for partial guarantee of the severance pay implies an additional monthly cost for the employer equivalent to 1% over the basic salary and, if applicable, over the seniority allowance (“antigüedad”). Nevertheless, after two of experience it is possible to do an assessment of the system and to identify aspects for improvement.

1. INTRODUCCIÓN

El 30 de agosto de 2013 han sido publicadas dos importantes leyes de la reforma laboral portuguesa: a) la tercera fase de reducción de las compensaciones por extinción del contrato de trabajo (Ley n.º 69/2013), b) los regímenes jurídicos del fondo de compensación de trabajo, del mecanismo equivalente y del fondo de garantía de compensación de trabajo (Ley n.º 70/2013) (en lo sucesivo, “Ley de Garantía de la Compensación”). Ambas leyes han coincidido en cuanto a la fecha de su entrada en

* Profesor asistente invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa, master en ciencias jurídicas (Derecho del trabajo), abogado responsable del área laboral de Gómez-Acebo & Pombo en Portugal.

** Abreviaturas: al.(s) (línea(s)), art.(s) (artículo(s)), BMSVG (Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz, Austria), cfr. (cónfer), CC (Código Civil), CT (Código del Trabajo), FCT (Fondo de Compensación de Trabajo), FGCT (Fondo de Garantía de Compensación de Trabajo), FGS (Fondo de Garantía Salarial), ME (Mecanismo Equivalente), MoU (Memorando de Entendimiento sobre las Condicionales de Política Económica), IGFCSS (Instituto de Gestión de Fondos de Capitalización de la Seguridad Social, I.P. (IGFCSS)), IGFSS (Instituto de Gestión Financiera de la Seguridad Social).

*** La indicación de artículos sin especificaciones adicionales se refiere a la Ley de Garantía de la Compensación, aprobada por la Ley n.º 70/2013, de 30 de agosto, y modificada por del Decreto-Ley n.º 210/2015, de 25 de septiembre.

vigor: 1 de octubre de 2013. No obstante, en este estudio vamos a apreciar solo el régimen introducido por la Ley de Garantía de la Compensación teniendo en cuenta su reciente modificación (Decreto-Ley n.º 210/2015, de 25 de septiembre).

Esta Ley es aplicable a las relaciones de trabajo reguladas por el CT¹ (art. 2.º, n.º1) y a los contratos de trabajo firmados después de 1 de octubre de 2013 (art. 2.º, n.º2)². Todavía no es aplicable a los contratos de trabajo con duración inferior o igual a dos meses (art. 2.º, n.º3)³. La empresas de trabajo temporal están igualmente sujetas a este régimen normativo (art. 2.º, n.º 6).

Más concretamente, esta Ley visa garantizar el pago de la compensación prevista en el art. 366.º CT (compensación por despido colectivo) y en todos los demás casos en que esa norma sea aplicable por remisión legal en caso de otras formas de extinción de contrato de trabajo (art. 2.º, n.º4), o sea:

- a) Resolución del contrato de trabajo por parte del trabajador en caso de término de una comisión de servicio interna en alternativa a manutención en la empresa con otra categoría profesional (art. 164.º, n.º1, al. b), CT);
- b) Resolución de la comisión de servicio externa por parte del empleador, siempre que no sea por hechos imputables al trabajador (art. 164.º, n.º1, al. c), CT)⁴;

¹ El Código del Trabajo, aprobado por la Ley n.º 7/2009, con la declaración de rectificación n.º 21/2009, de 18 de marzo, fue modificado por las Leyes n.º 105/2009, de 14 de septiembre, n.º 53/2011, de 14 de octubre, n.º 23/2012, de 25 de junio, con la declaración de rectificación n.º 38/2012, de 23 de julio, y por las Leyes n.º 47/2012, de 29 de agosto, n.º 69/2013, de 30 de agosto, n.º 27/2014, de 8 de mayo, n.º 55/2014, de 25 de agosto, n.º 28/2015, de 14 de abril, y 120/2015, de 1 de septiembre. Un conjunto de nueve modificaciones en menos de seis años podría anticipar alguna tranquilidad legislativa para el futuro. Todavía, el programa del nuevo Gobierno portugués refiere más algunos potenciales cambios legislativos. La revisión de la legislación laboral es, cada vez más, una “never ending story”.

² Esta ley no es aplicable a las relaciones de trabajo con ejercicio de funciones públicas (art. 2.º, n.º5).

³ Se trata de una importante modificación introducida por el Decreto-Ley n.º 210/2015. De hecho, la versión original excluía solo un tipo especial de contrato de trabajo: o de muy corta duración. Esto contrato es aplicable a las actividades estacionales agrícolas o para la realización de eventos turísticos de duración no superior a 15 días (art. 142.º, n.º1, CT); siendo que la duración total de los contratos de trabajo de muy corta duración con el mismo empleador no puede ultrapasar los 70 días en un año civil (art. 142.º, n.º2, CT). Al contrario de los contratos de trabajo especiales, este contrato no está sujeto a forma escrita (arts. 142.º, n.º1). Sin embargo, la carga burocrática de los fondos que veremos más adelante no se compatibilizaba también con otros contratos temporales de corta duración. Es preciso señalar que el modelo austríaco exenta de contribución el primer mes de ejecución del contrato de trabajo, salvo en caso de nuevo contrato de trabajo entre los mismos empleador y trabajador se establezca en los 12 meses siguientes al término del primer contrato de trabajo (§6.º, n.º1, BMSVG).

⁴ La comisión de servicio es un contrato de trabajo especial previsto en los arts. 161.º a 164.º CT que, según PALMA RAMALHO, reconoce el carácter fiduciario de algunas situaciones jurídicas laborales, notablemente en función del tipo de cargo desempeñado por el trabajador (administración o equivalente, dirección o cargo de jefe directamente dependiente de la administración, director general o equivalente, funciones de secretaria personal de los titulares de estos cargos, así como otros previstos en instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo que supongan especial relación de confianza) (art. 161.º CT). La comisión de servicio es externa en caso de reclutamiento de nuevos trabajadores, o sea, de personas que no tenían otro contrato de trabajo vigente con el empleador. La comisión de servicio es interna cuando el empleador quiere, por ejemplo, promocionar un trabajador a un puesto de trabajo de relevancia, pero no pretende hacerlo de forma definitiva o irreversible (PALMA RAMALHO, M.R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 5.ª ed., Almedina, 2014, págs. 347-348). Sobre este tema, *vide*, aún, MENEZES LEITÃO, L.: *Direito do Trabalho*, 4.ª ed., Almedina, 2014, págs. 495-498, ROMANO (...)

- c) Resolución del contrato de trabajo por parte del trabajador en caso de traslado del local de trabajo que le cause un daño grave (art. 194.º, n.º5, CT);
- d) Caducidad del contrato de trabajo temporal o a plazo (arts. 344.º, n.º2, y 345.º, n.ºs 4 y 5, CT);
- e) Caducidad del contrato celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador (art. 182.º, n.º6, CT);
- f) Caducidad del contrato de trabajo por muerte del empleador, extinción de persona jurídica o cierre de empresa (art. 346.º, n.º5, CT);
- g) Resolución del contrato de trabajo por parte del administrador concursal (art. 347.º, n.ºs 2 y 5, CT);
- h) Despido por amortización de puesto de trabajo por causas objetivas (art. 372.º CT);
- i) Despido por inadaptación (art. 379.º, n.º1, CT).

El importe de la compensación corresponde a 12 días de retribución base y, en su caso, de subsidio de antigüedad por año completo de antigüedad (art. 366.º, n.º1, CT)⁵⁶. La compensación es determinada del siguiente modo:

- a) El importe de la retribución base y, en su caso, del subsidio de antigüedad no puede ser superior a 20 veces la remuneración mínima mensual garantizada (art. 366.º, n.º2, al. a), CT), o sea, € 10.600,00⁷;
- b) El montante global de la compensación no puede ser superior a 12 veces la retribución base y, en su caso, el subsidio de antigüedad, o cuando sea aplicable el límite referido en la línea anterior, a 240 veces la remuneración mínima mensual garantizada (art. 366.º, n.º2, al. b), CT), o sea, € 127.200,00;
- c) El importe diario de retribución base y, en su caso, de subsidio de antigüedad será el resultado de la división por 30 de la retribución base mensual y, en su caso, del subsidio de antigüedad mensual (art. 366.º, n.º2, al. c), CT).

En el supuesto de caducidad de contrato temporal con duración fijo, la compensación corresponde a 18 días de retribución base y, en su caso, de subsidio de antigüedad por año completo de antigüedad (arts. 344.º, n.º2, y 366.º, n.º6, CT). De otro lado, en caso de caducidad de contrato temporal con duración incierta la compensación corresponde a 18 días de retribución base y, en su caso, de subsidio de antigüedad por

MARTINEZ, P.: *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., Almedina, 2013, págs. 635-639, VIEIRA GOMES, J.M.: *Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, 2007, págs. 752-754.

⁵ No se contabiliza cualquier otro incremento salarial, como por ejemplo, subsidio de comida, subsidio de exención de horario de trabajo, remuneración por trabajo extra o nocturno, entre otros. Por eso, el objetivo de alcanzar el nivel medio de las compensaciones en la Unión Europea es una tarea compleja y exigente porque no se pueden analizar solo los topes legales de compensación, sin tener en cuenta la base de cálculo, las prácticas de negociación colectiva, los usos de las empresas y de los sectores de actividad. Además, en Portugal, el pago de la compensación tiene asociada una garantía de no impugnación de la extinción del contrato de trabajo (art. 366.º, n.º4, CT) (LOBO XAVIER, B.: *Compensação por despedimento*”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.ºs 1-2, 2012, págs. 75-76).

⁶ Hay un intrincado régimen de derecho transitorio para los contratos firmados antes de 1 de octubre de 2013: cfr. arts. 5.º y 6.º de la Ley n.º 23/2012, de 25 de junio, con la modificación introducida por la Ley n.º 69/2013, de 30 de agosto.

⁷ En 2016, la retribución mínima mensual garantizada es de € 530,00 (art. 2.º del Decreto-Ley n.º 21-B/2015, de 31 de diciembre).

año completo de antigüedad durante los primeros tres años y 12 días en los años subsecuentes (arts. 345.º, n.º4, y 366.º, n.º6, CT)⁸.

Distinta a esta compensación es la indemnización de antigüedad en sustitución de la readmisión en la empresa en caso de despido ilícito. En general, esta indemnización es fijada por el tribunal entre 15 y 45 días de retribución base y, en su caso, de subsidio de antigüedad por año completo de antigüedad o fracción de antigüedad, teniendo en cuenta el importe de remuneración y el grado de ilicitud (art. 391.º, n.º1, CT); la cual no puede ser inferior a tres meses de retribución base y, en su caso, de subsidio de antigüedad (art. 391.º, n.º3, CT). Esta indemnización puede ser incrementada para un importe entre 30 y 60 días, con un tope mínimo de seis meses (art. 392.º, n.º3, CT), en los siguientes casos:

- a) Trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y trabajador que disfrute la licencia parental (art. 63.º, n.º8, CT);
- b) Invocación de la invalidez del contrato de trabajo por la parte de mala fe, estando la contraparte de buena fe, y extinción de contrato de trabajo (art. 123.º, n.º3, CT);
- c) Despido disciplinario que sea calificado como una sanción abusiva (art. 331.º, n.º4, CT)⁹;
- d) Cuando el tribunal acepta la oposición del empleador a la readmisión en la empresa (art. 392.º, n.º3, CT);
- e) Trabajador miembro de una estructura de representación colectiva de los trabajadores (art. 410.º, n.º6, CT).

Diferente a la compensación antes mencionada, aparece la indemnización en caso de resolución del contrato de trabajo con justa causa por parte del trabajador. En esta situación, la indemnización puede ser fijada entre 15 y 45 días de retribución base y, en su caso, de subsidio de antigüedad por año completo de antigüedad, teniendo en cuenta el importe de remuneración y el grado de ilicitud del comportamiento del empleador, con un tope mínimo de tres meses (art. 396.º, n.º1, CT)¹⁰.

La Ley de Garantía de la Compensación no cubre estos casos de indemnización, pero sí para las situaciones de compensación arriba referidas. A tal efecto, han sido establecidos tres instrumentos fundamentales: a) Fondo de Compensación de Trabajo (FCT), b) Fondo de Garantía de Compensación de Trabajo (FGCT), c) Mecanismo Equivalente (ME).

El FCT e el FGCT son fondos para asegurar el derecho de los trabajadores al cobro efectivo de mitad del importe de la compensación debida por la extinción del contrato de trabajo, calculada en los términos previstos en el art. 366.º CT, siempre que esta norma sea aplicable directamente o por remisión legal (arts. 2.º, n.º4, y 3.º, n.º1).

⁸ Estos importes son aplicables al contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador (arts. 182.º, n.º6, y 366.º, n.º6, CT).

⁹ Cuando sea trabajador miembro de una estructura de representación colectiva de los trabajadores, la indemnización no puede ser inferior a 12 meses (art. 331.º, n.º 6, al. b), CT).

¹⁰ En caso de fracción de antigüedad, el importe es calculado proporcionalmente (art. 396.º, n.º2, CT). Cuando sea un contrato temporal, la indemnización no puede ser inferior al importe de los salarios por vencer (art. 396.º, n.º4, CT).

El ME es un medio alternativo al FCT, por lo cual el empleador está obligado a asegurar al trabajador una garantía igual a del FCT (art. 3.º, n.º7). En nuestra opinión, el ME no está sometido a un tope máximo de cobertura, pero solo a un tope mínimo: igual a la protección conferida por el FCT.

En este trabajo no es posible apreciar la superposición y la articulación de este sistema de garantía de la compensación con el Fondo de Garantía Salarial (FGS), lo cual garantiza el pago de los créditos laborales emergentes del contrato de trabajo en caso de concurso, revitalización o recuperación de empresa (art. 1.º del Decreto-Ley n.º 59/2015, de 21 de abril). Sin embargo, debemos decir que, en regla, el FGS paga la compensación no cubierta por el FCT – o ME – y FGCT (art. 2.º, n.º6, del régimen jurídico del FGS, aprobado por el Decreto-Ley n.º 59/2015, de 21 de abril).

2. ANTECEDENTES

Entre 2011 y 2014, Portugal ha estado bajo un Programa de Asistencia Económica y Financiera que ha impuesto un conjunto amplio de reformas estructurales, notablemente en el ámbito social. En ese sentido, fue firmado, en 17 de mayo de 2011, el *MoU* entre el Estado Portugués y la *Troika* (la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional)¹¹.

En este Programa se ha perseguido dos objetivos fundamentales: garantizar el equilibrio presupuestario y promover la competitividad de la economía portuguesa. Por lo tanto, la legislación laboral emergía como un obstáculo a la competitividad y su revisión era percibida como un instrumento fundamental de política económica¹².

Entre las medidas previstas se contaban la reducción de las compensaciones en caso de extinción del contrato de trabajo y la creación de un sistema de garantía parcial de pago (4.4. del *MoU*).

Como hemos referido en otro lugar: *Las Reformas Laborales “de los años de la troika” han demostrado la naturaleza de negociación y el carácter compromisorio de la legislación laboral y de protección social en el sector privado. (...) La especificidad del período de 2011-2014 se queda en la interposición de un tercero elemento – la Troika – entre el Gobierno e los Interlocutores Sociales. En nuestra opinión, los Interlocutores Sociales se han mostrado absolutamente esenciales por dos tipos de razones: por un lado, permitieron acomodar las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado portugués sin un nivel de conflicto social como fue observado en otros locales; por otro lado, su peso “político” ha constituido un freno importante a una mayor desregulación de la legislación laboral y más intensa erosión del derecho de contratación colectiva*¹³.

En ese sentido, las imposiciones de la *Troika* fueron mediadas por un Acuerdo Social, firmado en 18 de enero de 2012, entre el Gobierno y la mayoría de los

¹¹ Cfr. http://www.bportugal.pt/pt-PT/EstabilidadeFinanceira/Documents/MoU_PT.pdf.

¹² MONTEIRO FERNANDES, A.: “As primeiras estações da reforma laboral: tempo de trabalho, tempo de não trabalho, compensação de despedimento”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.ºs 1-2, 2012, págs. 101-102.

¹³ VV.AA.: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I, Universidade Católica, 2015, pág. 615.

Interlocutores Sociales: El “Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego”^{14/15}.

3. EL RÉGIMEN INSTITUCIONAL

3.1. FCT y FGCT: similitudes

El FCT y el FGCT son fondos autónomos, tienen personalidad jurídica (art. 3.º, n.ºs 2 y 4) y patrimonio propio (art. 4.º, n.º1), son de adhesión individual y obligatoria – sin perjuicio de elección alternativa entre el FCT y el ME (art. 3.º, n.º3) – y tratan de cubrir el derecho del trabajador al cobro efectivo de mitad de la compensación por extinción del contrato de trabajo (art. 3.º, n.º1).

El FCT es gestionado por el Instituto de Gestión de Fondos de Capitalización de la Seguridad Social, I.P. (IGFCSS), mientras el FGCT es gestionado por el Instituto de Gestión Financiera de la Seguridad Social, I.P. (IGFSS) (art. 18.º, n.º1), pero no están incluidos en el ámbito de consolidación de la seguridad social, ni del presupuesto de la seguridad social (art. 3.º, n.º2). En lugar de confiar la gestión a entidades privadas – como ocurre en Austria (§19, n.º1, BMSVG) –, la solución fue atribuirle a entidades públicas en el perímetro de la Seguridad Social, no porque sean funciones próximas o prosigan finalidades comunes, pero por su capacidad y *know-how* para encargarse de esto tipo de mecanismos financieros.

Las entidades gestoras del FCT y del FGCT tienen un conjunto amplio de atribuciones legales para desarrollar su actividad (art. 18.º, n.º3). La gestión del FCT compete a un consejo compuesto por un presidente y 11 miembros, los cuales son representantes de los miembros del Gobierno responsables por las áreas de la hacienda, laboral y Seguridad Social, así como por un representante de cada una de las cuatro Confederaciones de empleadores presentes en la Comisión Permanente de Concertación Social y dos representantes de las dos Confederaciones sindicales presentes en la referida comisión (art. 21.º, n.ºs 1 y 2). El consejo de gestión del FGCT tiene una estructura idéntica (art. 37.º, n.ºs 1 y 2). Los presidentes de los Consejos de Gestión tienen poderes propios distintos de los órganos de los cuales forman (arts. 22.º, 24.º, 38.º y 40.º). Estos fondos FCT y FGCT se obligan por la firma de sus presidentes y de uno de los otros miembros de los consejos de gestión (art. 27.º, n.º1). La importancia de los interlocutores sociales en los órganos y las entidades de administración en el ámbito laboral y de Seguridad Social está aquí bien identificada.

Para la fiscalización de su actividad, los respectivos consejos de administración deben designar un auditor único efectivo y otro suplente (arts. 25.º, n.º1, y 41.º, n.º1), con un mandato de tres años, renovable por iguales períodos (arts. 25.º, n.º2, y 41.º, n.º2). La ley define también los poderes del auditor único (arts. 26.º y 42.º).

El FCT y el FGCT han iniciado su actividad en 15 de octubre de 2013 (art. 5.º, n.º1, art. 26.º del Reglamento n.º 390-B/2013, de 14 de octubre, y art. 17.º del Reglamento n.º

¹⁴ Cfr. http://www.ces.pt/download/1022/Compromisso_Assinaturas_versao_final_18Jan2012.pdf.

¹⁵ Según MONTEIRO FERNANDES, el Acuerdo Social fue la verdadera pauta orientadora (y, al mismo tiempo, legitimadora) de lo que fue la reforma laboral de 2012 (“A “Reforma Laboral” de 2012”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II-III, 2012, págs. 549-551).

390-A/2013, de 14 de octubre) y tienen duración ilimitada (art. 5.º, n.º2), salvo si se agote su objeto social (art. 5.º, n.º3).

El patrimonio de estos fondos debe ser constituido, notablemente, por depósitos bancarios, valores mobiliarios, instrumentos representativos de deuda de corto plazo u otros activos de naturaleza monetaria (art. 4.º, n.º3). En la composición del respectivo patrimonio, el IGFCSS y el IGFSS deben tener en cuenta los objetivos y las finalidades a soportar por los fondos y observar los siguientes principios: dispersión del riesgo, seguridad y liquidez de las aplicaciones financieras efectuadas (art. 4.º, n.º2)¹⁶.

En 14 de octubre de 2013 fueron publicados los Reglamentos de Gestión de los Fondos: a) FCT: Reglamento n.º 390-B/2013; b) FGCT: Reglamento n.º 390-A/2013. La Ley de Garantía de la Compensación impone un contenido mínimo para estos actos normativos: a) denominación, sede y funciones de la entidad gestora, b) definición de los conceptos necesarios al adecuado esclarecimiento de las condiciones de adhesión; c) políticas de inversiones, d) descripción de los criterios relativos a costes a incurrir; e) reglas y método de cálculo de los importes de los activos (art. 7.º, n.º2).

Los Fondos utilizan los datos declarados en Internet (www.fundoscompensacao.pt) relativos al empleador y a los trabajadores para las comunicaciones legales a la Autoridad para las Condiciones del Trabajo y para efectos de interconexión de datos con el sistema de Seguridad Social para la obtención de los datos necesarios al funcionamiento de los fondos que permitan simplificar las obligaciones declarativas a cargo de los empleadores (art. 2.º, n.º4, de la Ordenanza n.º 294-A/2013, de 30 de septiembre).

3.2. FCT y FGCT: diferencias

El FCT es un fondo de capitalización individual para garantizar el pago de hasta mitad del importe de la compensación y es responsable hasta el límite de las contribuciones pagas y su eventual valorización positiva (art. 3.º, n.º4); mientras el FGCT es un fondo de naturaleza mutualista para garantizar la diferencia entre el importe pago por el FCT y por el empleador y la mitad del valor de la compensación debida al trabajador (art. 3.º, n.º5). Es decir que el FGCT no es responsable por cualquier cuantía siempre que el FCT o el empleador tengan pagado un montante igual o superior a la mitad de la compensación legal (art. 3.º, n.º6).

Los fondos tienen los siguientes ingresos: a) las entregas mensuales hechas por los empleadores (arts. 28.º, al. a), y 44.º, al. a)); b) los beneficios derivados de las inversiones hechas (arts. 28.º, al. b), y 44.º, al. b)); c) los montantes resultantes de los cobros forzosos, deducidos los costes (arts. 28.º, al. c), y 44.º, al. c)); d) otros ingresos resultantes de la gestión de los fondos (arts. 28.º, al. e), y 44.º, al. e)). En particular, el FCT tienen incluso derecho a la transferencia de los excedentes en el saldo anual del FGCT, cuando tenga lugar (art. 28.º, al. d)). Por otra parte, el FGCT tiene como ingresos específicos: a) una parte del importe cobrado por infracciones administrativas a las obligaciones previstas en

¹⁶ Sobre los principios de gestión de inversiones y sobre la composición del patrimonio, *vide* cuanto al FCT los arts. 5.º a 8.º del Reglamento n.º 390-B/2013 y cuanto a el FGCT los arts. 5.º a 7.º del Reglamento n.º 390-A/2013.

la Ley de Garantía de la Compensación (arts. 44.º, al. d), y 54.º)¹⁷; b) los intereses de demora resultantes de situaciones de incumplimiento (art. 44.º, al. f)).

Los fondos tienen los siguientes gastos: a) los importes de los reembolsos pagados en el caso del FCT (art. 29.º, al. a)) o de los valores pagados a título de compensación en el caso de FGCT (art. 45.º, n.º1, al. a)); b) los costes de administración y gestión (arts. 29.º, al. b), y art. 45.º, n.º1, al. c)); c) otros gastos previstos en el reglamento de gestión (arts. 29.º, al. c), y art. 45.º, n.º1, al. c))^{18/19}. En particular, el FCT puede tener como coste importes pagados al FGCT (art. 29.º, al. d)); mientras el FGCT tiene el coste asociado a la obligación de transferencia para el FCT o para los mecanismos equivalentes, de un 50% del saldo anual excedentario (art. 45.º, n.º1, al. b)). Esta transferencia de saldos solo tiene lugar tres años después de la constitución del FGCT, sin perjuicio de verificación anticipada de saldos sustentables (art. 45.º, n.º2).

Según los datos disponibles relativos al ejercicio económico de 2014, el FGCT tiene un resultado líquido positivo de € 1.822.950,80 y registró 95.387 empleadores y 464.374 contratos de trabajo. Al lado, en 31 de octubre de 2015, el FCT tenía un valor de mercado de € 47.789.738,69²⁰.

3.3. Mecanismo equivalente

El ME es una alternativa al FCT que debe garantizar, por lo menos, lo mismo que el FCT (arts. 3.º, n.º3, y 36.º, n.º1). De referir que el FGCT es responsable por la diferencia entre el importe pago por el ME y por el empleador y el valor de la mitad de la compensación legal debida al trabajador (art. 36.º, n.º5). En otras palabras, el FGCT no es responsable por cualquier cuantía siempre que el ME o el empleador tengan pagado un montante igual o superior a la mitad de la compensación legal (art. 36.º, n.º6). La proximidad entre los dos instrumentos lleva a aplicar, con las necesarias adaptaciones, el régimen del FCT al ME en todo que no sea incompatible con sus características legalmente establecidas (art. 36.º, n.º10).

El ME puede ser constituido por el empleador junto a instituciones sujetas a supervisión del Banco de Portugal o de la Autoridad de Supervisión de Seguros y fondos de pensión, desde que estén legalmente autorizadas a ejercer la gestión y comercialización de este instrumento; lo cual debe ser siempre identificado como

¹⁷ La Autoridad para las Condiciones del Trabajo conduce los procedimientos de infracción administrativa y cobra las multas, retiene la mitad del importe percibido y transfiere trimestralmente para el FGCT el valor restante (art. 54.º, n.ºs 1 y 2).

¹⁸ En particular sobre el FCT: (i) los costes de los servicios de guarda y apoyo a operaciones de inversión; (ii) los encargos asociados a compra, a venta, a liquidación de operaciones, a recogida de inversiones y demás actos relacionados con la gestión de activos del fondo; (iii) los honorarios del auditor único y costes relacionados con el proceso de auditoría y certificación legal de cuentas (art. 20.º, n.º1, del Reglamento n.º 390-B/2013).

¹⁹ En particular sobre el FGCT, (i) los costes relacionados con el cobro de las contribuciones y el cobro forzoso; (ii) los encargos asociados a compra, a venta, a liquidación de operaciones, a recogida de inversiones y demás actos relacionados con la gestión de activos del fondo; y (iii) los honorarios del auditor único y costes relacionados con el proceso de auditoría y certificación legal de cuentas (art. 10.º, n.º1, del Reglamento n.º 390-A/2013).

²⁰ Cfr. el informe y cuentas de 2014 del FGCT y el prospecto informativo sobre el FCT, disponibles en www.fundoscompensacao.pt.

“mecanismo equivalente” (art. 36.º, n.º7)²¹. En ese sentido, la modificación reciente del régimen jurídico de constitución y funcionamiento de fondos de pensiones y de sus entidades gestoras ha definido que el fondo de pensión puede estar afecto al financiamiento de un ME (art. 2.º, al. c), del Decreto-Ley n.º 12/2006, de 20 de enero, modificado por la Ley n.º 147/2015, de 9 de septiembre). Este diploma legal determina que el ME puede ser financiado través de fondos de pensiones cerrados y de adhesiones colectivas a fondos de pensiones abiertos (art. 5.º-A, n.º1, de esto Decreto-Ley).

4. EL RÉGIMEN MATERIAL

4.1. Garantía de la compensación y obligatoriedad

El objetivo fundamental es garantizar que el trabajador puede cobrar, por lo menos, la mitad de la compensación legal debida en caso de extinción del contrato de trabajo (arts. 3.º, n.ºs 1, 4, 5 y 6, y 36.º, n.ºs 1 y 5). Así pues, fue creado un sistema institucional que está basado en dos pilares públicos (FCT y FGCT), siendo que uno de ellos puede ser remplazado por otro de naturaleza privada (ME) y sobre lo cual no hay, aún, grande desarrollo o experiencia.

Este sistema depende de la adhesión obligatoria del empleador a los fondos o de su elección de un ME en sustitución del FCT (arts. 3.º, n.ºs 3 y 7, y 8.º, n.º1). Es preciso señalar que el empleador debe ejercer la opción por el ME en bloque relativamente a la totalidad de sus trabajadores (art. 8.º, n.º2), sin perjuicio de la posterior opción de elección de diferentes ME para sus trabajadores, desde que no resulte una práctica discriminatoria (art. 36.º, n.º3).

La adhesión del empleador se produce automáticamente cuando se celebre un el primer contrato de trabajo cubierto por la Ley de Garantía de la Compensación y se comunique la admisión de un trabajador al FCT o al ME (art. 8.º, n.ºs3 y 7), través de Internet (www.fundoscompensacao.pt). El empleador debe incluir los nuevos trabajadores en el FCT o ME hasta al inicio de la ejecución del contrato de trabajo (art. 8.º, n.º4). En el caso del FGCT, la adhesión se produce forzosamente con la adhesión del empleador al FCT o ME (art. 8.º, n.º8). Todavía, cuando elige un ME, el empleador debe comunicar la admisión de nuevos trabajadores tanto al ME, como al FGCT, hasta al inicio de la ejecución del contrato de trabajo (art. 8.º, n.º9).

Hemos dicho anteriormente que este sistema no es aplicable a contratos de trabajo con duración hasta dos meses. Ahora bien, cuando este contrato exceda este plazo, por

²¹ El ME no constituye ni tampoco sustituye la garantía específica para acceder a la actividad de trabajo temporario (art. 36.º, n.º8), la cual corresponde a 100 meses de retribución mínima mensual garantizada, añadida de las contribuciones para la seguridad social (€ 71.417,50) (art. 7.º, n.º1, del Decreto-Ley n.º 260/2009, de 25 de septiembre, modificado por las Leyes n.º 5/2014, de 12 de febrero, y n.º 146/2015, de 9 de septiembre). Esta garantía debe ser actualizada anualmente por referencia a la retribución mínima mensual garantizada y a la dimensión de la empresa, sin perjuicio de los refuerzos necesarios en caso de ser accionada (art. 7.º, n.ºs 2, 3 y , del mismo Decreto-Ley). Este mecanismo garante el cobro de créditos laborales del trabajador temporario (en particular, la remuneración y la indemnización o compensación por extinción del contrato de trabajo) y las contribuciones para la seguridad social (art. 190.º, n.º1, CT); todavía, no cubre la compensación calculada en los términos del art. 366.º CT en caso de contratos firmados a partir de 1 de octubre de 2013 (art. 190.º, n.º2, CT).

renovación automática o negociada, el empleador debe incluir el trabajador en el FCT o ME (art. 8.º, n.º10).

La adhesión al FCT y al FGCT termina con el cierre de actividad del empleador en el sistema de seguridad social (art. 9.º).

Teniendo en cuenta que la cuenta global está en nombre del empleador, es de resaltar que el saldo es intransmisible o inembargable, salvo en los casos previstos en la ley (art. 10.º), a fin de garantizar su finalidad: garantizar el pago parcial de las compensaciones.

4.2. Contribución mensual, cuenta global y registros individualizados

Con la adhesión al FCT es creada, por la entidad gestora, una cuenta global, en nombre de empleador, la cual debe tener un registro individualizado para cada uno de los trabajadores (art. 8.º, n.º7). En esa cuenta son acreditadas las contribuciones del empleador: 1% sobre la retribución base y, caso exista, el subsidio de antigüedad (0,925% para el FCT y 0,075% para el FGCT) (art. 12.º, n.ºs 1 y 2)²². Las contribuciones son efectuadas 12 veces al año, correspondiendo a 12 retribuciones base y, caso exista, 12 subsidios de antigüedad (excluyendo, así, los subsidios de Navidad y de vacaciones), través de Internet (www.fundosdecompensacao.pt) (art. 13.º, n.ºs 1 y 2).

La adhesión al FCT determina la obligatoriedad de pago de contribuciones para este fondo (art. 11.º, n.º1). En el caso de ME, creemos que nada se opone a la libertad de estipulación de las partes cuanto al importe y periodicidad de las contribuciones y respectivas formas de pagos, desde que sea garantido el tope mínimo previsto en el art. 36.º, n.º1. Con la adhesión al FCT o la elección del ME, el empleador se obliga a pagar la contribución específica para el FGCT (art. 11.º, n.º2).

Las contribuciones para el FCT y el FGCT son debidas desde el momento que se inicia la ejecución del contrato de trabajo hasta la fecha de su extinción, salvo en los períodos en que no se contabilice la antigüedad (art. 11.º, n.º3). Una vez más, creemos que en el caso del ME nada se opone a la libertad de estipulación de las partes, desde que sea garantido el tope mínimo previsto en el art. 36.º, n.º1.

Es necesario decir que la antigüedad no es contabilizada en caso de ausencias injustificadas al trabajo (art. 256.º, n.º1, CT) y de decisión disciplinaria de suspensión del trabajo con pérdida de retribución y de antigüedad (art. 328.º, n.º1, al. e), CT). Al contrario, la antigüedad es contabilizada notablemente en: a) el período de prueba (art. 112.º, n.º6, CT); b) el ejercicio de funciones en el ámbito de contratos de trabajo temporales (art. 147.º, n.º3, CT) o de contrato de comisión de servicio (art. 162.º, n.º5, CT); c) el período correspondiente a vacaciones vencidas y no disfrutadas en el momento de extinción de contrato de trabajo (art. 245.º, n.º2, CT); d) el ejercicio de funciones en régimen de cesión ocasional (art. 290.º, n.º2, CT); e) los períodos de reducción o suspensión del contrato de trabajo (art. 295.º, n.º2, CT); f) el período de permiso sin remuneración (art. 317.º, n.º4, CT).

²² El sistema austríaco establece un 1,53% sobre la remuneración mensual del trabajador (§6, n.º1, BMSVG).

Por eso, el empleador debe comunicar el importe de la retribución base y, caso exista, del subsidio de antigüedad y mantener los datos actualizados (art. 11.º, n.º4), así como las vicisitudes de la relación laboral.

La obligación de pago de contribuciones para el FCT puede suspenderse en relación a un determinado trabajador, cuando el saldo de su cuenta individualizada alcance la mitad del importe de la compensación legal (art. 11.º-A, n.º1). Esta obligación *recupera la vida* así que el saldo se torne insuficiente para ese propósito, debiendo la entidad gestora notificar al empleador para retomar el pago de contribuciones (art. 11.º-A, n.º2). Esta norma fue introducida muy recientemente y tenemos muchas dudas sobre su interés práctico. En primer lugar, muy difícilmente la cuenta individualizada alcanzará la mitad del importe de la compensación legal (6 o 9 días por año), teniendo en cuenta la porcentaje mensual cobrada sobre la retribución base y, en su caso, el subsidio de antigüedad. En segundo lugar, será una carga burocrática adicional para las empresas, porque dejan de pagar un mes para volver a pagar, casi, en el mes siguiente, generando incertidumbre cuanto a los costes mensuales y el sistema de nóminas.

El empleador se queda también dispensado de pagar las contribuciones para el FCT cuando se ha reconocido en el contrato de trabajo una antigüedad que le confiera el derecho a una compensación de valor superior a los topes de compensación previstos en el artículo 366.º, n.º2, CT (art. 11.º-B, n.º1). Así como en el caso anterior, siempre que el saldo se torne insuficiente para ese propósito, la entidad gestora debe notificar al empleador para retomar el pago de contribuciones (art. 11.º-B, n.º2). Esta regla nos parece poco adecuada al sistema, porque exenta al empleador de contribuir para el FCT siempre que esté obligado a pagar una compensación superior al límite legal por reconocimiento de una antigüedad superior, en virtud de un acuerdo firmado con el trabajador.

El incumplimiento de la obligación de pago de contribuciones mensuales para el FCT determina la no capitalización del importe omitido y la imputación en la cuenta del empleador de los costes inherentes al procedimiento de regularización de deudas, así como los costes administrativos de mantenimiento de cuenta (art. 35.º, n.º1)²³.

4.3. Transferibilidad

Podemos identificar dos tipos de transferibilidad: a) entre instrumentos de garantía; b) entre empleadores.

En el primer caso, el empleador puede transferir la totalidad de sus trabajadores del FCT para el ME y viceversa, desde que no perjudique las garantías ya conferidas y los importes ya asegurados a los trabajadores cuanto al tiempo transcurrido antes de la transferencia (art. 15.º, n.º1). Esta regla podrá igualmente cubrir la posibilidad de transferencia entre distintos ME.

El segundo caso puede abarcar los casos de a) cesión temporaria de trabajadores, b) cesión definitiva de trabajadores, c) transmisión de la posición de empleador por opción del trabajador, d) transmisión de la unidad económica. Este último caso será analizado más adelante.

²³ En el caso de incumplimiento ante el FGCT, *vide* art. 49.º, n.º1.

Una primera advertencia: la Ley de Garantía de la Compensación es solo aplicable a nuevos contratos de trabajo (o sea, firmados a partir de 1 de octubre de 2013). Por esta razón, siempre que se trate de una transmisión, temporaria o definitiva, de la posición de empleador en un contrato de trabajo anterior a esa fecha, no es necesario proceder a la adhesión del empleador e inclusión de los trabajadores involucrados. Teniendo en cuenta la finalidad del sistema, creemos que nada se opone a una adhesión voluntaria del empleador e inclusión de trabajadores no obligatoriamente incluidos en el sistema, en particular través del mecanismo equivalente.

Una segunda advertencia: la ley refiere la transferencia de saldos en caso de transmisión por cualquier título de la posición de empleador a un tercero debido a “vulneración de norma legal” (art. 15.º, n.º2). Esta norma incluye los siguientes casos: a) contrato de trabajo con pluralidad de empleadores fuera de los casos previstos en la ley (art. 101.º, n.º5, CT); y b) cesión ilegal de trabajador (arts. 173.º, n.ºs 3 y 4, CT, e 292.º, n.º1). Sin embargo, creemos que no se justifica una norma distinta para los casos de cesión legal de trabajadores –acuerdo de cesión definitiva de la posición de empleador (arts. 424.º a 427.º CC) y cesión ocasional de trabajador (arts. 288.º a 293.º CT)–, con las particularidades de la transmisión de la unidad económica. En consecuencia, en estas situaciones, el empleador original debe transferir para el nuevo empleador el saldo de la cuenta de registro individualizado del respectivo trabajador, incluyendo la eventual valorización positiva (art. 15.º, n.º2). Si el trabajador estaba en un ME, de la transferencia para el FCT o un nuevo ME no puede resultar una reducción de las garantías conferidas al trabajador (art. 15.º, n.º3).

Las normas de los arts. 16.º, n.ºs 2 a 7, sobre la transmisión de la unidad económica, son aplicables, con adaptaciones, a la transferencia de saldos (art. 15.º, n.º4).

4.4. Transmisión de la unidad económica

En nuestra opinión, la sucesión de empresas depende de la verificación de cinco requisitos positivos y de la falta de comprobación de tres requisitos negativos. Los requisitos positivos son: a) existencia de una unidad económica; b) vínculo efectivo entre el trabajador y la unidad económica; c) vigencia del contrato de trabajo en el momento de la transmisión de la unidad económica; d) modificación subjetiva de la posición de propietario o explotador de la unidad económica; e) asunción de la explotación de la unidad económica por el nuevo empresario. Los requisitos negativos son: a) extinción lícita del contrato de trabajo; b) cambio lícito de local de trabajo hasta la fecha de transmisión de la unidad económica; c) ejercicio del derecho de oposición por el trabajador. De lo anterior, podremos identificar tres situaciones de transmisión de unidad económica: a) directa, cuando existe un negocio jurídico entre el anterior y el nuevo empleador; b) indirecta, cuando no existe cualquier negocio jurídico entre el anterior y el nuevo empleador, pero un tercero pone término a la explotación de la unidad económica por parte del anterior empleador y la entrega a un nuevo empleador (por ejemplo, en las contrataciones públicas); c) reversión, cuando la persona X pone término, unilateralmente o por acuerdo, a la explotación de la unidad económica por parte del empleador y asume directamente la gestión de la unidad económica (arts. 285.º a 287.º y 498.º CT)²⁴. En caso de sucesión de empresas, el nuevo empleador asume la

²⁴ CARVALHO MARTINS, D.: Da Transmissão da Unidade Económica no Direito Individual do Trabalho, Almedina, 2013, págs. 167-311.

titularidad de la cuenta global que pertenecía al anterior empleador (arts. 16.º, n.º1, y 13.º de la Ordenanza n.º 294-A/2013).

Siempre que la transmisión imponga que el anterior empleador mantenga la titularidad de la cuenta global relativamente a trabajadores no involucrados en la transmisión, el saldo de la cuenta de registro individualizado de los trabajadores transmitidos, incluyendo la eventual valorización positiva, debe ser transferido para la cuenta global del nuevo empleador, caso exista en la fecha de transmisión (art. 16.º, n.º2). Cuando no lo tenga, se debe producir la adhesión del nuevo empleador al FCT hasta 15 días después de la transmisión (arts. 8.º, n.º5, y 16.º, n.º3), salvo si él elegir un ME (art. 16.º, n.º4).

La transferencia para el FCT o para un ME no puede reducir las garantías de los trabajadores cuanto al período anterior a la transmisión (art. 16.º, n.ºs 5 y 7). De la transmisión no puede resultar la vinculación del empleador al FCT y a uno o más ME, porque en tal caso el empleador debe optar por una de las alternativas (art. 16.º, n.º6), sin perjuicio de la posibilidad de elección de uno o más ME (art. 36.º, n.º 3). En otras palabras, el empleador no puede estar sujeto al FCT e a ME; tiene que optar entre uno u otro tipo de garantía.

Teniendo en cuenta el principio de la autonomía privada (art. 405.º CC), suponemos que el anterior y el nuevo empleador pueden establecer libremente entre si reglas para atribuir, en última instancia, los beneficios emergentes de la cuenta global y de los registros individualizados. En cualquier caso, la función de garantía de la compensación se quedará asegurada.

Muchas veces la transmisión de la unidad económica ocurre sin acuerdo entre el anterior y el nuevo empleador; en particular, en los casos de transmisión indirecta hay frecuentes litigios porque el nuevo empleador niega la aplicación de este régimen, compitiendo al tribunal decidir el pleito. ¿Cómo se debe proceder?

Creemos que en estos casos, el anterior empleador debe informar de conformidad con el principio de la buena fe el nuevo empleador sobre la situación de los trabajadores afectos a la unidad económica, así como las entidades gestoras del FCT – o del ME – y del FGCT. En el caso de que el nuevo empleador no reconozca la transmisión de la unidad económica, las entidades gestoras deben, en principio, atribuir el saldo de la cuenta de registro individualizado de los trabajadores involucrados al nuevo empleador. Si el Tribunal declara que la transmisión de la unidad económica para el nuevo empleador fue procedente, las entidades gestoras pueden cobrar forzosamente las contribuciones que no tengan sido pagadas. Si no es ese el caso, el saldo debe regresar a la titularidad del empleador originario.

4.5. Pago de la compensación

En caso de extinción del contrato de trabajo que determine el derecho a la compensación prevista en el art. 366.º CT, el empleador debe pagar la totalidad de la compensación al trabajador y puede pedir al FCT el reembolso del saldo de la cuenta de registro individual del trabajador, incluyendo la eventual valorización positiva, con una antelación máxima de 20 días relativamente a la fecha de extinción del contrato de trabajo (arts. 33.º, n.º1, y 34.º, n.º1). El FCT debe entregar la cuantía al empleador en un plazo máximo de 10 días desde la fecha del pedido de reembolso (art. 34.º, n.º2).

Cuando la extinción del contrato no determine el pago de la compensación (por ejemplo, en caso de despido disciplinario), el empleador puede quedarse con el importe del reembolso (art. 34.º, n.º3). Por eso, podría tener interés en mantener los valores en el FCT para aprovechar su eventual valorización positiva. Todavía, si hasta un año después de la extinción del contrato de trabajo, el empleador no pide el reembolso del saldo de la cuenta de registro individualizado del trabajador y su eventual valorización positiva, el FCT debe notificarlo para ese efecto y fijarle un plazo no superior a 30 días, a partir de lo cual no beneficia de las eventuales valorizaciones positivas (art. 34.º, n.º7).

La ley determina que en la situación de transmisión de unidad económica por efecto de un instrumento de reglamentación colectiva de trabajo, el reembolso debe prorratearse a todos los empleadores que tengan contribuido para la cuenta individual (art. 34.º, n.º4). En nuestra opinión, esta regla debe ser aplicada por analogía a los casos de transmisión indirecta y, cuando no proceda de acuerdo entre las partes, de reversión de la unidad económica. La desviación a la regla de reembolso al (último) empleador (art. 34.º, n.º3) debe ocurrir siempre que entre los empleadores no haya acuerdo para la transmisión de la unidad económica y sea posible discutir o analizar el destino del beneficio de la cuenta en el FCT.

Los casos de reembolso son notificados por el FCT al FGCT y a la Autoridad para las Condiciones del Trabajo, en un plazo de 4 días a contar de su realización (art. 34.º, n.º5).

Si el empleador no procede al pago de la mitad de la compensación, el trabajador puede accionar el FGCT hasta ese límite (arts. 33.º, n.º2, y 46.º, n.º1), través de requerimiento con su identificación, así como del empleador y, caso exista, del ME (art. 46.º, n.º3). Para esto efecto, el FGCT pide información al FCT y al empleador, los cuales deben contestar en 4 días (art. 46.º, n.º6). En el primer caso, sobre los valores pagados al empleador y los importes disponibles en la cuenta de registro individual del trabajador (art. 46.º, n.º4)²⁵. En el segundo caso, sobre el motivo de extinción del contrato de trabajo y montante pagado por el empleador al trabajador a título de compensación (art. 46.º, n.º5). El FGCT dispone de un plazo de 20 días para apreciar y pagar el importe al trabajador (art. 47.º, n.ºs 1 y 2). La decisión es notificada al trabajador y empleador (art. 48.º, n.º1) y, caso lo sea pedido, al Fondo de Garantía Salarial (art. 48.º, n.º2). El FGCT no responde por cualquier cuantía siempre que el trabajador perciba mitad de la compensación legal (arts. 3.º, n.º6, 33.º, n.º3, y 46.º, n.º2).

El reembolso de las cuantías puede no ser definitivo. En primer lugar, en caso de decisión judicial que estime el despido ilícito e imponga la readmisión del empleador en la empresa, el empleador debe proceder: a) a la nueva inclusión del trabajador en el FCT; b) a la reposición del saldo de la cuenta de registro individualizado desde la fecha de despido; y c) a el pago de las contribuciones respectivas. Cuando el FGCT tenga sido también accionado, el trabajador debe también devolver los importes percibidos (art. 17.º, n.º3), de forma integral o fraccionada (art. 17.º, n.º4). Para eso, el empleador y el trabajador disponen de un plazo de 30 días desde el momento que la decisión judicial tenga fuerza de cosa juzgada (art. 17.º, n.ºs 1 y 3). En el plazo de 15 días, el FGCT debe

²⁵ Caso existan, deben ser transferidos para el FGCT en un plazo de 4 días a contar de la fecha de pedido (art. 46.º, n.º7).

entregar la cuantía percibida, en las debidas proporciones, al FCT y al empleador (art. 17.º, n.º5).

Por otro lado, siempre que el contrato, por cualquier motivo, no se extinga después del reembolso, el empleador debe devolver al FCT el importe recibido en un plazo de 10 días a contar de la fecha de no verificación de término del contrato (art. 34.º, n.º6).

El accionamiento indebido del FCT o FGCT, por parte del empleador o del trabajador, confiere la posibilidad de recusa de pago por parte de las entidades gestoras (art. 14.º).

Del otro lado, cuando el empleador no entregue al trabajador el valor, total o parcial, de la compensación reembolsado por el FCT o ME, cuando le sea debido, é punido por delito de abuso de confianza (art. 56.º).

4.6. Regularización de deudas

En caso de incumplimiento del pago de contribuciones mensuales, las entidades gestoras del FCT y del FGCT notifican al empleador para proceder a la regularización de la deuda e informan al deudor sobre las consecuencias del incumplimiento (arts. 35.º, n.ºs 2 y 3, y 49.º, n.ºs 1 y 2).

La deuda puede ser regularizada través de pago voluntario integral o fraccionado, mediante acuerdo a firmar entre el deudor y el FCT y/o FGCT (art. 51.º, n.ºs 1 y 2); o pago forzado, siendo la deuda equiparada a las deudas para la seguridad social (art. 51.º, n.ºs 3 a 5).

El FGCT podrá subrogarse al trabajador en relación a la cuantía pagada a título de compensación (art. 52.º, n.º1) y, en el caso de concurso, si el patrimonio del empleador es insuficiente, el crédito del FGCT debe ser pagado inmediatamente después de satisfechos los créditos de los trabajadores (art. 52.º, n.º2).

5. APUNTE FINAL

Transcurridos más de dos años sobre la creación del sistema de garantía de la compensación. Podemos presentar tres ideas claves: a) el régimen del FCT es paradigmático y, por eso, es aplicable subsidiariamente, en todo que no sea incompatible, al régimen del FGCT (art. 50.º) y al régimen del ME (art. 36.º, n.º10), b) el ME no se encuentra suficientemente desarrollado en el mercado que permita un estudio más detallado sobre sus ventajas y aspectos a mejorar; y c) el sistema presupone una carga burocrática significativa para los empleadores para garantizar solo una parte de la compensación y sin asegurar de hecho que el importe reembolsado por el FCT sea entregado al trabajador (la previsión de un deber de entrega, de multa por infracción administrativa o de un delito de abuso de confianza refuerzan la tutela del trabajador, pero no impidan la desviación del dinero para otros fines).

Las dudas son claras: un sistema dual que combina la capitalización con la mutualidad y que se basa en una contribución de un 1% de la retribución base y, si existe, del subsidio de antigüedad ¿puede, algún día, garantizar, de hecho, entre 6 y 9 días por año de antigüedad? ¿y, en caso afirmativo, el interés proseguido (la garantía de la mitad de la compensación) justifica una tan significativa carga burocrática?

Capítulo XXVII. Implementación de la garantía juvenil en Castilla y León a la luz de las Directrices Europeas

NATALIA ORDÓÑEZ PASCUA

*Profa. Ayte. Doctora del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

Resumen

El presente análisis trata de poner de relieve la forma en que el Sistema de Garantía Juvenil ha quedado articulado en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Para ello, es preciso situar su entronque y su concepción a nivel europeo, así como la trasposición en el ámbito estatal, acometiendo las peculiaridades que en este segmento de población se presentan a nivel regional. Ello va a suponer tres tareas consecutivas: la primera, una dación de cuentas de la situación del mercado de trabajo en Castilla y León, con particular atención a la posición de los jóvenes en el mismo; en segundo lugar, las medidas genéricas o comunes que derivan de la iniciativa europea y española y su concreta articulación en el marco estudiado; por último, las medidas específicas o peculiares adoptadas en la Comunidad Autónoma y su sentido o justificación última.

Abstract

This paper analyzes how the youth guarantee system has been articulated in the autonomous community of Castilla y Leon. It's necessary to consider its inception at European level and their transposition at the state level, taking into account regional peculiarities. This will mean three consecutive tasks: first, a clearance of accounts of the situation of the labor market in Castilla y Leon, with particular attention to the position of young people in it; Second, generic or common measures arising from the European and Spanish initiative and its concrete articulation within studied; Finally, specific or particular measures in the region and its meaning or ultimate justification.

1. INTRODUCCIÓN

Para la Unión Europea la lucha del desempleo juvenil se ha convertido en un objetivo prioritario. La crisis golpea con especial fuerza al colectivo de jóvenes que, dada su falta de experiencia profesional y, en ocasiones, su escasa o inadecuada educación y formación encuentran importantes barreras para su inserción en el mercado laboral, trayendo consigo situaciones de dificultades financieras que provocan efectos perniciosos no sólo en lo estrictamente laboral, sino en todo el entorno que rodea al individuo¹. De este modo, los mecanismos de transición entre la formación reglada y el mercado laboral ejercen un impacto importante en la tasa de inserción de los jóvenes.

A las altas tasas de paro en este colectivo cabe añadir las elevadas cifras del abandono escolar, factores que han convertido el problema en estructural, dado que la empleabilidad depende, en gran medida, del nivel de cualificación alcanzado.

España ha sido uno de los países más afectado por esta situación, incrementando sus niveles hasta un 25% en el año 2012 –en ligero descenso actualmente– y, a su vez, presenta importantes diferencias regionales en cuanto a tasas de desempleo, en general, y juvenil, en particular; concretamente, Castilla-León presenta un nivel de desempleo del 16.6% (situado entre las ocho Comunidades Autónomas con menor nivel de paro) y un 44.65% de paro juvenil, que afecta en mayor medida a mujeres que a hombres.

¹ MOLINA, J.A. y BARBERO, E.: “El Desempleo Juvenil en Europa y España”, Acciones e Investigaciones Sociales, núm. 21, 2005, págs. 135 a 155.

La necesidad de dar respuesta efectiva a este problema supone la adopción por parte de la Unión Europea de unas medidas de intervención que en los Países Miembros se van a plasmar en diferentes actuaciones a nivel interno.

2. LA GARANTÍA JUVENIL EN EL MARCO DEFINIDO POR LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Origen

Con el nacimiento de la Estrategia Europea de Empleo se llevan a cabo una serie de procesos destinados a incrementar el nivel de empleabilidad en la Unión (Luxemburgo, Cardiff, Bolonia, Colonia y Lisboa), llegando a ser numerosas las referencias a la alta preocupación por las tasas de desempleo y, en concreto, de desempleo juvenil.

En las Directrices de Políticas de Empleo (2005-2007) va tomando forma la necesidad de prestar especial atención a un colectivo con necesidades específicas y que constituirá uno de los grandes caballos de batalla en casi todos los países que conforman el mapa europeo. Así, el Consejo acordó que se ofreciera “a cada desempleado una oportunidad antes de que alcance seis meses de desempleo en el caso de los jóvenes”².

Sin embargo, en 2010, cuando aún no se había implementado esta medida en toda la Unión, el Parlamento Europeo y el Foro de la Juventud abogaron con fuerza por el establecimiento de la Garantía Juvenil mediante una estrategia diferenciada a través de la Resolución de 6 de julio sobre “Fomento del acceso de los jóvenes al empleo, refuerzo del estatuto del becario, del periodo de prácticas y del aprendizaje”³, la cual considera que la crisis económica ha provocado un acusado aumento de las tasas de desempleo en los Estados miembros de la UE; tendencia que ha perjudicado de forma desmesurada a los jóvenes, pues el porcentaje de desempleo entre éstos aumenta con mayor intensidad con respecto al porcentaje de falta de ocupación media, mediando la paradoja de que, debido al envejecimiento de la población, los jóvenes representan al mismo tiempo un punto de apoyo necesario para los regímenes de Seguridad Social y el mantenimiento del Estado de Bienestar.

A todo ello suma que existen pocas posibilidades de que los jóvenes encuentren un empleo regular permanente, pues su acceso al mercado laboral tiene lugar principalmente a través de formas de empleo atípicas, altamente flexibles, inseguras y precarias (empleo marginal a tiempo parcial, temporal o de duración fija, etc.), y que la probabilidad de que esto sea un primer escalón hacia un trabajo permanente es baja.

Esta es la línea seguida en las Orientaciones para las Políticas de Empleo 7 y 8 a la incentivación del trabajo de los jóvenes de 2010 y en la “Iniciativa de Oportunidades para la Juventud”⁴, mediante la cual la Comisión Europea pide a los Estados Miembros, a los interlocutores sociales y a otras partes interesadas que, con arreglo a sus competencias, lleven a cabo las siguientes tareas:

² PALOMINO SAURINA, P.: “La garantía juvenil”, Revista de Información Laboral, núm. 6, 2015, pág.61 y ss.

³ DOUE 2/11/2011. C 351 E/29.

⁴ Resolución de 24 de mayo de 2012 del Parlamento Europeo.

1.- Trabajar con urgencia en la elaboración de estrategias y políticas económicas y de mercado de trabajo para la creación de más y mejores empleos para los jóvenes.

2.- Apoyar las políticas nacionales de mercado de trabajo, educación y formación a través del establecimiento de una Garantía Juvenil europea que consagre el derecho de los jóvenes de la UE a que, tras un periodo máximo de 4 meses de desempleo les sea ofrecido un puesto de trabajo, aprendizaje o formación.

3.- Intensificar los esfuerzos en reducir el abandono escolar prematuro y el desarrollo de estrategias de acercamiento a los jóvenes sin estudios, trabajo y formación (generación “ni-ni”).

4.- Mejorar el vínculo enseñanza- trabajo, creando unas mejores prácticas en el marco de la educación y formación profesional, facilitando, así, la transición de la educación al empleo.

5.- Aunar esfuerzos en cuanto a la aplicación de un sistema europeo de certificación y reconocimiento del aprendizaje formal e informal, mejorando la movilidad nacional y transnacional.

6.- Aplicar políticas de inclusión para evitar la discriminación de los jóvenes y abordar las necesidades específicas de determinados grupos para ingresar en el mercado de trabajo (jóvenes migrantes, padres jóvenes, colectivo gitano o personas con discapacidad).

Con la adopción, en diciembre de 2012⁵, de una serie de medidas dirigidas, entre otros objetivos, a facilitar la transición de los estudios al mundo laboral a través de sistemas de Garantía Juvenil, cobra aún más fuerza el interés por la pronta inserción del joven en el mercado de trabajo.

Fruto de este proceso han sido diseñadas unas directrices⁶ dirigidas a paliar el abandono prematuro de los estudios, fomentar la empleabilidad y eliminar obstáculos de orden práctico al empleo, adquiriendo los Estados de la Unión el compromiso en orden a garantizar el éxito de la transición de los jóvenes al empleo.

2.2. Desempleo juvenil y formación: especial atención a los “ni-nis”

El desempleo de los más jóvenes ha trascendido de lo meramente coyuntural para convertirse en un problema estratégico y, si bien no puede hablarse de una relación automática entre la tasa de paro del conjunto de la población y el desempleo juvenil, lo cierto es que en 19 de los 27 Estados Miembros han presentado una pauta en la que el paro de éstos últimos era el doble que el total, tanto en el periodo anterior a la crisis económica como durante la depresión⁷.

⁵ Comunicación de la Comisión, de 5 de diciembre de 2012 “Promover el Empleo Juvenil”, COM (2012) 727.

⁶ Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil.

⁷ MERCADER UGUINA, J.R.; ARAGÓN GÓMEZ, C.; NIETO ROJAS, P.; PÉREZ DE PRADO, D.: Propuestas de medidas urgentes en materia de empleo juvenil, IRLE. Fundación Sagardoy, Madrid, 2010.

A la hora de explicar el fenómeno del paro y las causas de las notables diferencias existentes entre los países europeos, destaca la variable de la formación como elemento clave para garantizar una mejor adaptación de la mano de obra y de la empresa a las cambiantes circunstancias del mercado de trabajo.

La evolución de los últimos años pone de manifiesto un leve decrecimiento en esta dinámica, donde los menores niveles educativos se asocian a una mayor permanencia en situación de desempleo. A su vez, y dentro del grupo de desempleados jóvenes, el paro es ampliamente superior en los de menor edad.

Bajo este panorama descrito a grandes rasgos, cabe centrar un mayor interés en los “ni-nis” como grupo específico que presenta una peor situación dentro de la ya precaria situación juvenil.

Con éste término, utilizado genéricamente para denominar a aquellos jóvenes que ni estudian ni trabajan, se trata de aquilatar también su creciente importancia la cual ha llevado a la inclusión como fenómeno en la Estrategia “Europa 2020”, otorgándoles especial tratamiento en cuanto a políticas de protección social y de empleo⁸.

El colectivo estaría así formado por aquellos jóvenes en una franja de edad de entre 16 y 24 años, desempleados o inactivos y que ni estudian ni trabajan, para los cuales será necesario crear estrategias de reconocimiento a través de la cooperación con otras entidades de diverso tipo (servicios sociales, asociaciones juveniles...). Cabe reseñar que el término no sólo hace referencia a cuantos abandonan sus estudios de forma precoz, sino que alude a un colectivo heterogéneo donde tienen cabida también aquellos con formación superior pero carentes de experiencia laboral. Los datos en España apuntan al bajo nivel de cualificación para el incremento de este segmento social.

3. IMPLEMENTACIÓN DE LA GARANTÍA JUVENIL EN ESPAÑA

3.1. La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven

La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, aprobada el 12 de marzo de 2013, se enmarca en el objetivo del Gobierno de impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral por cuenta ajena o a través del autoempleo y el emprendimiento, siendo resultado de un proceso de diálogo y participación con los interlocutores sociales. Responde a las recomendaciones que, en materia de empleo joven, ha realizado la Comisión Europea y toma forma dentro de Plan Nacional de Reformas concordante con los objetivos de la “Garantía Juvenil” europea, desarrollando las recomendaciones específicas que propone el documento y cuya motivación principal consiste en “reducir la tasa de desempleo juvenil y abordar las causas estructurales que hacen que sea superior a la de la población general”.

La idea fundamental parte de las consideraciones de la Recomendación del Consejo de la UE, entre las cuales cabe destacar la necesidad de invertir en el capital humano constituido por la juventud para obtener beneficios a largo plazo y evitar, así, los elevados costes que supone una generación de jóvenes que ni estudian ni poseen formación alguna.

⁸ PÉREZ DEL PRADO, D.: «Desempleo juvenil y formación en Europa: el problema de los “ninis”», Revista de Información Laboral, núm. 2, 2014, págs. 1603 y ss.

La Estrategia gira en torno a cuatro ejes diferenciados: mejora de empleabilidad de los jóvenes, aumento de la calidad y estabilidad del empleo, promoción de la igualdad de oportunidades y fomento de un espíritu emprendedor.

Sin embargo, toda esta declaración de intenciones ha de quedar plasmada de forma específica en las normas, tomando forma en una serie de “medidas urgentes” de carácter económico, financiero y laboral iniciada a través del Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero (más tarde Ley 11/2013), de medidas de apoyo al emprendedor y estímulo al crecimiento y a la creación de empleo, encargado de desarrollar parte de las recomendaciones específicas propuestas desde la UE y que dedica íntegramente su Título I a “Medidas de Desarrollo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven”.

Siguiendo el mandato de la UE, España elabora el Plan de Implantación de la Garantía Juvenil bajo un enfoque integral, preventivo y de atención temprana a todas las instancias que pueden contribuir a facilitar la mejora de la empleabilidad y la inserción en el mercado de trabajo de los jóvenes, incidiendo de nuevo en aquellos menores de 25 años que ni trabajan ni reciben formación. Así, el colectivo “ni-ni” y sus distintos perfiles requieren de una gran transformación en materia de políticas de empleo orientada a resultados a través de un conjunto de acciones dirigidas a la mejora de la intermediación y empleabilidad.

La Garantía Juvenil así presentada supondrá tener opción a una oferta adecuada de empleo o acción formativa, educativa, de formación profesional continua, de aprendizaje o prácticas, dentro de los cuatro meses a partir de la solicitud; objetivo muy ambicioso y desarrollado parcialmente a través del RDL 8/2014, de 4 de julio, (convalidado por la Ley 18/2014, de 15 de octubre), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que modifica algunas de las normas laborales existentes para adaptarlas al nuevo modelo de políticas de empleo y contempla, fundamentalmente, dos vías de actuación en favor de los jóvenes: por un lado, sobre la mejora de la intermediación y de la empleabilidad, fomento de la contratación y del emprendimiento; por otro, el apoyo de la contratación indefinida mediante contratos bonificados⁹.

3.2. El Sistema Nacional de Garantía Juvenil

Bajo el patrón esbozado, la finalidad del Sistema consiste en facilitar el acceso al empleo, educación continua o formación de aprendiz o prácticas tras acabar la educación formal o quedar en situación de desempleo de aquellos jóvenes no ocupados ni integrados en sistemas de educación o formación mayores de 16 años y que no hayan cumplido 30¹⁰.

⁹ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El Sistema Nacional de Garantía Juvenil: nuevo instrumento de actuación y apoyo a la contratación de jóvenes”, Revista de Trabajo y Seguridad Social(CEF), núm. 377-378, 2014, pág. 143.

¹⁰ Resolución de 29 de julio de 2015, de la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, por la que se amplía el ámbito de aplicación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Al tenor literal del apartado cuatro de la disposición final duodécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, “se amplía la edad máxima de acceso al Sistema Nacional de la Garantía Juvenil a los mayores de 25 años y menores de 30, que cumplan con los requisitos recogidos en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, para beneficiarse de una acción derivada del Sistema (...)”

La adopción de este sistema responde a una realidad constatada de la situación de los jóvenes en España y tiene como actores principales tres grupos diferenciados:

a) Por un lado, el colectivo específico al que va dirigido, pues es imprescindible la solicitud expresa del interesado para su inclusión en el sistema, con independencia de su inscripción en los servicios públicos de empleo.

b) Por otro, las Administraciones Estatales, Autonómicas y Locales, o entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de las mismas, en el ámbito de sus competencias, así como los sujetos y entidades que actúen en el ámbito privado.

c) Como interlocutores indispensables, cabe citar a los agentes sociales, situados en primer término en el Plan Nacional de Implantación de Garantía Juvenil, destacando el papel sindical y de las organizaciones empresariales para la viabilidad de las acciones acometidas.

Este ambicioso proyecto, y el cumplimiento de sus objetivos, requiere de una gran reforma estructural donde deben ser reforzados cuatro grandes aspectos de la política de empleo, a saber: la mejora en la intermediación, la empleabilidad, la contratación y el emprendimiento. A tal fin se prevé llevar a cabo distintas acciones:

a) En cuanto a la intermediación, son necesarias medidas destinadas a contribuir a la mejora de la activación temprana y perfeccionamiento en los procesos de intermediación y movilidad laboral, como la orientación profesional, iniciativas con agencias de colocación y programas de intermediación en el binomio educación-empleo.

b) El objetivo de la empleabilidad se materializa en medidas en cuanto a mejorar aptitudes y competencias profesionales mediante formación con compromiso de contratación, prácticas no laborales en empresas, formación profesional dual o programas de segunda oportunidad para aquellos jóvenes que abandonaron los estudios de forma prematura.

c) El incentivo a la contratación tiene lugar a través del apoyo a la contratación indefinida y el refuerzo de los contratos formativos (prácticas, formación y aprendizaje y contrato a tiempo parcial con vinculación formativa). De hecho, media un énfasis especial en el fomento o estímulo de la demanda a través de la bonificación a la contratación de jóvenes desempleados por parte de las empresas. Según el texto de la EEEJ, casi 8 de cada 10 acciones (un 78%) se corresponderían a esta línea de actuación.

d) Por cuanto atañe a la ayuda a emprendedores, pretende aumentar la responsabilidad, innovación y emprendimiento, poniendo en disposición más medidas de apoyo a la creación de empresas, con incentivos en la cotización a la Seguridad Social y asesoramiento al autoempleo.

Nacional de Garantía Juvenil, dado que la tasa de desempleo para este colectivo se situó en 29,77 puntos de acuerdo con los datos de la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2014⁷⁷.

4. GARANTÍA JUVENIL EN CASTILLA-LEÓN

El desempleo, junto a la tardía emancipación y el inicio de un considerable flujo migratorio hacia el extranjero, son aspectos estrechamente vinculados al desempleo, que contribuyen a definir un cuadro particularmente crítico en relación a la juventud española y, más en concreto, a la castellano-leonesa.

En el desarrollo de la iniciativa europea de la Garantía Juvenil, uno de los principales retos de la Junta de Castilla y León viene dado por la lucha contra el desempleo precisamente de este sector de la población.

A tal fin, la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, a través del Instituto de la Juventud, asumió el compromiso de difundir e informar a los potencialmente beneficiarios de la posibilidad de incorporarse a esta iniciativa. Además, cuenta con la participación del Consejo de la Juventud de la Comunidad como cauce directo de divulgación.

De cara a aumentar el registro ha sido puesto en marcha un Sistema de Información y Orientación ordenado a evitar, así, la pérdida de oportunidad para acceder a la formación y empleo que ofrece el programa.

En el aspecto económico, la implantación se nutre de los fondos europeos y presupuestos de las Consejerías de Economía, Educación y Familia.

El contexto de actuación es forzoso: en el ámbito nacional, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, dedica íntegramente el Capítulo I de su Título IV al Sistema Nacional de Garantía Juvenil, estableciendo los requisitos de los participantes, así como las acciones a emprender a fin de la consecución del objetivo primordial situado en minorar las cifras de paro juvenil a medio-largo plazo. A nivel territorial, por consiguiente, la Garantía Juvenil requiere la adopción de medidas legislativas para “dar forma” a el Sistema. Fundamentalmente serán dos las vías de actuación acometidas: una de tipo laboral, mediante el fomento al autoempleo, la contratación temporal y el fomento del empleo estable; otra dirigida a la formación, a través del programa Gradua2 y las becas formativas, en su mayoría a través del establecimiento de subvenciones y ayudas aprobadas con carácter anual.

En todo caso, cabe comprobar cómo la Garantía Juvenil se constituye a modo de una extensión de los incentivos de contratación a los beneficiarios de la misma, más que como sistema autónomo que dé a luz figuras contractuales o fórmulas novedosas.

4.1. Fomento del autoempleo

Con antecedente legislativo más próximo en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, uno de los objetivos planteados en el artículo 90 de la Ley 18/2014 radica en el apoyo al emprendimiento a través, precisamente, de ayudas canalizadas a la consecución del autoempleo.

Sin embargo, el impulso a las iniciativas de emprendimiento por parte del Gobierno central y de las Comunidades Autónomas requiere una mejora de las políticas de

empleo y dotar a los emprendedores de más recursos económicos, legales, técnicos y humanos para así crear empresas. Por otra parte, autoempleo y emprendimiento no son iguales en todos los lugares del territorio nacional, como tampoco lo son, en su globalidad, las políticas públicas y los factores que los posibilitan o condicionan.

Se entiende que desde las Administraciones Públicas efectivamente medie una potenciación del autoempleo juvenil, así como la creación y desarrollo de proyectos empresariales generadores de empleo de valor añadido¹¹.

Con carácter general, ello supondrá apostar por un fomento de la responsabilidad, la innovación y el emprendimiento, con la puesta a disposición de los jóvenes de aquellos medios y servicios necesarios para afrontar la creación de nuevas empresas, a través, como en otras ocasiones, de incentivos en la cotización a la Seguridad Social, capitalización de la prestación por desempleo y tareas de asesoramiento o cualesquiera de carácter similar.

Todo ello pretende salvar una de las mayores dificultades a las cuales han de hacer frente los jóvenes a la hora de canalizar sus ambiciones en este punto, como es el desconocimiento de los recursos existentes, la sensación de no saber por dónde empezar o dónde acudir en busca de información o la ayuda económica para poner en marcha una idea o un proyecto.

La Orden EYE/349/2015, de 27 de abril, establece las bases reguladoras de las subvenciones, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, destinadas a fomentar el autoempleo de los jóvenes incluidos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil en la Comunidad de Castilla y León para el año 2015.

La norma, en sintonía con lo regulado con carácter estatal y las directrices europeas, es el resultado de la toma de conciencia del problema económico y social en que se ha convertido el paro juvenil, donde el autoempleo, la creación del propio puesto de trabajo, aparece como excelente alternativa para acceder al mercado laboral, si bien conlleva unos riesgos, sobre todo al inicio de la actividad, razón por la cual es necesario un sistema de subvenciones a fin de minimizarlos.

Las subvenciones dirigidas las personas físicas que hayan iniciado una actividad económica por cuenta propia o se hayan incorporado como autónomos colaboradores, a través del preceptivo alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o Mutualidad del Colegio Profesional correspondiente, siempre con la premisa de su inscripción en el Fichero de Garantía Juvenil.

Tendrán carácter subvencionable cualquiera de las siguientes actuaciones:

1º. Inicio de una actividad económica por cuenta propia.

2º. Contratación de servicios externos necesarios para la mejora del desarrollo de la actividad económica llevada a cabo.

¹¹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “A propósito de la reforma laboral de 2012 y la Estrategia de Emprendimiento de Empleo Joven 2013-2016: la nueva ordenación político-jurídica de la integración de los jóvenes en el mercado laboral”, en DURÁN RUIZ, F.J. (Coord), I Congreso Internacional sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI. Retos sociales y jurídicos, Comares, Granada, 2013, pág. 765.

3º. Realización de cursos de formación relacionados con la dirección y gestión empresarial y las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, siempre y cuando se desarrollen íntegramente en el periodo comprendido entre los tres meses inmediatamente anteriores al alta en el RETA o Mutualidad del Colegio Profesional.

Las ayudas se calculan en función de la consecución de todas o alguna de las acciones subvencionales, siendo su cuantía máxima 10.000 Euros.

4.2. La contratación temporal

Muchas han sido las medidas de reforma del mercado laboral adoptadas en este último periodo que, desde el plano de la contratación temporal, han ido dirigidas al incremento del empleo. Frente a la creación de puestos de trabajo estables e indefinidos, surge la paradoja del fomento del empleo temporal, probablemente entendido como una “primera oportunidad” en el caso del joven, de acceder al mercado. En la esencia del mismo está su finalidad “causal”, inevitablemente unida a una duración determinada en el tiempo.

Con carácter general, la regulación estatal del contrato temporal se sustenta en el RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el R D 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada.

De forma más específica, y dentro de los estímulos a la contratación juvenil temporal, cabe hacer referencia al contrato primer empleo joven (Art. 12 Ley 11/2013), destinado desempleados inscritos en la Oficina de Empleo menores de 30 años (o de 35 años si tienen reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%), sin experiencia laboral o con una inferior a 3 meses, y concebido de forma “*ex*” garantía juvenil, signado por una duración mínima de 3 meses y máxima de 6, salvo lo dispuesto en convenio colectivo, no pudiendo exceder en ningún caso de 12 meses.

Para el año 2015, el Gobierno Castellano-Leonés establece las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la contratación temporal de jóvenes incluidos en el Sistema de Garantía Juvenil (inscritos en el Fichero), las cuales serán destinadas a promover la contratación de trabajadores por entidades sin ánimo de lucro, para la realización de obras y servicios de interés general y social. Cofinanciados por el Fondo Social Europeo para dar ocupación a los jóvenes en el amplio sentido que los concibe el legislador español, constituye, sin duda, la principal vía para aprovechar las partidas cuantiosas provenientes de Europa encauzándolas hacia esa “primera oportunidad”.

A tal efecto se consideran de interés general y social aquellas obras y servicios que redunden en la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos en situación de dependencia, marginación o exclusión social, promuevan el mantenimiento o desarrollo del acervo cultural, se dirijan a la intervención en defensa de la naturaleza y medio ambiente, u otras de utilidad pública, debiendo ser ejecutadas en régimen de administración directa y con una duración de, al menos, 6 meses. Concepto laxo capaz de proporcionar una referencia claramente beneficiosa frente a la general aplicable al joven no incluido en el Sistema.

La cantidad de la subvención queda establecida en un máximo de 6.000 euros para contratos de duración igual o superior a 6 meses, con independencia del salario que

legal o convencionalmente le corresponda percibir al trabajador y dentro de la partida presupuestaria general de 1.000.000 € que los Presupuestos Generales de la Comunidad destinan a esta medida¹².

Los modelos de contrato a utilizar al efecto son, fundamentalmente, el de prácticas, el de prácticas no laborales y el de formación, si bien caben otros de carácter temporal, a los cuales, además de las bonificaciones establecidas con carácter general, se le añadirían las específicas derivadas de la inscripción en el Sistema.

4.3. Fomento del empleo estable

Como tercera de las acciones acometidas cabe mentar el fomento del empleo estable. Si bien las vías contractuales dirigidas a los jóvenes son en su gran mayoría de carácter temporal, la norma también ha establecido un sistema de bonificaciones a la hora de llevar a cabo su conversión en otros de carácter indefinido¹³.

A tenor del artículo 107 RD Ley 8/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, cabe una bonificación por la contratación de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil en favor de las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que contraten de forma indefinida (también fija discontinua) a una persona beneficiaria del Sistema. Su importe consistirá en una minoración de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por un valor de 300 euros.

La duración de la bonificación será de 6 meses, condicionada al mantenimiento de la ocupación del trabajador al menos 6 meses desde el inicio de la relación laboral y bajo la premisa de un aumento neto del nivel de empleo indefinido en la empresa y su mantenimiento durante el periodo de su disfrute; medida compatible, en su caso, con cualesquiera otras que puedan establecerse con carácter general, siempre y cuando de la aplicación de las mismas no resulte negativo el importe de la cotización mensual a la Seguridad Social.

A nivel territorial, la Comunidad establece un sistema de subvenciones igualmente compatible con las nacionales en cuanto hace a la celebración de contratos indefinidos ordinarios para prestar servicios en centros de trabajo de la Región¹⁴, siempre y cuando

¹² Resolución de 3 de junio de 2015, del Presidente del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, por la que se convocan las subvenciones, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, destinadas a la contratación temporal de jóvenes incluidos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, por entidades sin ánimo de lucro, para la realización de obras y servicios de interés general y social, en la Comunidad de Castilla y León, para 2015.

¹³ Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ha editado una guía con fecha de noviembre de 2015 en la cual se lleva a cabo un cuadro-resumen de las bonificaciones que por la contratación de jóvenes podrán aplicarse las empresas.

¹⁴ Orden EYE/352/2015, de 27 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, dirigidas al fomento del empleo estable por cuenta ajena de los jóvenes incluidos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, en la Comunidad de Castilla y León, desarrollada mediante Resolución de 27 de mayo de 2015, del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, por la que se convocan subvenciones, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, dirigidas al fomento del empleo estable por cuenta ajena de los jóvenes incluidos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, en la Comunidad de Castilla y León, para el año 2015.

la jornada de trabajo pactada sea igual o superior al 50% de la ordinaria, sin dar cabida a otros formalizados bajo cualquier otra modalidad.

De igual modo, el Gobierno regional establece unas cantidades para “animar” a la contratación de jóvenes inscritos en el Sistema mediante contratos indefinidos ordinarios, medida que –a juicio de quien suscribe– no está apoyada en otros elementos que sustenten la resolución del problema de fondo.

En cualquier caso, conviene destacar la falta de modelos de contratación “propios” o “novedosos” dirigidos a jóvenes, pues cualquiera de las situaciones antevistas se enmarcan en tipologías ya existentes, adaptadas en cuanto a la edad a los jóvenes, sin presentar ningún elemento que suponga acometer el problema del paro estructural; antes al contrario, las soluciones pasan por un mero apoyo económico presentado como solución a corto plazo.

4.4. La formación: las ayudas a la realización de Máster y el programa Gradua2.

La relación directa que ha sido constatada entre la situación laboral juvenil y la formación ha llevado a las instituciones a centrar su preocupación en una intervención educativa en edades tempranas como punto de partida para mejorar la empleabilidad de este colectivo.

La legislación educativa en su conjunto ha sufrido de una serie de modificaciones que, a la postre, no han supuesto sino un ir y venir de intervenciones cuyo resultado parece distar mucho de los sistemas educativos europeos más avanzados.

Si alta es la preocupación en esta materia a nivel continental, en España debería serlo aún más, pues dista de haber terminado aún la adaptación a las metodologías de los países vecinos.

En este contexto general, el Plan Nacional de Implantación de Garantía Juvenil sitúa como una de las principales causas del paro de este sector de la población la alta tasa de abandono escolar temprano, un bajo porcentaje de jóvenes con niveles medios de formación, el escaso conocimiento de idiomas y una baja iniciativa emprendedora.

La intervención habrá de pasar así por dos líneas de actuación: de un lado, las ayudas a jóvenes que han finalizado sus estudios universitarios dentro del marco del Espacio Europeo de Educación Superior y precisan de una ulterior formación; de otro, la puesta en marcha de un sistema de “repesca” de cuantos abandonaron los estudios a edades tempranas.

En el primer orden, y con el fin de cumplir los objetivos de la Estrategia Europa 2020, se destinan fondos (procedentes tanto del Fondo Social Europeo como de la Iniciativa de Empleo Juvenil) para la financiación de la realización de Másteres universitarios que adecuen la formación a la posterior inserción en el mercado laboral. A tal fin, se procederá a una selección de entre todos los ofertados por las Universidades para que cuantos cumplan los requisitos exigidos admitan matrículas subvencionadas al 100% cuando los estudiantes cumplan los requisitos exigidos para ser beneficiarios de la Garantía Juvenil.

En su implementación se partía de una situación en la cual el 10% de los jóvenes menores de 25 años en la Comunidad que ni estudiaban ni trabajaban, tenían estudios universitarios, amplias habilidades e incluso experiencia laboral previa y, sin embargo, seguían buscando empleo sin éxito. Para ellos, el objetivo marcado radicaba en mejorar su empleabilidad a través de la adecuación de su formación a los requerimientos de quienes ofrecen empleo. Por ello, la Consejería de Educación consideró oportuno contribuir a la consecución de este objetivo a través de la concesión de ayudas a los jóvenes de este perfil, destinadas a financiar la realización de Másteres universitarios que adecuasen su formación para su inserción en el mercado de trabajo. Las bases que regulan su otorgamiento, así como los requisitos y régimen de disfrute de las cantidades percibidas aparecen recogidas en la Orden EDU/324/2015, de 17 de abril, por la que se convocan ayudas destinadas a financiar la realización de másteres universitarios en las universidades públicas de Castilla y León durante el curso académico 2015-2016, por jóvenes incluidos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, cofinanciadas con el Fondo Social Europeo y la Iniciativa de Empleo Juvenil.

El segundo de los objetivos responde al programa Gradua2, también cofinanciado por el Fondo Social Europeo, cuya finalidad es la puesta a disposición del alumnado que no consiguió graduarse en ESO de un curso preparatorio (otro programa de segunda oportunidad) que ofrezca la posibilidad de acceder al Título e incentivar su reincorporación al sistema educativo, dentro del Programa Operativo de Empleo Juvenil.

El colectivo al cual va dirigido son los jóvenes incluidos dentro del Sistema de Garantía Juvenil que cumplan los requisitos de acceso a la prueba de graduado en ESO y se comprometan con una actitud positiva de consecución de los objetivos marcados; a este propósito deben superar la prueba establecida al efecto para ingresar en el programa y, posteriormente, graduarse en ESO, además de continuar dentro del sistema educativo cursando un ciclo formativo de grado medio o bachillerato.

Constituye, pues, una iniciativa dirigida a la obtención de unos mínimos conocimientos y una cualificación profesional que permita una mejor inserción en el mercado laboral.

Para ello, el Programa presenta una serie de medidas, susceptibles de ser condensadas en las siguientes:

A) Realización de un curso de preparación para superar la prueba de graduado en ESO, con clases personalizadas y apoyo y orientación al alumnado en grupos reducidos.

B) Establecimiento de ayudas económicas para continuar los estudios.

C) Cobertura a través de un sistema de financiación dirigido a cubrir los gastos de transporte, alojamiento y manutención.

Sin embargo, para que algo así funcione, obviamente procederá disponer de unos medios poco usuales al margen del sistema habitual de enseñanza, por cuanto estos alumnos que en su día se mostraron desmotivados puede que hoy, tiempo después, sientan una pereza atroz al tener que enfrentarse de nuevo al mismo sistema al cual no consiguieron adaptarse.

La Junta de Castilla y León, a través del Gradua2, busca de ofrecer medios novedosos en orden a paliar esta situación (clases personalizadas, de no más de 20 alumnos, e incluye ayudas de residencia, transporte y manutención en caso de que sea necesario el traslado a otra provincia...). En 2015 son 197 las personas acogidas a este beneficio.

La puesta en marcha conllevará también el diseño de una red de centros para desarrollar el programa regional según los alumnos participantes, sin olvidar que algunos tendrán que desplazarse desde sus localidades de origen o incluso residir allí donde se establezca la sede.

La Administración Regional otorga preferencia al alumno que decida continuar estudiando algún ciclo medio de Formación Profesional o Bachillerato a la hora de matricularse, con independencia de las solicitudes de plaza que existan y, además, dispone de una ayuda económica para sufragar los gastos derivados de continuar con sus estudios.

5. Conclusiones

El estudio pormenorizado de la situación del joven europeo pone de manifiesto la alta tasa de desempleo juvenil, en la que España se ha visto especialmente afectada, pues uno de cada dos jóvenes que busca empleo tiene serias dificultades para encontrarlo.

Al problema estructural del paro cabe añadir el desajuste que provoca la formación, en unos casos ausente y en otros excesiva, con un resultado, sin embargo, muy similar: jóvenes muy preparados que no consiguen tampoco insertarse en el mercado laboral y optan por la movilidad, dejando situaciones regionales muy precarias y debilitando el sistema de cotizaciones que sustenta el Estado de Bienestar.

El Sistema Juvenil, en su adaptación a una realidad regional de población envejecida donde el joven tiene difícil cabida, pretende dar solución al problema, pero encuentra grandes limitaciones: por una parte, impide esa movilidad necesaria en un sistema de empleo dinámico, más necesario aún si cabe en la situación de desempleo actual, puesto que es condición *sine qua non* estar inscrito en el Fichero y empadronado y con residencia en el territorio de la comunidad; por otro lado, no deja de querer resolver problemas nuevos mediante la adaptación de antiguas fórmulas contractuales que no han conseguido paliar la situación con carácter general y, menos la juvenil.

Ello sugiere que detrás de una buena declaración de intenciones, perduran viejos sistemas y modos de hacer que no aportan nada cualitativamente nuevo y cuyos resultados siguen siendo muy limitados.

La puesta en marcha del Sistema de Garantía Juvenil en Castilla y León no refleja estadísticamente un avance significativo en este sentido. En cualquier caso, el problema es estructural por lo que cabría dar un “voto de confianza” al intento de paliar la precariedad laboral juvenil.

Más esperanzadores son los datos a nivel formativo cuando a titulaciones superiores se refiere, pues la respuesta ante la oferta de Másteres para culminar la formación ha sido altamente positiva, permitiendo cerrar el ciclo de estudios a jóvenes que no tenían

un fácil acceso a los mismos; de hecho, las estadísticas sobre los índices de desempleo de jóvenes con formación superior son favorables en comparación con aquellos que carecen de la misma.

Así mismo, el Grada² proporciona confianza en su apuesta por la segunda oportunidad vinculada en particular a una formación profesional cursada fuera de edad pero demandada en el concreto entorno analizado.

Capítulo XXVIII. Los mecanismos de aplicación del convenio colectivo

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES
TU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Córdoba

Resumen

La STS 22-12-2014 resolviendo sobre los efectos del final de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo ha reabierto el debate sobre las consecuencias de la naturaleza normativa del convenio estatutario y su dimensión de fuente del derecho. El estudio pretende abordar los mecanismos de aplicación del convenio colectivo y contrastar la doctrina tradicional con la que parece imponer la referida sentencia.

Abstract

The STS 22-12-2014 resolving on the effects of the end of the ultraactive force of the collective agreement it has re-opened the debate on the consequences of the normative nature of the statutory agreement and his dimension of source of the right. The study tries to approach the mechanisms of application of the collective agreement and to confirm the traditional doctrine with the one that seems to impose the above-mentioned judgment.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, ha venido a dar respuesta a uno de los principales problemas exegéticos que se plantearon tras la reforma del art. 86 ET por el RDL 3/2012 y posterior Ley 3/2012. En defecto de pacto en contrario, el art. 86.3 ET establece el límite a la vigencia ultraactiva del convenio colectivo estatutario, y una de las principales cuestiones a discernir era la de los efectos de la desaparición del convenio cuando no existiese convenio superior aplicable. Con objeto de resolver dicha cuestión se propugnaron diversas respuestas tanto por parte de la doctrina como por parte de nuestros Tribunales.

Entre la doctrina se pudo distinguir tres grandes sectores: los contractualistas o, en denominación de la sentencia “conservacionistas”, que defendían de una u otra forma la contractualización de las condiciones fijadas en el convenio extinto; la tesis mixta o intermedia, que defendía la contractualización de las condiciones esenciales fijadas en el convenio extinto; y las tesis derogatorias o, como les llama la sentencia “rupturistas”, que sencillamente asumían que la desaparición del convenio dejaría abierto el campo para la aplicación del ET, los convenios extraestatutarios o pactos que se acordasen o existiesen, a la autonomía individual, y a la determinación unilateral por la empresa de las nuevas condiciones de trabajo. La sentencia no hace referencia a la tesis mixta o intermedia como tal tendencia autónoma al integrarlas dentro de las “rupturistas”.

Frente a tales propuestas, el Tribunal Supremo concluye expresamente en adscribirse a las tesis conservacionistas, es decir, aquéllas que proponían la contractualización de las condiciones del convenio colectivo estatutario fenecido, pero sigue un trayecto propio, original, para alcanzar tal conclusión que, por lo demás matiza.

Hay que aclarar ya desde el principio que el Tribunal Supremo parte formalmente en todo momento de la consideración del convenio colectivo estatutario como norma jurídica, integrada en el sistema de fuentes del derecho, tal y como ha sostenido hasta la fecha. Concretamente, declara que el convenio colectivo es una de las “normas limitadoras” de la autonomía individual, junto a las derivadas de la actividad legislativa y reglamentaria del Estado y de la normativa Internacional y de la Unión Europea. Por si

cabía alguna duda, recuerda expresamente que el art. 37.1 CE les reconoce a los actores sociales “capacidad normativa” que vincula o equipara a “la fuerza vinculante” de los convenios, y sitúa también expresamente el convenio colectivo del art. 3.b) ET entre las fuentes en “sentido normativo” frente a las obligacionales que recoge la letra c).

Sin embargo, acto seguido pasa a declarar que las obligaciones y derechos, las condiciones laborales de un trabajador, se encuentran reguladas –exclusivamente, entiendo– en el contrato de trabajo. No se aplica el convenio, ni la Ley; aquéllas no se regulan por ellos sino por el contrato. El contenido –normativo, entiendo– del convenio, como el Estatuto de los Trabajadores –y demás normas jurídicas–, se contractualiza, se integra en el contrato de trabajo desde su origen y al desaparecer el convenio se mantienen como tales sin el apoyo tutelar de esa norma jurídica. Y ello por cuanto « *las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofiláctico respecto a las cláusulas contractuales*», una “*función depuradora*”, que provoca una permanente adaptación del contrato de trabajo a través del instituto de la nulidad parcial del art. 9.1 ET.

2. ALGO QUE ES ESENCIAL: EN CUALQUIER CASO... HABÍA UN TÉRMINO

Ya de partida considero que la postura del Tribunal Supremo es insostenible en tanto que olvida algo primordial y que no debe quedar oculto tras una cortina de humo, un debate distractor, por ejemplo, sobre la naturaleza del convenio y sus relaciones con el contrato de trabajo. Y es que lo que verdaderamente sucede es que el convenio colectivo ha decaído. Que se pactó para un cierto tiempo y que la ultraactividad, también por voluntad de las partes o, si se prefiere por falta de consenso en su prórroga, ha finalizado. Ya sea como norma, ya sea como contrato, ya sea por aplicación directa, ya sea por integración en el contrato, aquél es inaplicable. Y esa integración en el contrato, de ser efectivamente tal el mecanismo de aplicación del convenio colectivo estatutario, necesariamente tendría que llegar a su fin una vez desaparecido aquél. De hecho, ese mecanismo de aplicación del convenio mediante su incorporación al contrato, a la postre, no es otro que el predicado respecto del convenio colectivo extraestatutario.

Es doctrina sostenida por el Tribunal Supremo que los convenios colectivos al ser normas jurídicas no pueden ser fuente de condiciones más beneficiosas (vid. arts. 82.3 y 4, y 86.4 ET)¹. Si, como viene considerándose desde la jurisprudencia y doctrina judicial mayoritaria el comportamiento del convenio extraestatutario es el de un contrato, y su aplicación se alcanza a través de su integración o incorporación en aquél, entonces el convenio atípico sí sería un instrumento hábil de generación de aquéllas. Sin embargo, el Tribunal Supremo también ha negado que el convenio extraestatutario genere condiciones más beneficiosas habida cuenta de su carácter expreso temporal². También en esta línea, es doctrina sentada por el Tribunal Supremo que una vez concluida la vigencia del convenio extraestatutario, el empresario podrá adoptar decisiones unilaterales de carácter colectivo sin seguir el procedimiento previsto en el art. 41 ET. Según esta jurisprudencia, dichas decisiones no serían modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo pues la culminación de vigencia del pacto libera a éste del cumplimiento de su obligación al no serles predicables la ultraactividad

¹ SSTS. 8-7-2010, rec. 248/2009; 26-9-2011, rec. 149/2010

² Por todas: SSTS 11-5-2009, rec 2509/2008 y 16-6-2009, rec 2272/2008.

del art. 86.3 ET, y sin que tampoco puedan aquéllos ser origen de condiciones más beneficiosas de carácter colectivo³.

En definitiva, si efectivamente el mecanismo de aplicación del convenio extraestatutario es el de su incorporación al contrato de trabajo, lo cierto es que a través de ésta tan sólo provoca un desplazamiento temporal de las condiciones previstas por aquél⁴, no una nulidad parcial del mismo, lo que las convierte en recuperables una vez finalizado el pacto. La tesis de la “contractualización desde el origen” del convenio estatutario entendido como fuente del derecho, no afectaría a la realidad de la temporalidad de la afección, aún cuando sí a sus efectos al provocar una nulidad (arts. 6.3 CCivil y 9.1 y 3.5 ET) y, por consiguiente, la irrecuperabilidad de las condiciones precedentes.

Sí persistirían, en mi opinión que soy afín a la tesis intermedia, aquéllas que no hubiesen resultado afectadas por el convenio, por ejemplo, por ser superiores. Y también se mantendrían aquéllas que por esenciales para la propia existencia del contrato –y el salario, objeto de la controversia en la sentencia, lo es– no pueden verse afectadas por la cláusula de temporalidad sin previsión expresa o tácita de sustitución acordada (particularmente arts. 1256 y 1261 CCiv); no en tanto no está prevista dicha causa de extinción del contrato y, de hecho por su práctica efectiva, que no por la aplicación del convenio, alcanza a contractualizarse.

La sucesión entre convenios colectivos extraestatutarios se configura como una novación y no como una sucesión normativa (principio de modernidad o norma posterior deroga a norma anterior). La relación entre convenios estatutarios y extraestatutarios, se resuelve en principio según lo previsto en el art. 3.1.c) del ET; tanto si el convenio extraestatutario vigente es anterior como si es posterior, habría que aplicar el convenio que, cláusula por cláusula, resultase más favorable para los trabajadores⁵. En esta línea, se alcanza a aplicar una suerte de complementariedad entre ambos, convenio extraestatutario anterior y estatutario posterior, de manera que no cabe apreciar derogación de los preceptos extraestatutarios respecto de las materias no recogidas en el posterior estatutario de idéntico nivel⁶. Bien es cierto que dicha relación complementaria no está descartada entre convenios estatutarios ni aún negociados al mismo nivel, pero está prevista como excepción a la regla general de no afección (arts. 83.2 y 84 ET) y de sucesión normativa, y dependiente de la voluntad expresa de las partes –arts. 82.4 y 86.4 ET–. También una vez extinto debería aplicarse idéntica

³ SSTs. 22-7-2013, rec. 106/2012; 14-5-2013, rec.285/2011; 9-2-2010, rec.105/2009.

⁴ BORRAJO DACRUZ, E, “Los convenios colectivos extraestatutarios. Base constitucional y casos significativos”, en AAVV, “El régimen jurídico de la negociación colectiva en España”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 630.

⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Los convenios colectivos extraestatutarios”, en AAVV, “Manual jurídico de la Negociación Colectiva”, La Ley, Madrid, 2008, pág. 1003 y 1004.

⁶ Por ejemplo: STS de 1 julio 1991, rec 86/1991: «No advierte la recurrente que el convenio colectivo de 1990 silencia la regulación de los préstamos sociales, que sí lo estaban en los convenios colectivos anteriores y en el pacto extraestatutario de 1988 y 1989. Son varias las condiciones de trabajo que reguladas en el pacto extraestatutario con propósito y vocación de permanencia, han sido silenciadas en el convenio colectivo de 1990; entre ellas, lo referente a los préstamos sociales. No puede sostenerse, ante el silencio del convenio colectivo, que desde éste se haya pretendido volver al régimen primitivo, anterior al pacto extraestatutario. Aquí no hay, como advierte el Ministerio Fiscal, un conflicto de normas que conduzca a la aplicación de la más favorable; hay una sola norma aplicable, regulada en el pacto extraestatutario y respetada en el convenio colectivo de 1990, que no da un tratamiento nuevo y específico a dicha materia».

comparación con el nuevo convenio estatutario⁷. Sin embargo, abiertamente reconoce rectificar dicha doctrina en sus sentencias de 11-5-2009, rec 2509/2008 y 16-6-2009, rec 2272/2008, no sólo porque, como ya se dijo, el convenio extraestatutario no puede generar condiciones más beneficiosas dado su carácter temporal, sino porque –aparte lo cuestionable de que pueda regular la materia en concreto– supondría una flagrante contravención del nuevo convenio estatutario vigente y un desincentivo a la negociación de la clasificación profesional en perjuicio de los propios afiliados o de los adheridos a aquél pacto.

Por tanto, la pervivencia del convenio estatutario a través del mecanismo de la contractualización conlleva, bastante más problemas que la sustitución del convenio extraestatutario, cuya vigencia finaliza con plena obediencia a la voluntad de las partes. Resulta ser que ahora sí se generan condiciones más beneficiosas, pese a ser norma jurídica que en su sucesión se rige por el principio de modernidad y sucesión normativa. Por consiguiente aquéllas supuestamente, deberán ser absorbidas y compensadas, en su caso, por el convenio estatutario que eventualmente rijan en el futuro⁸.

3. POR HIPÓTESIS UNA RAZÓN DESCONECTADA DE LA NATURALEZA NORMATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO

Por otra parte, considero que de la sentencia se desprende, tanto más si se parte del convenio como norma, una confusión entre lo que es la función del Derecho y lo que es consecuencia de un sistema jerárquico de fuentes reguladoras de una relación jurídica, en este caso la laboral (art. 3 ET). En definitiva, se toma la parte por el todo. Por un lado, porque tanto el Estatuto de los Trabajadores como el convenio colectivo pueden y de hecho incluyen tanto normas imperativas como disponibles que, como en todo contrato, integran y completan su contenido obligacional limitando la voluntad de las partes (arts. 1089, 1255 y 1258 CCivil). De otra porque, precisamente, tanto el art. 3.5 como el art. 9.1 ET parten no sólo de la superioridad sino de la exterioridad de esas normas imperativas respecto del contrato. Y parte también de que esa sustitución por los preceptos jurídicos que correspondan y que completan al contrato es una situación patológica que afecta al contrato pero no a la naturaleza de la norma o convenio, que es lo que realmente parece estar en cuestión.

La discusión en torno a la interpretación del art. 37.1 CE y a su través de la naturaleza del convenio colectivo ha sido una constante entre nuestra doctrina científica. El art. 37.1 CE literalmente recoge un mandato que dirige a la Ley conforme al cual ésta debe garantizar la “fuerza vinculante de los convenios”. Como resume, por ejemplo,

⁷ Así lo sostuvo el TS en sus sentencias de de 12-12-2008, rec. 538/08, cuya doctrina reiteran las sentencias de 23/12/08, rec. 3199/07, de 25/2/09, rec. 1880/08 y 20/3/09, rec. 1923/08: «Pero de esta naturaleza contractual del pacto extraestatutario no cabe obtener la conclusión que sostiene la limitación temporal de las condiciones establecidas en el mismo, como ocurre en el caso de la sucesión de convenios estatutarios. En el caso de las condiciones de trabajo establecidas por un convenio extraestatutario estamos ante una sucesión de normas, como ocurre en el supuesto de la sucesión de los estatutarios, sino que se produce la coexistencia entre una regulación normativa, en este caso del XVI y XVII Convenio Colectivo, y una regulación contractual... y no debe confundirse esta subsistencia de las condiciones de trabajo derivadas del pacto extraestatutario con la ultraactividad que para el convenio estatutario establece el art. 86.3.2º del Estatuto de los Trabajadores».

⁸ Vid: ASQUERINO LAMPARERO, M^ªJ., “La condición más beneficiosa: una visión general”, Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2011 parte Estudio, BIB 2011\1462, versión digital, págs. 19.

LAHERA FORTEZA⁹, entre nuestra doctrina científica cabe distinguir tres grandes posturas respecto de la interpretación del art. 37.1 CE y, conexas a ella, de la naturaleza y eficacia del convenio colectivo estatutario.

La tesis hegemónica hasta la fecha entre nuestra doctrina ha sido la de la naturaleza normativa del convenio colectivo. Conforme a la misma, la fuerza vinculante del art. 37.1 equivale a fuerza o eficacia normativa del convenio colectivo. El convenio colectivo es, por consiguiente, fuente del derecho por cuanto así lo configura la propia Constitución en un precepto que es directamente aplicable con independencia de que su concreción o desarrollo se le encomiende a la Ley¹⁰.

Frente a dicha línea doctrinal, se erigen las tesis contractualistas que defienden la neutralidad de la Constitución en relación a la naturaleza del convenio que en ningún momento se cataloga como fuente del derecho y, por consiguiente, mantienen su carácter contractual habida cuenta de que tal es su origen. La discusión fundamental se centra, por consiguiente, en el terreno de los efectos jurídicos y no en el de la naturaleza del convenio¹¹.

Así, conforme a la doctrina defendida por DURÁN, no cabe deducir ni de la Constitución ni del Estatuto de los Trabajadores que la naturaleza del convenio colectivo sea la normativa. Por el contrario, el convenio colectivo por definición tiene carácter contractual y su fuerza vinculante no es otra que la obligacional propia de los contratos, también del contrato de trabajo, y en igualdad de condiciones que éste¹².

Por el contrario, la tesis contractualista de VALDÉS identifica la “fuerza vinculante” del convenio colectivo con la “eficacia real” del convenio, que es el contenido esencial de dicha expresión y, a su vez, garantía directa de la Constitución ex art. 53.1 CE.

⁹ LAHERA FORTEZA, J, “La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios”, en AAVV –dir. Monereo Pérez, J.L y Moreno Vida, N.–, “El Sistema de Negociación Colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 294 a 297.

¹⁰ Por todos: CORREA CARRASCO, M, “La negociación colectiva como fuente del derecho del Trabajo”, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1997.

¹¹ Así, rechaza que la Constitución recoja un modelo cerrado de negociación colectiva admitiendo que el legislador ordinario pueda elegir la posición del convenio en el sistema de fuentes: VALDÉS DAL-RE, F, “El modelo español de negociación colectiva”, en AAVV –coords F. Pérez de los Cobos y J^oM^aGoerlich–, “El régimen jurídico de la negociación colectiva en España”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 47, 58-62. Con claridad, afirma la naturaleza contractual del convenio colectivo a partir del art. 37.1 CE en: VALDÉS DAL-RE, F, “La negociación colectiva, entre tradición y renovación”, Comares, Granada, 2012, págs. 93-95, 96.

¹² Como señala DURÁN LÓPEZ, el carácter normativo del convenio no deriva de la Constitución, sino, todo caso de la Ley. Por tanto, es necesario distinguir entre su valor como norma o como contrato, que supone dos opciones legales constitucionalmente lícitas que permiten –ambas– la articulación general o limitada de su eficacia, y la fuerza vinculante del convenio que impone la Constitución, y que a su vez también es distinto de su ámbito subjetivo. La eficacia vinculante del convenio colectivo, que por naturaleza es un contrato, implica desde el mandato constitucional que aquél se aplique a las relaciones individuales incluidas en su ámbito subjetivo, general o limitado, sin necesidad de que los contratos de trabajo lo incorporen expresamente o se remitan al mismo (F. DURÁN LÓPEZ, F, “Los convenios colectivos”, en AAVV, “El modelo social en la Constitución española de 1978”, MTAS, Madrid, 2003, págs. 175 y ss.). En similar sentido, por ejemplo: VALDÉS DAL-RE, “El paradigma legal en la negociación colectiva”, RRL, 1990-TI, págs. 270 y ss. y en “El modelo español de negociación colectiva” en AAVV –coords. F. Pérez de los Cobos y J^oM^aGoerlich–, “El régimen jurídico de la negociación colectiva en España”, TB, Valencia, 2006, págs. 47, 52, 58 a 62, 75 y 77.

Concretamente la eficacia real del convenio consiste en un doble efecto que garantiza la función económico-social típica o causa del convenio colectivo que no es otra que la reglamentación de las relaciones laborales individuales. Por un lado el efecto automático, de manera que el contenido del convenio se impone directa e inmediatamente a las relaciones individuales de trabajo de su ámbito de aplicación. Por otro, el efecto imperativo, con lo que quedan prohibidas las derogaciones peyorativas del convenio por la autonomía individual y, consiguientemente, la nulidad parcial y consiguiente sustitución de tales cláusulas por las de los pactos convencionales¹³. La tesis de la eficacia real del convenio salva, por consiguiente la naturaleza formal del convenio como contrato pero identifica la eficacia real de aquél como una auténtica eficacia material normativa del convenio, desplegando los efectos propios de una norma cogente¹⁴.

En mi opinión, aún cuando se compartan tales afirmaciones, no puede extraerse que el mecanismo de aplicación del convenio colectivo se articule a través de una incorporación automática al contrato de trabajo de las cláusulas normativas del convenio colectivo. Por el contrario podría deducirse con mayor seguridad que el convenio colectivo, aún cuando se parta de su naturaleza contractual, tiene una eficacia real que no es otra que la normativa y que se expresa sobre las relaciones individuales como una fuente heterónoma de regulación de las relaciones individuales. Tan heterónoma para las partes –y en particular para el trabajador– como lo pueda ser la Ley o el reglamento. Si el convenio tiene una “vinculabilidad más fuerte y diversa” que el contrato de trabajo, si su efecto automático supone que “las reglas establecidas en el convenio colectivo se imponen directa e inmediatamente sobre las relaciones individuales”, es innecesario, degradante y hasta contradictorio erigir su incorporación al contrato, por imperativa que sea, como mecanismo de aplicación de dicho convenio.

En cuanto a la imperatividad del mismo y consiguiente nulidad y sustitución de las cláusulas de los contratos peyorativas respecto a aquél, no parece que requiera de dicha internalización como demuestra el art. 9.1 ET al establecer idénticos efectos de la nulidad parcial por contravención tanto de la Ley como del convenio. Con independencia ahora de que tal precepto se refiere a la sustitución por los “preceptos jurídicos adecuados”, lo que claramente apunta –al menos– a una eficacia normativa equiparable a la de las fuentes del derecho, supone una “integración normativa” producida por imperativo legal que se ha calificado como “una mutación parcial en la fuente de fijación del contenido de la relación jurídica”, sustituyéndose por una norma “heterónoma de integración”, o, dicho de otra forma, por un mecanismo de “heterointegración” de la regla contractual por la Ley, el reglamento o el convenio¹⁵.

Es cierto que no hay obligación sin Ley y que las partes que contratan se obligan también a lo dispuesto por aquélla (arts. 1089 y 1258 CCiv), pero eso no convierte a los preceptos legales –o del convenio– en una obligación ni da lugar a su disolución en el contrato. El convenio colectivo es un cuerpo jurídico, producto de la autonomía colectiva y vinculado en gran medida a la libertad sindical, fuente característica de nuestra rama laboral con dimensión propia, que trasciende al contrato de trabajo y es independiente de aquél. Tanto, por ejemplo, que desvincular las cláusulas normativas de

¹³ VALDÉS (2006, págs.61 y 62); (2012, págs. 98-100).

¹⁴ VALDÉS, 2012, págs. 79-80, 110.

¹⁵ MC PALOMEQUE LÓPEZ, “Validez del contrato”, en AAVV –dir.E. Borrajo Dacruz–, “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, págs. 39, 41, 43, 44.

las obligacionales del convenio podría suponer una ruptura del equilibrio interno del pacto y ni tan siquiera todas las normativas son individualizables por subsistir exclusivamente en una clara dimensión colectiva¹⁶.

La tesis de la eficacia real del convenio fue de hecho considerada en su momento, al menos por un sector doctrinal, una cuestión puramente nominalista. Sin embargo, a partir de la reforma de 2012 sectores partidarios de dicha tesis defienden su utilidad como vía para solventar los problemas derivados de la decadencia del convenio. Así explicó LAHERA FORTEZA¹⁷ que bajo la visión de la eficacia contractual colectiva *«las condiciones salariales y laborales del que suscribe un contrato de trabajo bajo un convenio colectivo estatutario se contractualizan automáticamente ... La eficacia contractual colectiva se traslada a cada contrato individual firmado bajo la vigencia del convenio colectivo estatutario ... La lógica de la eficacia jurídica contractual colectiva no es la imposición desde fuera de una norma jurídica imperativa sino la contractualización individual en cada contrato con esta fuerza vinculante legal de dimensión colectiva. La eficacia contractual colectiva del convenio estatutario, así configurada, tiene gran trascendencia tras la caída del convenio en un año sin acuerdo, tras el nuevo art. 86.3 ET, porque las condiciones salariales y laborales del contratado bajo el convenio decaído permanecen contractualizadas aunque pierde, por el fin de la vigencia del contrato colectivo, esa fuerza vinculante de los arts. 3.1.c y 3.5 ET»*.

Como he advertido al comienzo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2014 parte en todo momento de que el convenio colectivo estatutario es norma jurídica en sentido estricto, es fuente del Derecho. Y sin embargo, su eficacia, su fuerza vinculante, que según reconoce aquella misma deriva de la Constitución, se articula a través de su incorporación imperativa, eso sí, al contrato. De alguna manera el convenio desaparece como fuente autónoma una vez trasplantado al acuerdo individual que, también de alguna manera se hace independiente de aquél (tanto, que ni siquiera le afecta su temporalidad). Pero ésto, como acabamos de contrastar, sólo parece explicarse por un cambio de paradigma, del normativo al contractualista, quizá reformulado para solventar un concreto problema y atenderlo con una concreta solución, sin entrar formalmente en contradicciones con la más que sentada doctrina del propio Tribunal Supremo y con la doctrina del Tribunal Constitucional. La tesis de la eficacia real del convenio pretendía dar, y probablemente lo lograba, coherencia dogmática a la interpretación del art. 37.1 ET sin provocar grandes desordenes materiales que, en todo caso, parecían afectar fundamentalmente al convenio extraestatutario al equipáralo al estatutario¹⁸. Por el contrario, la STS que comentamos parece hacer la operación contraria, tanto en equiparación como en coherencia.

¹⁶ Así, no pueden en el convenio extraestatutario materias como son la clasificación y promoción profesionales, movilidad geográfica, creación del comité intercentros, etc (por todas: SSTs. 11-5-2009, rec 2509/2008 y 1-6-2007).

¹⁷ “La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios”, en AAVV, “El sistema de negociación colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 303 y 304.

¹⁸ Por lo que se refiere a la extensión objetiva de la garantía constitucional de la “eficacia vinculante” del “convenio colectivo” también las posturas doctrinales son plurales. Por una parte, tanto parte de los sectores normativistas como de los contractualistas mantienen su referencia exclusiva al convenio colectivo estatutario en atención a la remisión a la Ley que hace el art. 37.1 CE para la configuración de la garantía (Por todos: F. DURÁN LÓPEZ, “Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1992, págs. 191 y ss). Y por otra, partidarios tanto de una como de otra postura sostienen la extensión objetiva de dicha garantía respecto tanto respecto del (...)

4. LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Constitucional ha declarado que el art. 37.1 CE recoge una garantía directa tanto del derecho a la negociación colectiva como de la eficacia vinculante del convenio, la integración de éste –al menos de “la más relevante de sus manifestaciones”, es decir, del estatutario– en el sistema formal de fuentes del Derecho y, con meridiana claridad, ha sentado que la eficacia vinculante del convenio deriva directamente de la Constitución y supone que no requiere de técnica de contractualización alguna.

Así, en la STC 58/1985, 30-4, declaró (como reiteró más recientemente la STC 119/2014, 16-7), que *«la integración de los Convenios Colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone, entre otras consecuencias ... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa»*¹⁹. También dicha sentencia 58/1985 afirmó con claridad que *«el mandato que el art. 37.1 de la Constitución formula a la Ley de garantizar «la fuerza vinculante de los Convenios» no significa que esta fuerza venga atribuida ex lege. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen «los representantes de los trabajadores y empresarios» (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional. De otra parte la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. Por ello, resulta del todo ajeno a la configuración constitucional de la negociación colectiva la exigencia de una aceptación individual de lo pactado, con independencia de que la práctica, como sucede en ocasiones, haga aconsejable la participación de los propios afectados en la negociación colectiva a través de las fórmulas que los negociadores decidan y sin que, en ningún caso, puedan considerarse como jurídicamente*

convenio colectivo extraestatutario como de los pactos colectivos; la garantía directa y contenido esencial art. 37.1 CE por pura coherencia abarca a aquéllos, y si el carácter normativo o contractual deriva de la Constitución por lógica debe ser común a tales pactos tanto aquél como su modo de aplicación con independencia de que el ámbito subjetivo pueda ser diferente (erga omnes versus eficacia limitada) o su contenido materialmente más reducido en la regulación de las relaciones laborales: M. CORREA CARRASCO, La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1997, págs. 254 y ss. Véase por ejemplo en: J. VIDA SORIA, J. L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M^a N. MORENO VIDA, Manual de Derecho Sindical, Comares, Granada, 2004, págs. 171 y 172. Por los contractualistas: VALDÉS, 2012, pág. 102, 108, 110 y 111 –que además sostiene la aplicación de los arts. 3.1.b y c y 3.5, así como, por ejemplo, el art. 82, 83.1 y 85.1 ET a los convenios extraestatutarios.

¹⁹ También ubican al convenio colectivo en el sistema de fuentes del derecho, por ejemplo: SSTC 210/1990, 20-12; STC 177/1988, 10-10 –y posteriormente reitera, por ejemplo, las SSTC 119/2002, 20-5 y 27/2004, 4-3–, reconoce al convenio colectivo, al menos en la más relevante de sus manifestaciones reiterando que su aplicación se hace *«... sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales (STC 58/1985, fundamento jurídico 3.º)»*.

condicionantes del Convenio o se las pueda asignar efectos integrativos en lo que concierne a la eficacia propia del pacto». También, por ejemplo, la STC núm. 105/1992 de 1 julio, también se identifica «fuerza vinculante» con «carácter normativo» del convenio, sin que, por consiguiente, pueda prevalecer la autonomía individual sobre la colectiva.

Por otra parte, es claro tanto para el Tribunal Constitucional como para el Tribunal Supremo que no cabe duda de la eficacia limitada de los convenios colectivos extraestatutarios. Y ello es asumido por el común de la doctrina. El debate doctrinal se ha planteado fundamentalmente en torno a su naturaleza normativa o contractual de los mismos. Su naturaleza jurídica será contractual, según la doctrina judicial indubitada del Tribunal Supremo, y su fuerza de obligar se limitará a las partes y a los representados directamente por éstas, y tendrá su fundamento en los arts. 1091 y 1254 a 1258 del Código Civil²⁰. Frente a ello, el Tribunal Supremo ha sostenido el carácter de «verdadera norma jurídica», con «valor de auténtica fuente del Derecho» del convenio estatutario, en términos mucho más claros y contundentes que el Tribunal Constitucional. Y ésto de momento, y pese al debate doctrinal que, como hemos visto, aún se mantiene, ha sido claro para nuestros tribunales²¹.

No obstante, sectores doctrinales partidarios de la naturaleza normativa del Convenio extraestatutario destacan la mayor incertidumbre que al respecto ofrece el Tribunal Constitucional, puesto que ocasionalmente se ha referido a estos convenios como «fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde dicho precepto constitucional [artículo 37.1 C.E], una “fuerza vinculante” que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas...»²². También de otros pasajes parece deducirse que la diferencia más destacable entre el convenio estatutario y el extraestatutario es su ámbito subjetivo (STC 108/1989)²³. Y también cabe apreciar una notable confusión o equiparación entre naturaleza normativa/obligacional y ámbito general/limitado, respectivamente, como muestra, por ejemplo, la STS 1-6-2007 que, añadidamente, delimita la naturaleza normativa de la función normativa, siendo ésta última común a ambos tipos de convenios²⁴

²⁰ Por todas: SS. TSde 24 de enero de 1997; de 14 de diciembre de 1996; de 17 de octubre de 1994; de 21 junio 1994; 2 febrero 1994 y 22 octubre 1993.

²¹ Véase: GARCÍA MURCIA, J., Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente, RMTAS, nº 68, págs. 35 y ss.

²² S. TC 151/1994, de 23 de mayo. También parece partir de la eficacia normativa de efectos limitados del Convenio Colectivo extraestatutario cuando señala que «la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica... la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el complemento de voluntades individuales» (S.TC 58/1985, de 30 de abril). Por el contrario, su postura en otras sentencias se inclina por el sentido de las tesis que mantiene también el Tribunal Supremo (vid.: SS.TC 298/1993, de 18 de octubre; 4/1983, de 28 de enero, y 73/1984, de 27 de junio).

²³ «El carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige para la regularidad del convenio colectivo, al que se otorga en ese caso un plus de eficacia, por el carácter erga omnes del llamado convenio colectivo estatutario».

²⁴ «Todo el debate gira en torno a la figura del convenio colectivo extraestatutario, a cuya especie pertenece el impugnado sin género de dudas; estos pactos, denominados también atípicos o de eficacia limitada, son los celebrados al margen de los requisitos y formalidades del Título III del Estatuto de los Trabajadores, que no están apoyados en nuestro ordenamiento positivo en una (...)

A la vista de estos planteamientos y de la aceptación e integración del convenio colectivo extraestatutario en el art. 37.1 CE como auténtica válvula de escape de la constitucionalidad de la regulación estatutaria de la negociación colectiva²⁵, lo realmente llamativo no era sostener que el convenio colectivo estatutario tuviese una «fuerza normativa», una «eficacia real», en definitiva su imperatividad y aplicabilidad directa. Lo verdaderamente llamativo era y es sostener que la eficacia vinculante del convenio extraestatutario se articule de manera diferente, como contrato, generador de obligaciones y derechos, que requerirían para su aplicación de la integración en el contrato. Es decir, en mi opinión, lo extraño es que precisen de ese auxilio técnico de contractualización que, precisamente, no necesita el convenio estatutario.

normativa propia, aunque cuentan con el reconocimiento que les otorga el artículo 37.1 de la Constitución y la fuerza obligacional propia de los contratos, si bien en este aspecto se diferencian de manera nítida de los convenios colectivos, que están dotados de eficacia general o erga omnes, no solamente respecto de todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación en el momento de la suscripción del pacto, sino también de cuantos accedan al mismo durante el tiempo de su vigencia, en tanto que los pactos atípicos no se aplican con la intensidad prevista en el artículo 82.3 de la Ley estatutaria, de manera que carecen de eficacia “erga omnes”; su campo de influencia se reduce, como declaran las sentencias de esta Sala de 22 de enero de 1994 (RJ 1994, 3228) , 24 de enero de 1997 (RJ 1997, 572) y 16 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7561) , a quienes negociaron el pacto y al personal representado por ellos, esto es, a las representaciones sindicales y empresariales pactantes y a sus afiliados, aunque con la posibilidad de que, mediante adhesiones individuales, su ámbito subjetivo pueda resultar ampliado.

Puesto que no hay normas específicas que disciplinen estos pactos, habrá que estar a las disposiciones que el Código civil dedica a los contratos, limitando sus efectos a las partes que los otorgan, como señala el artículo 1257 del propio Código. No obstante aquella ausencia de normas reguladoras, en algunos asuntos aparecen normativamente mencionados, como sucede con el artículo 163 de la Ley de Procedimiento Laboral, que permite la impugnación en vía jurisdiccional de los convenios colectivos, “cualquiera que sea su eficacia”. Acerca de la validez de los pactos extraestatutarios se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1989 (RTC 1989, 108) , declarando que la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida, al menos cuando quien negocia es un sindicato. La naturaleza meramente contractual de estos pactos implica su sometimiento a la jerarquía de las fuentes de la relación laboral establecida en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo respeto a la ley, a los reglamentos y a los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general.» (FJº 4º). «El concepto “contenido normativo” de los pactos puede resultar equívoco si se le desvincula de su ámbito de aplicación; el término normativo significa el efecto regulador aplicable a una determinada materia de un conjunto de disposiciones que han sido previstas por la Ley o por los particulares; las cláusulas normativas de los convenios están destinadas a regular los derechos y obligaciones de las personas y entidades afectadas por dichos pactos, pues este es justamente el papel que han desempeñado las cláusulas de los contratos, y el pacto colectivo extraestatutario lo es, que se conciertan con la finalidad de compatibilizar los intereses contrapuestos de las partes, que se someten voluntariamente a una disciplina que ellos mismos han instaurado, lo que permite afirmar que los convenios de eficacia limitada, en el ámbito propio en el que son aplicables, tienen naturaleza y eficacia contractual y contenido regulador en el sentido indicado, es decir, únicamente respecto de los sujetos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben del artículo 37.1 de la Constitución y del consentimiento de los negociadores, pero sin que sus cláusulas sobrepasen ese ámbito en ningún sentido ni pueden ser calificados como normativos en el puro sentido de la palabra, sino únicamente con el alcance al que nos hemos referido, en cuanto regulan derechos y obligaciones de aquellos a quienes se extiende el concreto contrato colectivo.» (FJº 5º). Véase el comentario de: RUIZ CASTILLO, Mª Mar, “Los límites de los llamados convenios colectivos extraestatutarios”, Temas Laborales, núm. 98/2009. Págs. 175-199

²⁵ F. Valdés Dal-Ré, “El paradigma legal en la negociación colectiva”, RRL, T.I, 1990, págs. 272 y 276. Por todas: SSTC 23/1983, 25-3; TC 73/1984, de 27 de junio; 61/1989, 2-4; 105/1992, 208/1993, 28-6; 1-7; 127/1995, 25-7. También, por ejemplo: SSTC 98/1985, 29-7; 39/1986, 31-3; 187/1987, 24-11; y 108/1989, 8-6.

En este sentido más recientemente, el Tribunal Constitucional parece dar un paso más respecto de sus postulados tradicionales, quizá fruto de una evolución conceptual y una intensa discusión dogmática respecto de la naturaleza y fuerza vinculante del convenio, y avanza respecto de las reflexiones recogidas en la STS 1-6-2007. En ésta, el Tribunal Supremo asume que *«No hay unanimidad en la doctrina acerca de si la eficacia de esta especie de contratos es normativa o simplemente contractual, pues en línea de principio el artículo 37.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) autoriza la validez de ambas tesis, en cuanto alude a la “fuerza vinculante de los convenios”, en general»*. De esta manera, ha reiterado en su STC 8/2015, 22-1 (FJ^º 4), que *«..tanto los convenios colectivos estatutarios, como los denominados «pactos extraestatutarios», son producto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, reconocido en el art. 37.1 CE, siendo predicable de unos y otros, por lo tanto, la «fuerza vinculante» a la que ese precepto constitucional también se refiere ...»*. Pero añade, que *«...el art. 37.1 CE hace un llamamiento a la ley para garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, pero sin imponer al legislador la adopción de una concreta opción para llevar a efecto el mandato que contiene. Y el legislador ordinario, en cumplimiento de tal mandato, ha optado por reconocer un «plus de eficacia» a los convenios colectivos «estatutarios» por su carácter erga omnes (STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 2). De esta manera, los denominados pactos «extraestatutarios», al no cumplir las exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas por el título III del estatuto de los trabajadores, carecen de la eficacia general o erga omnes que caracteriza a los convenios «estatutarios» (esto es, los que se celebran conforme a la específica regulación de ese título III de la LET), gozando únicamente de una eficacia personal limitada o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación. Los pactos «extraestatutarios» se rigen, pues, «por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual, los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código civil)», de modo que «[l]a lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales» (STC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5)».* También, según reconoce la referida sentencia (FJ^º 2) el derecho a la negociación colectiva *«presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual» (SSTC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6; y 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4), siendo los convenios colectivos fruto de su ejercicio, «fuentes de regulación de las condiciones de trabajo» a las que constitucionalmente se reconocen fuerza vinculante (STC 151/1994, de 23 de mayo, FJ 2). La negociación colectiva no sólo contribuye, entonces, «a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores», sino que se erige en un «instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo» (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4).»*

A la vista de lo expuesto, si los convenios extraestatutarios tienen una eficacia contractual u obligacional que supone la limitación de su ámbito subjetivo y consiguientemente material, lo cierto es que aquélla debe ser muy especial, pues la Constitución les reconoce también a ellos una “eficacia vinculante” que, según hemos visto, *«presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual»* o, también que *«el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en*

sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales.»

5. Conclusiones

Tanto desde la doctrina precedente del Tribunal Supremo, como de la superioridad de la del Tribunal Constitucional, no parece que haya razones suficientes que autoricen a considerar que la «eficacia vinculante» del convenio colectivo estatutario se articule a través de su incorporación al contrato. Por el contrario, todo indica que la calificación del mismo como norma, su integración en el sistema de fuentes, la imposibilidad de asunción de la completa regulación de aquél ni siquiera de los aspectos vinculados en estricto a la relación laboral y el contraste con el tratamiento que ha merecido el convenio extraestatutario, contribuyen a mantener que el mecanismo de aplicación del convenio colectivo es directo, sin mediar integración ni aún imperativa en el contrato. Integración que, en cualquier caso y como tal, sería temporal y dependiente de la vigencia de aquél.

Capítulo XXIX. La Falta, o no, de la Integración de la Perspectiva de Género en los Criterios de Clasificación Profesional de los Convenios Colectivos más Representativos del Sector de la Industria

AIDA BELTRÁN ADELL

*Personal Investigador Contratado Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I*

Resumen

Los criterios de clasificación profesional, como núcleo fundamental de las relaciones laborales, se caracterizan por su influencia directa tanto en el sistema de clasificación profesional como en el sistema retributivo. En este sentido, son merecedores de especial atención aquellos criterios de clasificación profesional que, aunque aparentemente son neutros, encierran discriminaciones indirectas que solo son posibles de detectar a través de un estudio transversal de los diferentes elementos que están interrelacionados con el mismo, tales como su propia estructura, el lenguaje del nomenclátor, la definición de los grupos profesionales, los complementos salariales, el número de trabajadores/as empleados/as en cada grupo profesional y las medidas específicas en materia de igualdad. Por lo tanto, el objetivo del análisis es proporcionar tanto una idea general sobre la perspectiva de género que caracteriza los convenio colectivo más representativos del sector de la industria, como elaborar una herramienta que facilite el análisis de la perspectiva de género en los criterios de clasificación profesional y, consecuentemente, en el sistema de clasificación profesional y en el retributivo.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción original de 1980¹ (en adelante ET), la igualdad por razón de sexo² ha sido una materia abierta al tratamiento negocial. Y ello por un doble orden de razones, opuestas pero complementarias: la negociación colectiva constituye “una de las principales vías de producción o mantenimiento de situaciones discriminatorias y, a su vez” es “una de las vías más efectivas desde el punto de vista de la supresión de tales discriminaciones”³. Sin embargo, tanto el ET 80 como sus sucesivas versiones no incorporarían cláusula proactiva alguna para la apertura de la negociación colectiva a las cuestiones relativas a la igualdad de mujeres y hombres. En este orden de estipulaciones, y por lo que se refiere a las discriminaciones en materia de clasificación profesional, la doctrina científica viene señalando que “su problema principal es su correcta detección y ulterior corrección, labores éstas que, una vez más, pueden verse comprometidas por los déficits formativos”⁴. Así pues, esta investigación surge de la necesidad de estudiar si los criterios de clasificación profesional establecidos en los convenios colectivos (siquiera en una muestra, como se verá, expresiva de ámbitos productivos masculinizados, en los que cualquier mínimo esfuerzo integrador quedaría bien visible) han integrado la perspectiva de género, ya que resulta ser un tema de especial relevancia a causa de su

¹ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 14).

² Al respecto, y como análisis doctrinal exhaustivo y pionero, *vid. in extenso*, PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.

³ QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, ed. Marcial Pons, 1996, p. 247.

⁴ VALDÉS, DAL – RÉ, F.: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid, Reus SA, 2010, pág.58.

influencia tanto en el sistema de clasificación profesional mismo como en los sistemas de carrera profesional y de retribución. Por lo tanto, la finalidad es concretar dicha integración –o no– y, además, en la medida de lo posible, proporcionar una aproximación instrumental para este tipo de análisis.

2. LA REGULACIÓN DE LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Esta investigación parte del derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación recogido en el artículo 14 de la Constitución Española⁵ (en adelante CE), según el cual *los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*; y, de su concreción, merced a la existencia del artículo 9.2 de la misma, en el ámbito de las relaciones de trabajo, mediante el artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶ (en adelante LOI), y los artículos 4.2 c) y 17.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁷ (en adelante TRET), según los cuales cualquier precepto reglamentario (incluidos, dentro de los cuales, los convenios colectivos y las decisiones empresariales) que contenga connotaciones discriminatorias, ya sean directas o indirectas, será considerado nulo y sin efecto.

Una vez encuadrados los preceptos reglamentarios que establecen la igualdad y la no discriminación en las relaciones laborales, es preciso concretar su aplicación en el tema de investigación: la falta, o no, de la integración de la perspectiva de género en los criterios de clasificación profesional en los convenios colectivos más representativos del sector de la industria. En este sentido, es preciso mencionar tanto el artículo 22 TRET, el cual hace referencia tanto a la negociación colectiva como a los criterios de clasificación profesional, como el artículo 43 LOI, el cual alude a los mecanismos con los que cuenta la negociación colectiva para fomentar la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres.

En primer lugar, tal y como se ha mencionado, es preciso analizar el artículo 22 TRET. En un principio, y hasta la promulgación de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, el artículo 22. 3 TRET señalaba que los criterios de definición de las categorías profesionales y grupos profesionales debían acomodarse a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo. Sin embargo, y después de dicha promulgación, el contenido del artículo citado actualizó su contenido y, consiguientemente, estipula que la definición de los grupos profesionales tiene que ajustarse a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres. Por su parte, y hasta la publicación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁸, el artículo 22.1 TRET señalaba que el sistema de clasificación profesional, establecido a través de la negociación colectiva, quedaba estructurado a

⁵ Constitución Española, 1978 (BOE del 29).

⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE del 23).

⁷ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 24).

⁸ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 7).

través tanto de categorías profesionales como de grupos profesionales. En la actualidad, y merced al cambio operado por dicha norma, los sistemas de clasificación profesional deben construirse a partir de grupos profesionales.

En segundo lugar, debe recordarse el expreso mandato legal recogido en el artículo 43 LOI, el cual remite a la negociación colectiva la posibilidad de promover la igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres a través del establecimiento de medidas de acción positiva.

Una vez expuestos los preceptos legales que recogen la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en la negociación colectiva, y su concreción en el tema de análisis, cobran especial relevancia las reglas de concurrencia a las que están sometidos los diferentes convenios colectivos que conforman el escenario de la negociación colectiva en el estado español. En este sentido, según el conjunto de reglas establecidas en el artículo 83.2 TRET y el artículo 84. 3 y 4 TRET, el sistema de clasificación profesional se considera materia reservada al nivel estatal de negociación, no siendo negociable en el nivel autonómico si existe convenio colectivo sectorial estatal en el ámbito de referencia. De igual forma, es importante indicar que, si no existe un convenio colectivo estatal que regule la clasificación profesional en un sector productivo determinado, la negociación colectiva de ámbito autonómico o, en su caso, provincial, sí está capacitada para negociar el sistema de clasificación profesional correspondiente. Asimismo, es imprescindible señalar que, según el artículo 84.2 d) TRET, cabe la posibilidad de que tenga prioridad aplicativa la adaptación del sistema de clasificación profesional en el ámbito de empresa frente al convenio colectivo sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior. Por lo tanto, y en base a las reglas de concurrencia establecidas, se han seleccionado cinco convenios colectivos estatales pertenecientes al sector de la industria para realizar el citado análisis.

3. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN: MUESTRA Y METODOLOGÍA

Una vez enmarcado el contexto jurídico en el que se apoya esta investigación, es preciso concretar tanto la muestra analizada como su metodología.

Por una parte, el universo estudiado viene constituido por los convenios colectivos estatales pertenecientes a un sector productivo masculinizado⁹, como es el caso del sector de la industria, y la muestra viene compuesta por los cinco convenios colectivos de ámbito estatal que a continuación se detallan:

1. VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento¹⁰.
2. XVII Convenio colectivo general de la industria química¹¹.
3. Convenio colectivo del sector de la madera¹².

⁹ En este sentido,

http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INSEccion_C&cid=1259931459725&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayOut¶m3=1259924822888

¹⁰ VI Convenio colectivo del sector de derivados del cemento (Resolución de la Dirección General de Empleo, de fecha 18 de marzo de 2014 –BOE n 76, de fecha 28 de marzo de 2014–).

¹¹ XVII Convenio colectivo general de la industria química (Resolución de la Dirección General de Empleo, de fecha 3 de agosto de 2013 –BOE n 198, de fecha 19 de agosto de 2015–).

¹² Convenio colectivo del sector de la madera (Resolución de la Dirección General de Empleo, de fecha 2 de noviembre de 2012 –BOE n 285, de fecha 27 de noviembre de 2012–).

4. Acta de los acuerdos de modificación del Acuerdo estatal del sector del metal¹³.
5. V Convenio colectivo general del sector de la construcción¹⁴ y Acta sobre clasificación profesional del V Convenio colectivo general del sector de la construcción¹⁵.

Tabla 1. Listado convenios colectivos analizados

Denominación	Localizador	Fecha publicación	Vigencia
Derivados del cemento	99010355011996	28/03/2014	01/01/2013 – 31/12/2016
Industria química	99004235011981	19/08/2015	01/01/2015 – 31/12/2017
Madera	99010175011996	27/11/2012	01/01/2012 – 31/12/2016
Metal	99003435011900	10/05/2013	- 31/12/2016
Construcción	99005585011900	15/03/2012	01/01/2012 – 31/12/2016
Construcción - CP	99005585011900	10/07/2013	01/01/2012 – 31/12/2016

Como se puede observar, todos los convenios colectivos están vigentes y, además, se han publicado con posterioridad a la LOI y al Real Decreto-Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral¹⁶, con lo cual deberían integrar, respectivamente, la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en su contenido y, especialmente, contener sistemas de clasificación profesional basados en grupos profesionales.

Con la muestra de convenios colectivos expuesta, es momento de encauzar el método de análisis. Tal y como se ha mencionado anteriormente, al analizar textos jurídicos, se hace imprescindible el método dogmático jurídico que, en base al artículo 3.1 del Código Civil¹⁷ (en adelante CC), supone el empleo de los criterios de interpretación literal, lógica, sistemática, histórica, sociológica y teleológica. Asimismo, estos criterios de interpretación están interrelacionados con las técnicas tanto cualitativas como cuantitativas empleadas en el trabajo de campo.

¹³ Acta de los acuerdos de modificación del Acuerdo estatal del sector del metal (Resolución de la Dirección General de Empleo, de fecha 22 de abril de 2013 –BOE n 112, de fecha 10 de mayo de 2013–).

¹⁴ V Convenio colectivo general del sector de la Construcción (Resolución de la Dirección General de Empleo, de fecha 28 de febrero de 2012 – BOE n 64, de fecha 15 de marzo de 2012–).

¹⁵ Acta sobre clasificación profesional del V Convenio colectivo general del sector de la construcción (Resolución de la Dirección General de Empleo, de fecha 25 de junio de 2013 –BOE n 164, de fecha 10 de julio de 2013–).

¹⁶ Real Decreto-Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 11).

¹⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE del 16).

4. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES A TRAVÉS DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: DESCRIPCIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA

4.1. Estudio estadístico sobre la población laboral afectada por los convenios colectivos

Cuando se hace referencia a la población laboral afectada por un convenio colectivo, esta alude al número total de trabajadores y trabajadoras afectados por dicho convenio colectivo. Este dato lo proporciona la página oficial de consulta de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos¹⁸ (en adelante CCNCC) a través de las revisiones salariales o tablas salariales publicadas para cada convenio colectivo.

En este sentido, y por lo que se refiere a los convenios colectivos estudiados, se localizan dos situaciones diferentes: convenios colectivos que no proporcionan esta información y, de los convenios colectivos que sí la proporcionan, algunos la desagregan por sexos y otros, de lo contrario, solo proporcionan el total.

En el caso de los convenios colectivos que no muestran esta información se sitúa el Acuerdo estatal del sector del metal. Por lo que se refiere a los convenios colectivos que sí muestran datos estadísticos sobre sus trabajadores y trabajadoras afectados, se encuentra el Convenio colectivo general de la industria química con un total de 242500.

En ambos casos de proporción de datos, no se puede realizar una lectura con perspectiva de género a causa de la desinformación.

Por lo que se refiere a los convenios colectivos que sí proporcionan datos desagregados por sexo, se presentan las siguientes similitudes:

En primer lugar, el Convenio colectivo general del sector de la construcción afecta a un total de 637042 personas empleadas, de las cuales 630672 (99%) son hombres y 6370 (1%) son mujeres. En segundo lugar, el Convenio colectivo del sector de derivados del cemento comprende un total de 7000 trabajadores/as, de los cuales 5800 (83%) son hombres y 1200 (17%) son mujeres. En tercer y último lugar, se sitúa el Convenio colectivo del sector de la madera, el cual afecta a un total de 3500 personas, de las cuales 3200 (91.5%) son hombres y 300 (8.5%) son mujeres. En este sentido, se observa que la mayor similitud entre estos tres convenios colectivos es que las mujeres están infrarrepresentadas en estos sectores productivos, ya que no llegan a superar cuotas, en el mejor de los casos, del 17% y, por lo contrario, los hombres están sobrerrepresentados en dichos sectores ya que, en el peor de los casos, superan las cuotas del 83%, con lo cual, es evidente el desequilibrio existente en las plantillas de las empresas que pertenecen a estos sectores productivos.

Al igual que la CCNCC proporciona datos desagregados por sexo sobre el total de trabajadores/as afectados, las comisiones negociadoras deberían facilitar obligatoriamente los datos de población laboral afectada por cada convenio, y esta información debería incluir, desagregado por sexos, el número de personas incluidas en cada grupo profesional (y, si no han adaptado su sistema de clasificación profesional, en

¹⁸ <http://explotacion.mtin.gob.es/regcon/pub/consultaPublica>

cada categoría profesional). Además, sería recomendable que esta información estuviese acompañada de otros datos numéricos de interés (también desagregados por sexos), tales como el cómputo de cada tipo de contrato suscrito con el personal laboral y el cómputo del tipo de jornada suscrita con el empresario. En este sentido, la finalidad de proporcionar numéricamente tanta información sería generar un instrumento eficaz en la detección de los sesgos de género presentes en los sectores productivos, eliminar la discriminación por razón de sexo, tanto directa como indirecta, y, finalmente, conseguir una presencia equilibrada entre hombres y mujeres en dichos sectores.

4.2. Los criterios de clasificación profesional como eje central en la regulación de las relaciones laborales

Tal y como establece el artículo 22.3 TRET, la negociación colectiva es la encargada de establecer los criterios de clasificación profesional apropiados para las actividades comprendidas en el ámbito funcional de cada convenio colectivo y, además, estos criterios deben tener como objeto garantizar la ausencia de discriminación, ya sea directa o indirecta, entre hombres y mujeres.

Cabe señalar que los criterios de clasificación profesional son el eje central de cualquier relación laboral, es decir, un sistema de clasificación profesional, ya sea en grupos profesional, categorías profesionales, puestos de trabajo o cualquier otro sistema funcional, es fruto directo de dichos criterios, ya que se construye en base a los mismos. Asimismo, los sistemas de clasificación profesional están directamente relacionados con el sistema retributivo ya que, éste se establece, de ordinario, en relación con los aspectos funcionales del trabajo y, habitualmente, el salario base se hace corresponder con los diversos grupos profesionales establecidos. Por lo tanto, y dada la influencia del sistema de clasificación profesional, el diseño de los criterios en que el mismo se base debe cumplir el artículo 22.3 TRET, consiguiendo que tanto el sistema de clasificación profesional como el sistema retributivo carezcan de rasgos discriminatorios. De lo contrario, si los criterios de clasificación profesional carecen de perspectiva de género, cabe la posibilidad de que fomenten el anidamiento de sesgos sexistas tanto en los sistemas de clasificación profesional como en los sistemas retributivos del sector al que pertenezcan.¹⁹

Por lo tanto, el análisis de la perspectiva de género de los criterios de clasificación profesional estará interrelacionado con el análisis de los sistemas de clasificación profesional, el sistema retributivo y la mencionada población laboral afectada en cada convenio colectivo.

Dicho lo cual, y en el caso de los convenios colectivos que son de incumbencia en el análisis del sector de la industria, se procede a la descripción de los criterios de clasificación profesional empleados en los citados convenios colectivos.

A título de avance, en un principio, todos los convenios colectivos tienen en común la especificación de los criterios de clasificación profesional. Por lo que se refiere a su contenido, mientras algunos utilizan una literatura parca otros, por el contrario, emplean una literatura generosa en el desarrollo. Es, precisamente, en estos últimos donde más claramente puede verificarse el establecimiento de criterios neutros –desde el punto de vista de género– o bien sexistas.

¹⁹ FIGUERUELO BURRIEZA, Á.: *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*, Albacete, Bomarzo, 2013, págs. 203- 230.

De esta manera, el Convenio colectivo general del sector de la construcción pertenece a ese grupo de convenios que emplea una literatura escueta, ya en su artículo 28 únicamente *enumera* los factores que determinarán el encuadramiento de los/as trabajadores/as en un grupo profesional determinado, haciendo referencia a los conocimientos, la experiencia y el mando. Estos criterios son aparentemente neutros porque tanto los hombres como las mujeres tienen la misma capacidad para la adquisición de dichos criterios.

El resto de convenios colectivos de la muestra responden al otro perfil (el de aquéllos que detallan y *describen* los criterios de clasificación). Por una parte, se sitúan los convenios que utilizan unos criterios de clasificación profesional aparentemente neutros, como es el caso del Acuerdo estatal del sector del metal, el cual especifica en su artículo 10, que los factores que influyen en la clasificación profesional del personal son: conocimientos, iniciativa, autonomía, responsabilidad, mando y complejidad. Asimismo, en el mismo artículo se describe en qué consisten cada uno de los factores expuestos. Por otra parte, debe hacerse referencia a los convenios colectivos que utilizan criterios de clasificación profesional abiertamente sexistas, como es el caso del Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, el Convenio colectivo general de la madera y el Convenio colectivo general de la industria química que, respectivamente, en el artículo 25, el artículo 40 y el artículo 22, emplean los mismos criterios que el Acuerdo estatal del sector del metal. Sin embargo, cuando describen el criterio de *complejidad*, añaden un apéndice de valoración sobre “habilidades especiales”, en el cual se especifica que en este subfactor o subcriterio se tendrá en cuenta *la aportación de esfuerzo físico y su frecuencia durante la jornada laboral*. En este sentido, la aportación de esfuerzo físico se considera un criterio sexista porque es evidente la diferencia muscular existente entre hombres y mujeres.

Una vez descritos los citados criterios de clasificación, procede el desarrollo de las siguientes recomendaciones:

Por una parte, todos los convenios colectivos tienen que prever un listado de criterios de clasificación profesional detallado y éste, en cumplimiento del artículo 22.3 TRET, tiene que ser neutro, con la finalidad de evitar discriminaciones, tanto directas como indirectas, por razón de sexo.

Por otra parte, los convenios colectivos deberían proporcionar un cuadro de ponderaciones numéricas entre los grupos profesionales y los criterios de clasificación profesional, es decir, a través de este cuadro se especificaría qué nivel exacto de cada criterio profesional le corresponde a cada grupo profesional. De este modo, sería sencillo detectar las posibles duplicidades, que enmascaran situaciones de discriminación indirecta, entre los diferentes niveles profesionales que encuadran los grupos profesionales. Esta información, junto a la información proporcionada sobre la plantilla laboral se convertiría en una herramienta eficaz en el análisis de la perspectiva de género de los criterios de clasificación profesional y sus consecuencias.

4.3. Los sistemas de clasificación profesional: nomenclátors y sus funciones

En base al actual artículo 22.1 TRET, el sistema de clasificación profesional debe estar estructurado mediante grupos profesionales. En ese sentido, y como ya se ha mencionado anteriormente, cabe señalar que, como todos los convenios colectivos analizados se han publicado con posterioridad a la reforma del citado artículo, estos

deberían haber adaptado su sistema de clasificación profesional a grupos profesionales. Asimismo, como la estructura del sistema de clasificación profesional está formada tanto por el nomenclátor como por sus funciones, estos también serán motivo de análisis.

En este sentido, cabe señalar, a modo de avance, que los sistemas de clasificación profesional de cada uno de los convenios colectivos analizados se sitúa en los siguientes preceptos reglamentarios: en el Convenio colectivo general del sector de la construcción está regulado en el décimo anexo, en el Convenio colectivo general del sector de la madera en el artículo 40, en el Acuerdo estatal para el sector del metal en el tercer capítulo, en el Convenio colectivo para la industria química está regulado en el artículo 22 y, el Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento en el artículo 23.

Por lo que se refiere a la transición de categorías profesionales a grupos profesionales y su estructura, se aprecian dos bloques de convenios colectivos: los que se estructuran únicamente mediante grupos profesionales y los que se estructuran mediante grupos profesionales y categorías profesionales.

Por lo que se refiere a los que se estructuran mediante grupos profesionales se sitúan el Convenio colectivo general del sector de la construcción y el Convenio colectivo general para el sector de la industria química. En este sentido, ambos convenios colectivos han ejecutado el precepto reglamentario establecido en el artículo 22.1 TRET.

Por lo que se refiere a los que emplean tanto grupos profesionales como categorías profesionales, se sitúan el resto de convenios colectivos: el Convenio colectivo general de derivados del cemento, el Acuerdo estatal para el sector del metal y el Convenio colectivo general para el sector de la madera. En este sentido, se puede observar una transición incompleta, al adaptarse, por una parte, a los grupos profesionales y, por otra parte, acarrear consigo las antiguas categorías profesionales. A título de ejemplo, cabe señalar que, el Convenio colectivo general del sector de la madera se encuadra en ocho grupos profesional, los cuales están denominados numéricamente del cero al ocho, en función de la exigencia de los criterios de clasificación profesional y definidos a través de vocablos tales como trabajador y trabajadora. Asimismo, también cabe apuntar que, a los grupos profesionales seis y siete, correspondientes al personal operario, se les requiere la aportación de esfuerzo físico.

Por lo que se refiere al lenguaje empleado en la redacción de los nomenclátors, todos los convenios colectivos coinciden en emplear un lenguaje neutro en la denominación de los grupos profesionales, al utilizar códigos numéricos en función del rango al que pertenecen. Sin embargo, las categorías profesionales empleadas en los convenios colectivos señalados muestran, en su mayoría, un lenguaje sexista, en lugar de emplear un lenguaje inclusivo. Por su parte, esta afirmación es avalada por los siguientes datos estadísticos: el Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento es el que presenta el más alto porcentaje de lenguaje sexista, situándose en el 74%, seguido del Convenio colectivo general del sector de la madera, el cual presenta un índice del 69% y, finalmente, el Acuerdo estatal del sector del metal, caracterizado por un 58% de lenguaje sexista.²⁰ Como se puede observar, más de la mitad de las categorías profesionales empleadas en los diferentes nomenclátors se caracteriza por su lenguaje sexista. A título de ejemplo, cabe destacar algunas de las categorías

²⁰ Fuente: Elaboración propia.

profesionales comunes en los convenios colectivos citados: “directores”, “titulados”, “jefes”, “dependientas”, “empleadas de limpieza”, “oficiales”, “encargados” o “conductor”, entre otras.

Por lo que se refiere a las funciones exigidas en la descripción de cada grupo profesional o categoría profesional, se observa que, en todos los convenios colectivos, se requiere un nivel progresivo de los diferentes factores que conforman los criterios de encuadramiento de los/as trabajadores/as, pero no se concreta el nivel exacto de esa función, sino que se utilizan expresiones abstractas tales como, “alto grado de dependencia”, “conocimientos profesionales adecuados”, “desempeñan funciones con cierta autonomía”, “se exige iniciativa” o “importante responsabilidad”, entre otras. En este mismo sentido, cabe señalar que, todos los convenios colectivos, hayan expresado, o no, en sus criterios de clasificación profesional la necesidad de aportación de esfuerzo físico, requieren la aportación de esfuerzo físico en los grupos profesionales pertenecientes al último nivel jerárquico del sistema de clasificación profesional.

Por lo tanto, y en vistas al análisis proporcionado, se hace imprescindible proporcionar unas recomendaciones para la mejora del sistema de clasificación profesional.

En primer lugar, el sistema de clasificación profesional ya debería estar adaptado al encuadramiento por grupos profesionales, tal y como establece el artículo 22.1 TRET, ya que, además, el uso de grupos profesionales fomenta el lenguaje neutro en la denominación de los mismos, al estar basado en códigos numéricos.

Asimismo, los convenios colectivos deberían utilizar un lenguaje no sexista en la redacción de su contenido y, en especial, en la redacción de sus nomenclátors. En este sentido, cabe recordar que, siempre que sea posible, se debe utilizar un término común para ambos sexos y, si no es posible, el término debería hacer referencia a ambos sexos.²¹

De igual forma, se ha elaborado una tabla que engloba las categorías profesionales sexistas características de los convenios colectivos analizados y, consiguientemente, se han redactado en su forma no sexista. El resultado ha sido el siguiente:

²¹ ANTÓN FERNÁNDEZ, E.: Guía de buenas prácticas para el uso de un lenguaje no sexista en la negociación colectiva, Madrid, Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO, 2007, pág. 8.

Tabla 2. Conversión de lenguaje sexista en lenguaje no sexista

LENGUAJE SEXISTA	LENGUAJE NO SEXISTA
Administrativo	Personal de administración
Almacenero	Personal de almacén
Arquitecto	Arquitecto/a
Auxiliar administrativo	Auxiliar administrativo/a
Ayudante	Ayudante/a
Barrendero	Barrendero/a
Basculero	Basculero/a
Calcador	Calcador/a
Capataz	Capataz/a
Conductor	Conductor/a
Coordinador	Personal de coordinación
Cortador	Cortador/a
Dependiente	Dependiente/a
Director	Personal de dirección
Diseñador gráfico	Diseñador/a gráfico/a
Electromecánico	Electromecánico
Empaquetadora	Personal de empaquetado
Empleado	Personal empleado
Encargado	Encargado/a
Engrasador	Personal de engrasado
Etiquetadora	Personal de etiquetado
Expendedor	Expendedor/a
Factor	Factor/a
Graduado social	Graduado/a social
Hornero	Hornero/a
Ingeniero	Personal de ingeniería
Inspector	Personal de inspección
Jefe	Personal de jefatura
Mujer de la limpieza o Limpiadora	Personal de limpieza
Listero	Listero/a
Maestro	Maestro/a
Mecánico	Mecánico/a
Mecanógrafa	Personal de mecanografía
Mezclador	Personal de mezclado
Moldeador manual	Moldeador/a manual
Montador	Personal de montaje
Mozo	Mozo/a
Oficial	Oficial/a
Operador	Operador/a
Operario	Operario/a
Peón	Peonaje
Pesador	Personal de pesado
Programador	Personal de programación
Recepcionista, la	Personal de recepción
Secretaria	Personal de secretaría
Subalterno	Personal subalterno
Técnico	Personal técnico
Telefonista, la	Personal de telefonía
Titulado	Personal titulado
Trabajador	Trabajador/a

Finalmente, y por lo que se refiere a la descripción de las funciones y con la finalidad de evitar la ambigüedad con la que son definidas, se propone que, junto con la literatura ya existente, se presente una ponderación numérica de las funciones,

correlacionada con la ponderación de los criterios profesionales. De este modo, la descripción de las funciones se caracterizaría por una claridad absoluta que facilitarían el encuadramiento del personal laboral y, del mismo modo, la detección de las discriminaciones, tanto directas como indirectas, por razón de sexo.

4.4. El sistema retributivo: Especial hincapié en los complementos salariales que puedan encerrar discriminaciones indirectas

Tal y como establece el artículo 28 TRET, el empresario tiene la obligación de pagar la misma retribución por un trabajo de igual valor, sin que esta pueda dar pie a discriminaciones por razón de sexo. En este sentido, y por lo que se refiere a los convenios colectivos analizados, ningún convenio colectivo prevé medidas específicas que tengan como finalidad la eliminación de la brecha salarial. Sin embargo, cabe señalar que, el Acuerdo estatal para el sector del metal específica, en el artículo 18, que se regularan medidas de acción positiva, pero estas tampoco son concretadas en mandatos específicos.

Asimismo, el artículo 26.3 TRET señala que la estructura del salario es el salario base junto con los diferentes complementos salariales establecidos. En este sentido, y en base a la interrelación de ambos artículos, es de especial relevancia analizar cómo es la regulación del sistema de retribución en los convenios colectivos analizados. Por una parte, y por lo que se refiere al salario base, todos los convenios colectivos coinciden, tanto los que clasifican el personal laboral en grupos profesionales como los que los clasifican en grupos profesionales junto a categorías profesionales (a excepción del Acuerdo estatal para el sector del metal, que no prevé un sistema retributivo en su regulación), en desarrollar una tabla salarial en la que indican el salario base que le corresponde a cada grupo profesional. En este sentido, y a primera vista, no se puede deducir que existan discriminaciones por razón de sexo. Por otra parte, y por lo que se refiere a los complementos salariales, a causa de la gran diversidad de complementos salariales regulados en las cláusulas convencionales²², requieren especial mención los complementos salariales que recompensan tanto la disposición del personal laboral en prologar su jornada laboral como los días efectivamente trabajados, ya que estos pueden ser de difícil acceso para las mujeres.²³

Por una parte, y por lo que se refiere a las cláusulas convencionales que retribuyen la prolongación de la jornada, requiere especial mención el artículo 69 del Convenio colectivo general para el sector de la construcción, ya que, en él, se especifica que el personal que realice funciones de mantenimiento y reparación de instalaciones o maquinaria y el personal encargado del arranque y cierre de las mismas, podrá estar sujeto a una ampliación de su jornada, sin que el exceso sobre la jornada ordinaria se compute como horas extraordinarias, y abonándose, como mínimo, por el valor correspondiente a las horas extraordinarias.

Por otra parte, y por lo que se hace referencia a la retribución de los días afectivamente trabajados, es importante destacar el artículo 62 “Plus de asistencia” del Convenio

²² Cabe señalar que también hubiese sido importante comentar complementos salariales tales como la disponibilidad, la responsabilidad u otros complementos salariales similares pero no se han encontrado cláusulas que regulasen dichas materias en los convenios colectivos analizados.

²³ SECRETARÍA CONFEDERAL DE LA MUJER DE CC.OO: *Crisis y discriminación salarial de género*, Madrid, 2012, págs. 39-40.

colectivo general para el sector de la construcción y el artículo 53 titulado “Complemento de convenio” del Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento. En ambos casos, este complemento o plus se devenga por cada día efectivamente trabajado con el rendimiento normal exigible. Sin embargo, no se especifica que circunstancias se exceptúan a dicha regla. Asimismo, y en el caso del Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento se deja en manos de los niveles inferiores de negociación colectiva la estipulación de la cuantía de dicho complemento salarial.

Sin embargo, y pese a los detalles expuestos, es imprescindible mencionar que, un análisis del sistema retributivo con perspectiva de género solo sería posible con un trabajo de campo que proporcionase información sobre cuántos hombres y cuántas mujeres están cobrando este tipo de complementos salariales. Asimismo, y en el supuesto caso de que los complementos salariales mencionados fuesen percibidos mayoritariamente por hombres, se deberían incluir medidas específicas que facilitasen el acceso a las mujeres. Además, también sería imprescindible, para un análisis exhaustivo del sistema retributivo, que los agentes negociadores proporcionasen información sobre qué se entiende por día efectivamente trabajado y qué situaciones están incluidas y excluidas de dicho cómputo.

Dicho lo cual, y en base a las circunstancias expuestas, es imprescindible mencionar una serie de recomendaciones para la detección de discriminaciones directas e indirectas en el sistema retributivo. En este sentido, es esencial asociar cada nivel consolidado de criterios de clasificación profesional con su correspondiente nivel de salario base y, consiguientemente, asociar cada nivel de funciones específicas afianzadas con su correspondiente nivel de los diferentes complementos salariales que conforman el sistema retributivo en su conjunto, tales como funciones especiales o dedicación, entre otros. Asimismo, es fundamental que las asociaciones citadas se ponderen numéricamente, con la finalidad de descubrir cuál es el esqueleto que conforma dichas relaciones laborales. De igual modo, estos datos deben ir siempre acompañados con datos reales de la plantilla de las empresas, desagregando el total de personal laboral en hombres y mujeres. Por lo tanto, y con la proporción de toda la información mencionada, se averiguaría la retribución total de los trabajadores y las trabajadoras y, consiguientemente, se detectarían los posibles casos de discriminación por razón de sexo.

4.5. El tratamiento de la igualdad en los convenios colectivos

A través de los artículos 43 y 45 LOI se regulan, respectivamente, la posibilidad de establecer medidas de acción positiva a través de la negociación colectiva y, además, el establecimiento de Planes de Igualdad que fomenten la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres. En el caso de los convenios colectivos analizados, se puede señalar que se encuentran situaciones dispares: por una parte, convenios colectivos que no tratan la igualdad en una cláusula específica, y, por otra parte, los que sí la tratan, ya sea a través de planes de igualdad específicos o a través de cláusulas que regulan medidas de acción positiva.

Por lo que se refiere a los convenios colectivos que no tratan la igualdad en sus cláusulas, se sitúa únicamente el Acuerdo estatal del sector del metal. Por lo que se refiere a los convenios colectivos que tratan la igualdad en sus cláusulas, se pueden dividir en dos grandes bloques: por una parte, el Convenio colectivo general del sector de la industria química es el único que prevé, en su artículo 18, medidas de acción positiva, estableciendo que tendrán preferencia, en igualdad de idoneidad, las personas

del género menos representado en las condiciones de contratación, salariales, formación, promoción y condiciones de trabajo en general. Como se puede observar, no se concretan medidas específicas sino que se reproduce, en gran medida, el contenido del artículo 43 LOI. Por otra parte, los convenios colectivos que sí especifican un plan de igualdad concreto para su sector productivo son el Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento y el Convenio colectivo general de la madera que lo regulan, respectivamente, en el artículo 107 y en la disposición adicional primera. En ambos convenios colectivos se reproduce el contenido del artículo 46.3 LOI respecto de las materias que contemplan los planes de igualdad, tales como el acceso al empleo, la clasificación profesional, la promoción y formación, las retribuciones y la ordenación del tiempo de trabajo.

En último lugar, y por lo que se refiere al Convenio colectivo general de la construcción, en su artículo 115, que regula la igualdad de trato y no discriminación, se especifica que los agentes negociadores se comprometen a la eliminación de estereotipos, fomentar el igual valor entre hombres y mujeres en todos los ámbitos y la adopción de las medidas que se estimen necesarias.

Tal y como se puede observar en todos los convenios colectivos analizados, aunque cada uno de ellos emplee cláusulas diferentes, todos coinciden en un aspecto: se limitan a recordar el contenido de las leyes en materia de igualdad establecidas tanto por la LOI como por el TRET. Este recordatorio puede tener un carácter informativo para los/as trabajadores/as pero, sin embargo, no son suficientes porque no cumplen la función para la cual fueron diseñados: fomentar la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres y, consecuentemente, eliminar la discriminación, tanto directa como indirecta, presente en las relaciones laborales. En este sentido, para la consecución de la finalidad citada, dichas cláusulas convencionales deberían prever medidas específicas para las materias señaladas, las cuales deban poderse aplicar y, consecuentemente, poder apreciar sus efectos a corto o medio plazo.

5. CONCLUSIONES

Después de analizar los citados convenios colectivos, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Por una parte, se observa una falta de eficacia legislativa sobre los preceptos reglamentarios encomendados a la negociación colectiva, ya que, las disposiciones jurídicas reguladas tanto por los artículos 22 y 28 TRET como por los artículos 43 y 45 TRET carecen de una suficiente y efectiva repercusión real.

En este sentido, y por lo que se refiere a los criterios de clasificación profesional, y en base en sus desencadenantes tanto en el sistema de clasificación profesional como en el sistema de remuneración, se puede intuir que estos carecen de perspectiva de género. Asimismo, también cabe señalar que se ha percibido una falta de información, desagregada por sexos, que facilitara la deducción de si los criterios de clasificación profesional incorporan una perspectiva de género.

De igual forma, por lo que se refiere a los sistemas de clasificación profesional estudiados, se advierte de la existencia de una resistencia a una transición completa hacia los grupos profesionales y, del mismo modo, una resistencia a la incorporación del lenguaje inclusivo en la redacción de los nomenclátors. De igual manera, también se ha

percibido una falta de información sobre las funciones reales que atañen a cada grupo profesional en concreto, ya que, en su definición, se sirven de expresiones ambiguas que no facilitan una comprensión confortable sobre el contenido de los mismos.

Por su parte, y en referencia al sistema retributivo, se percibe un arraigamiento en la costumbre de retribuir la presencia y la disponibilidad constante de los/as trabajadores en la empresa en lugar de preferir un sistema por objetivos, que retribuyese a los/as trabajadores/as sus propios resultados fruto de su responsabilidad. De igual manera, cabe apuntar que los convenios colectivos analizados carecen de información que apuntase a saber cuáles son los grupos profesionales que están más dirigidos al cobro de ciertos complementos salariales.

Finalmente, y en alusión a la población laboral afectada por los convenios colectivos analizados, se puede afirmar que en dichos convenios colectivos existe una asimetría entre la representación de hombres y de mujeres: cada uno de los sectores productivos se caracteriza por una predominancia de hombres frente a las mujeres. En este sentido, y al igual que las materias analizadas, la información que proporciona la CCNCC es insuficiente, al no desagregarla por grupos profesionales.

6. HERRAMIENTA PARA EL ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

En base a la falta de información con perspectiva de género proporcionada por los convenios colectivos analizados, se ha considerado conveniente el diseño de una herramienta que posibilitara el análisis de la perspectiva de género en los criterios de clasificación profesional.

En este sentido, a la literatura ya proporcionada por los convenios colectivos se debería acompañar una tabla semejante a la que aquí se propone:

Tabla 3. Herramienta análisis perspectiva de género en los criterios de clasificación profesional

GRUPO PROFESIONAL		NIVEL DE CRITERIOS	RETRIBUCIÓN SALARIO BASE	NIVEL DE FUNCIONES ESPECÍFICAS	RETRIBUCIÓN COMPLEMENTOS SALARIALES	TOTAL RETRIBUCIÓN	POBLACIÓN		
							H	M	T
1	N1	C1,B1,A1,E1, etc.	X€	A1, B2, C3, etc.	X€	X€	X	Y	X+Y
	N2
2
3
4
5

En esta tabla, a modo de síntesis, se conocerían las siguientes situaciones:

1. ¿Cuántos hombres y cuantas mujeres hay en cada grupo profesional?
2. ¿Qué nivel de cada criterio le corresponde a cada grupo profesional?
3. ¿En qué cuantía son recompensados estos criterios para cada grupo profesional?
4. ¿En qué grupos profesionales anidan las funciones o circunstancias especiales que requieren ser retribuidas por complementos salariales?
5. ¿Cuáles son los niveles de los componentes que caracterizan cada uno de los complementos salariales?
6. ¿En qué cuantía son recompensadas estas funciones o circunstancias para cada grupo profesional?
7. ¿Cuál es la remuneración total percibida por los/as trabajadores pertenecientes a cada grupo profesional?

Por lo tanto, y con la posibilidad de dar respuesta a estas preguntas, se podría deducir, a través de datos reales, si los criterios de clasificación profesional incorporan la perspectiva de género y, consiguientemente, detectar las discriminaciones directas e indirectas por razón de sexo.

En este sentido, y a modo de cierre, cabe señalar que esta herramienta debería ir acompañada de los pertinentes mecanismos de control, tutelados, por una parte por la Comisión de Igualdad oportuna y, por otra parte, y en base al artículo 90.5 TRET, por la Autoridad laboral, para su correcta utilización en las siguientes fases:

1. En el proceso de elaboración, la Comisión de Igualdad integraría la perspectiva de género en los criterios de clasificación profesional.
2. En el proceso de publicación, la Autoridad laboral confirmaría, antes de la publicación, dicha integración o, de lo contrario, obligaría su inclusión.
3. En el proceso de ejecución, la Comisión emitiría un informe anual sobre cuáles han sido los efectos de la utilización de dicha herramienta.

7. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN FERNÁNDEZ, E.: *Guía de buenas prácticas para el uso de un lenguaje no sexista en la negociación colectiva*, Madrid, Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO, 2007.

FIGUERUELO BURRIEZA, Á.: *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*, Albacete, Bomarzo, 2013.

PÉREZ DEL RÍO, M^a T.: “Diálogo social, negociación colectiva y género“, en AA.VV. (coord. por Miguel Rodríguez-Piñero Royo, María Luisa Pérez Guerrero): *Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto*, 2006.

PÉREZ DEL RÍO, M^a T.: “Discriminación por razón de género y negociación colectiva”, en AA.VV. (coord. por José Sánchez Pérez): *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, 2005.

PÉREZ DEL RÍO, M^a T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.

QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, ed. Marcial Pons, 1996.

SECRETARÍA CONFEDERAL DE LA MUJER DE CC.OO: *Crisis y discriminación salarial de género*, Madrid, 2012.

VALDÉS, DAL – RÉ, F.: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid, Reus SA, 2010.

Capítulo XXX. La conveniencia de considerar “lo tributario” en la negociación colectiva: la evitable y desventajosa fiscalidad de ciertas retribuciones previstas en convenios colectivos

ALFONSO SANZ CLAVIJO

*Profesor contratado doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Cádiz*

Resumen

Los convenios colectivos regulan retribuciones extraordinarias que, en determinados casos, pueden considerarse, desde la perspectiva tributaria, como rendimientos del trabajo irregulares cuya tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es beneficiosa.

Para ello, si posible, estas retribuciones extraordinarias deben estar configuradas atendiendo a ciertas directrices tributarias relativas a su periodo de generación o a su forma de pago.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la Administración Tributaria, la Dirección General de los Tributos (en adelante, DGT) concretamente, viene evacuando distintas resoluciones con las que responde consultas que los trabajadores elevan sobre la tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) de ciertas retribuciones extraordinarias que perciben en virtud de convenios colectivos u otros pactos o acuerdos.

En muchas de estas consultas los trabajadores se limitan a solicitar el parecer de la DGT sobre la posibilidad de aplicar a las citadas retribuciones la reducción del 30% –del 40% hasta el 31 de diciembre de 2014– que el artículo 18. 2 de la Ley del IRPF¹ (en adelante, LIRPF) alberga para los denominados rendimientos del trabajo irregulares. O con otras palabras, la posibilidad de llevar a la declaración de la renta, no el 100% de la cuantía de la retribución extraordinaria, sino el 70% de la misma tras haberla reducido en el 30% consecuencia de la aplicación del beneficio fiscal referido.

Para poder aplicar la mencionada reducción del 30% deben concurrir en las retribuciones extraordinarias una serie de presupuestos relativos, fundamentalmente, al periodo en que las mismas se generan y a cómo se pagan.

Pues bien, a tenor de lo expuesto en las resoluciones de la DGT y teniendo en cuenta lo dispuesto en convenios colectivos consultados, se comprueba que, en ocasiones, es la inadecuada configuración (desde una perspectiva tributaria) de las citadas retribuciones extraordinaria la circunstancia impeditiva de que las mismas pueden acceder al beneficio fiscal antes referido, inadecuada configuración que, creemos, puede deberse a la desatención que en su quehacer los sujetos de la negociación colectiva prestan a “lo tributario”... algo casi entendible atendiendo a lo cambiante, como se verá, de esta rama del ordenamiento jurídico.

Con todo lo anterior, el objeto de este trabajo se limita a relacionar una serie de directrices que, quizá, podrían tenerse en cuenta en la negociación colectiva a la hora de

¹ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

redactar la configuración de las retribuciones extraordinarias a las que viene haciéndose referencia, labor que exige, previamente, un somero análisis de la regulación de la reducción del 30% de los rendimientos del trabajo irregulares y su proyección a algunas retribuciones de este tipo encontradas en los convenios colectivos que se han consultado.

2. LA REDUCCIÓN DE CIERTOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO IRREGULARES

En el IRPF, las cantidades que recibe el trabajador “por la prestación profesional de los servicios laborales”, siguiendo la redacción del artículo 26. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), van a tributar como rendimientos del trabajo (en adelante, RT), ya sean percepciones económicas salariales o extrasalariales, pues la LIRPF, al definir este tipo de renta sujeta al impuesto, prescinde de su calificación en el ámbito laboral y decide incluir bajo tal denominación “todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral” (artículo 17. 1 LIRPF).

Sentado pues que las percepciones económicas satisfechas al trabajador tributan como RT, como regla general, éstos, los RT, “se computarán en su totalidad” (artículo 18. 1 LIRPF), o como dijimos antes, se llevarán a la declaración de la renta en el 100% de su cuantía. Esta regla general va a quebrar en relación con los RT irregulares, tipo de rentas del trabajo que, por el motivo que se expondrá, va a someterse a imposición en cuantía inferior a su totalidad.

2.1. El concepto de renta irregular

El IRPF, como impuesto periódico que es, se exige respecto a las rentas que la persona física obtiene durante un determinado plazo –el año natural, salvo defunción– (artículo 12. 1 y 13. 1 LIRPF). Así, y centrando ya el discurso en los RT, se entiende que, a estos efectos, un RT es obtenido dentro de un año natural cuando el mismo es exigible, que no necesariamente pagado, en tal anualidad (artículo 14. 1 letra a) LIRPF). Este aspecto temporal del IRPF no crea problema, lógicamente, en relación con aquellos RT que se generan y/o resultan exigibles dentro de un mismo año natural, las denominadas rentas regulares, pero sí crean inconvenientes respecto a aquellos otros RT que se generan en varias anualidades.

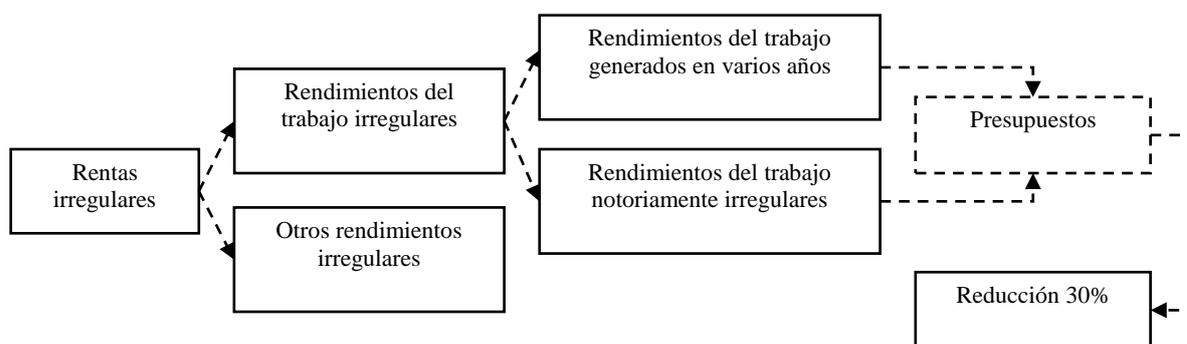
En efecto, siendo el IRPF un impuesto progresivo –cuantas más rentas se obtienen más alto es el tipo de gravamen–, la exigibilidad en un determinado año de los RT generados en varias anualidades va a dar lugar a una acumulación de rentas en tal año y, consecuentemente, a unos efectos indeseados de la progresividad sobre estos RT, pues si el montante de los mismos, en vez de incluirse en la declaración de la renta en que resultan exigibles ex artículo 14. 1 letra a) LIRPF, se distribuyera proporcionalmente entre los años naturales de su generación, no habría lugar a la acumulación de rentas y, por tanto, se aplicarían tipos de gravamen más reducidos.

Sabedor de la injusticia que supone esa acumulación de rentas consecuencia de la percepción, en este caso, de RT generados en varias anualidades, el legislador ha venido contemplando la aplicación de un beneficio fiscal sobre los mismos para así mitigar los referidos efectos indeseados de la progresividad. En la actualidad, como se advertía

anteriormente y para el caso de los RT generados en varias anualidades, el artículo 18. 2 LIRPF contiene una reducción del 30% de los mismos a la hora de su inclusión en la declaración de la renta correspondiente al ejercicio en que sean exigibles².

Junto a las rentas irregulares por periodo de generación se sitúan las denominadas rentas notoriamente irregulares, rentas éstas últimas que reciben el mismo tratamiento tributario –la reducción del 30%– por el mero hecho de dárseles tal naturaleza por Reglamento del IRPF³ (en adelante, RIRPF), sin necesidad de contar las mismas con periodo de generación. A los efectos que interesan, es el artículo 12. 1 RIRPF el precepto que enumera los distintos RT notoriamente irregulares –entre otras, las cantidades satisfechas por traslado a otro centro de trabajo (artículo 12. 1 letra a) RIRPF), las cantidades satisfechas por modificación de las condiciones de trabajo (artículo 12. 1 letra e) RIRPF), las cantidades satisfechas por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral (artículo 12. 1 letra f) RIRPF), etc.–.

Con todo lo anterior, se resume lo dicho sobre las rentas irregulares en el siguiente esquema y se remite al siguiente apartado para ver los concretos presupuestos que tienen que concurrir, en nuestro caso, en los RT irregulares para disfrutar la reducción del 30% a la que viene haciendo referencia.



2.2. Presupuestos para la reducción del 30% de los rendimientos del trabajo irregulares

Expuesto el concepto de renta irregular, visto que los RT irregulares no son sino una especie de este género, dentro de esta última categoría hemos distinguido entre RT generados en varias anualidades y RT notoriamente irregulares, distinción necesaria pues los presupuestos que han de concurrir en uno y otro tipo de RT irregular para aplicarle la reducción del 30% son distintos. Por tal razón, en los subapartados que siguen afrontamos el análisis de estos presupuestos separadamente, en relación con los RT generados en varias anualidades y en relación con los RT notoriamente irregulares respectivamente.

² En este sentido, y aunque refiriéndose a rendimientos de actividades económicas irregulares, véase lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 23 de abril de 2015:

“Es patente que la reducción del 40% tiene como finalidad reducir los efectos de la progresividad derivada de la aplicación de una escala progresiva de tipos de gravamen a una renta que se imputa a un solo ejercicio, pese a que el esfuerzo para obtener aquella se ha prolongando por un período superior a dos años”.

³ Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

2.2.1. Rendimientos del trabajo generados en más de dos años

Antes de analizar los presupuestos de este tipo de RT irregular, debemos precisar que los denominados RT irregulares generados en varias anualidades susceptibles de aplicar la reducción del 30% son exclusivamente aquellos “que tengan un periodo de generación superior a dos años” (párrafo Primero del artículo 18. 2 LIRPF).

Delimitados cuáles son los RT irregulares que, atendiendo a su periodo de generación, pueden aplicar la reducción del 30%, un primer presupuesto que ha de concurrir en los mismos para tal fin es que éstos “se imputen en un único período impositivo” (párrafo Primero del artículo 18. 2 LIRPF in fine), o lo que es lo mismo, que el pago o pagos en que se materialicen estos RT generados en más de dos años sean exigibles en un mismo año natural.

Lógicamente, de este presupuesto deriva una de esas directrices a tener cuenta en la negociación colectiva a la hora de redactar la configuración, en este caso, de retribuciones extraordinarias que se generen en más de dos años; a saber, que el pago o pagos correspondiente a tales retribuciones, si posible, sean exigibles en un solo año natural.

Un segundo requisito que han de conocer los RT generados en más de dos años para poder aplicar la reducción del 30% es el relativo a la periodicidad con la que se perciben los mismos⁴; quiere decirse, con el fin de evitar que estas retribuciones extraordinarias se conviertan en una fórmula retributiva normal –y por tanto no merecedora de beneficio fiscal alguno–, el párrafo Tercero del artículo 18. 2 LIRPF obsta la aplicación de la reducción del 30% a un determinado RT generado en más de dos años si, en los cinco años naturales anteriores al año en que resulta exigible, el trabajador hubiera obtenido otros RT de este tipo y hubiera aplicado a los mismos la reducción del 30%⁵.

De nuevo, de este segundo presupuesto deriva otra directriz a tener cuenta en la negociación colectiva; concretamente, que no se prevea dentro un mismo quinquenio, en la medida de lo posible, la exigibilidad de distintas retribuciones extraordinarias que se generen en más de dos años, so pena que no todas puedan aplicar la reducción del 30%.

Más adelante comprobaremos si suelen considerarse o no estas directrices especialmente la configuración de los denominados premios por antigüedad, esto es,

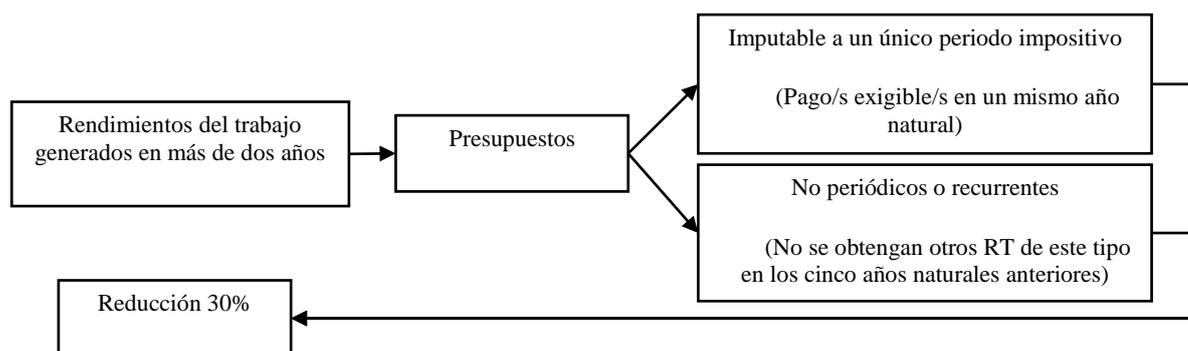
⁴ En la anterior redacción del artículo 18. 2 LIRPF, este presupuesto sobre la no periodicidad de los RT generados en más de dos años para poder aplicar la reducción, entonces, del 40% era más conflictivo que el que se verá, pues, para tal fin, el precepto exigía que los mismos “no se obtengan de forma periódica o recurrente”, lo que generaba una importante conflictividad sobre qué es periódico o recurrente.

En este sentido, diversas resoluciones de la DGT advertían que “Esta valoración de la periodicidad o recurrencia del rendimiento obtenido podrá efectuarse tanto a priori, si las retribuciones ya están así inicialmente fijadas, como a posteriori, si una vez percibidas las retribuciones, los hechos demuestran que éstas se repitieron en el tiempo, sin más límite temporal que la existencia de un plazo suficientemente dilatado” (entre otras, las resoluciones de la DGT de 5 de mayo de 2015 y de 1 de agosto de 2014, en respuesta a las consultas número V1382-15 y V2101-14 respectivamente).

⁵ Dispone el párrafo Tercero del artículo 18. 2 LIRPF que “esta reducción no resultará de aplicación a los rendimientos que tengan un período de generación superior a dos años cuando, en el plazo de los cinco períodos impositivos anteriores a aquél en el que resulten exigibles, el contribuyente hubiera obtenido otros rendimientos con período de generación superior a dos años, a los que hubiera aplicado la reducción prevista en este apartado”.

las cantidades que se prevén en numerosos convenios colectivos a pagar a los trabajadores que presten servicios a la empresa durante un elevado número de años.

Teniendo en cuenta lo dicho en este párrafo, se resume en el siguiente esquema los presupuestos que han de concurrir para que un RT generado en más de dos años pueda aplicar la reducción del 30% y, dentro del mismo, se sintetizan las consiguientes directrices que tales presupuestos generan a tener en cuenta en la redacción de la configuración de este tipo de retribuciones extraordinarias durante la negociación colectiva.



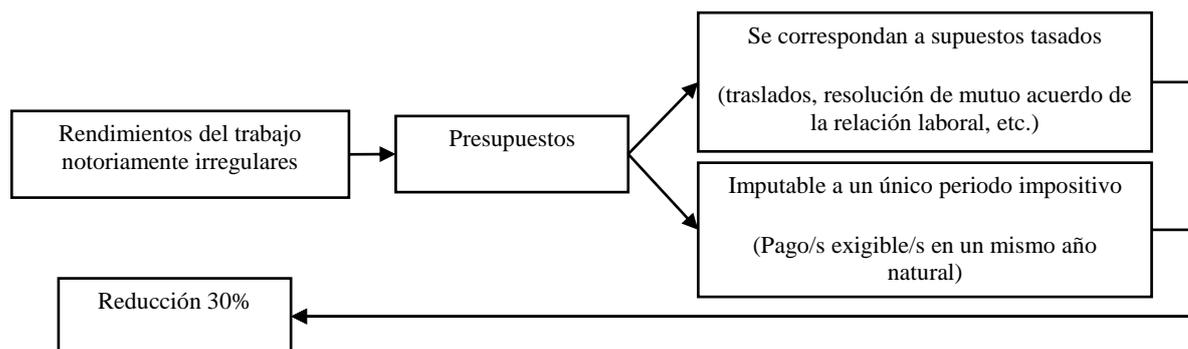
2.2.2. Rendimientos del trabajo notoriamente irregulares

Algo más sencillo resulta el análisis de los presupuestos que han de concurrir en los RT notoriamente irregulares para que éstos puedan aplicar la reducción del 30%.

Como dijimos anteriormente, el primer presupuesto que un RT ha de reunir para que sea considerado como notoriamente irregular es que el mismo se corresponda con alguno de los RT a los que el artículo 12. 1 RIRPF, con carácter tasado, da esa naturaleza. Se comprobará que no pocas retribuciones extraordinarias previstas habitualmente en convenios colectivos responden a esas causas recogidas en el mencionado artículo 12. 1 RIRPF (traslados, modificación de las condiciones de trabajo, resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral, etc.)

Otorgada a los RT naturaleza de notoriamente irregulares, para aplicar la reducción del 30% a los mismos debe concurrir un segundo presupuesto cual es que éstos “se imputen en un único período impositivo” (párrafo Primero del artículo 18. 2 LIRPF in fine), requisito idéntico al visto en relación con los RT generados en más de dos años, razón por la cual nos remitimos a lo dicho en el subapartado anterior.

Con todo, se resume nuevamente en el siguiente esquema los presupuestos que han de concurrir para que un RT notoriamente irregular pueda aplicar la reducción del 30%.



3. Algunos ejemplos de retribuciones no acertadamente configuradas desde la perspectiva tributaria

Expuesto brevemente el concepto de RT irregular, sus tipos y los presupuestos que éstos han de reunir para aplicárseles la reducción del 30% antes comentada, en este apartado van a traerse a colación distintos ejemplos de retribuciones extraordinarias previstas en convenios colectivos en cuya configuración, como se verá, no parece haberse considerado lo dicho anteriormente, pues, atendiendo a su redacción, creemos que sería posible que las mismas, con mínimos cambios, aprovecharan el beneficio fiscal que nos viene ocupando.

Para ello se han consultado diversos convenios colectivos en cuyo articulado se prevé la satisfacción de ciertas retribuciones extraordinaria, consulta que se realiza teniendo en cuenta los criterios sentados por la DGT a través de sus resoluciones sobre la tributación de estas retribuciones extraordinarias.

3.1. Premios por antigüedad

Ejemplo paradigmático de retribución extraordinaria subsumible en el concepto de RT generado en más de dos años es el que vamos a denominar “premio por antigüedad”; esto es, la cantidad que se prevé en numerosos convenios colectivos a satisfacer a los trabajadores que presten servicios a la empresa durante un elevado número de años.

Recordando la primera de las directrices dadas a efectos de poder aprovechar estas retribuciones extraordinarias la reducción del 30% (exigibilidad de su/s pago/s en un mismo año natural), sucede que algunos convenios colectivos prevén la satisfacción del “premio por antigüedad”, mas, fijada la coyuntura que devenga el mismo, no determinan cuando éste será exigible⁶. Lógicamente, esta indeterminación de la exigibilidad del “premio por antigüedad” puede generar un perjuicio fiscal para el trabajador en el caso en que la empresa decidiera satisfacer el mismo mediante pagos a realizar en distintas anualidades, pues la Administración Tributaria, atendiendo a ese

⁶ En este sentido, el artículo 70 del Convenio Colectivo de Thyssenkrupp Elevadores (BOE de 16 de octubre de 2015) se limita a señalar que “Cuando el trabajador/a cumpla 25 años de servicios ininterrumpidos en la Empresa, percibirá una paga extraordinaria consistente en tres mensualidades [...] Igualmente, cuando se cumpla 45 años de alta, la paga consistirá en seis mensualidades”, sin especificar cuándo serán exigibles tales pagas extraordinarias.

Algo similar sucede con el artículo 27 del Convenio Colectivo de Allianz (BOE de 13 de febrero de 2015) o con el artículo 67 del Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (BOE de 25 de septiembre de 2015).

calendario de pagos, podría considerar, ante la indefinición del convenio colectivo, que el “premio por antigüedad” no es imputable a un único año natural y que, por tanto, no puede reducirse en un 30% su cuantía.

Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que en otros convenios colectivos sí que se introducen cláusulas o expresiones que determinan claramente que el “premio por antigüedad” es exigible en un único año natural, en aquel en que se verifica la coyuntura que devenga el mismo⁷, y, por tanto, susceptible de aplicarse sobre el mismo la reducción del 30%.

Teniendo en cuenta lo dicho en los párrafos anteriores, se concluye que en la configuración del “premio por antigüedad” en los convenios colectivos debería incluirse algún tipo de cláusula o expresión que vincule la exigibilidad del mismo a la anualidad en que se verifica la coyuntura que lo devenga, o incluso, a imagen de lo contemplado en cierto convenio colectivo, una cláusula específica de imputación fiscal a un determinado año natural⁸.

Pues bien, dicho lo anterior relativo a la primera directriz dada sobre la configuración de las retribuciones extraordinarias que constituyan RT generados en más de dos años, la segunda directriz para que éstas pueda valerse de la reducción del 30% (no prever la obtención de distintos RT generados en más de dos años durante un mismo quinquenio) tampoco es observada en algunos convenios colectivos que contemplan la satisfacción de “premios por antigüedad”.

Advirtiendo que este presupuesto de la no periodicidad de los RT generados en más de dos años ha sido modificado en la reforma fiscal del año 2014 –dándole objetividad al mismo mediante su comentada cuantificación–⁹, en cierto convenio colectivo consultado se prevé la satisfacción de, como lo denomina, sucesivos premios de permanencia a los 25, 30, 35... “y cada cinco años más de servicio en la Empresa”¹⁰, frecuencia que no es correcta desde una perspectiva tributaria, pues la misma va a

⁷ Por ejemplo, el artículo 20 del Convenio Colectivo de Grupo Santander Consumer Finance (BOE de 5 de noviembre de 2015), tras sentar que se gratificará a los trabajadores “que acrediten 30 años de servicio reconocidos en la Empresa”, especifica que “Este importe [...] se abonará en la nómina del mes en que se cumplan los 30 años de antigüedad reconocida”.

En términos similares puede verse el artículo 29. 4 del Convenio Colectivo de Fertiberia (BOE de 6 de agosto de 2015).

⁸ Se trata del artículo 42 del Convenio Colectivo de Philips Ibérica (BOE de 6 de agosto de 2015), precepto que, al ordenar el premio que concede por 35 años de servicios en la empresa, contempla una gratificación monetaria y, junto a la misma, “un regalo consistente en productos de la gama «Philips», a elección del interesado, con un valor de 3.000 €”.

Pues bien, en relación con esta última gratificación en especie y ante la posibilidad de que el trabajador pueda materializarla pasado un tiempo, se cuida el convenio colectivo de recalcar que “La imputación fiscal de su valor como pago en especie se repercutirá mensualmente al afectado a lo largo del ejercicio fiscal correspondiente”, previsión que interesa a la empresa a efectos de la práctica de ingresos a cuenta pero que, al mismo tiempo, puede ser también útil para que tal retribución extraordinaria pueda acceder a la reducción del 30%.

⁹ A título meramente informativo, fue el artículo Primero. Diez de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el precepto que dio nueva redacción al referido artículo 18. 2 LIRPF, regulador de la reducción del 30% de los RT irregulares.

En su caso, léase el pie de página número cuatro de este trabajo donde reflejamos los términos de la objetivización del presupuesto de la no periodicidad.

¹⁰ Artículo 35 del Convenio Colectivo de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 21 de agosto de 2015).

determinar que tales premios de permanencia, alternativamente, no sean susceptibles de ser reducidos en un 30%¹¹.

Para finalizar con este apartado quiere señalarse una última peculiaridad relativa a la aplicación de la reducción del 30% a los “premios de antigüedad”.

Concretamente, cuando se habla de RT generados en más de dos años, exige la Administración Tributaria, en una interpretación del artículo 18. 2 LIRPF ¿extra legem?, que ese periodo de generación se deduzca, no solo del propio RT irregular, sino que “el convenio colectivo, acuerdo, pacto o contrato en el que se haya establecido supere también el período de dos años exigido por la normativa del Impuesto”¹²; o con otras palabras, que para aplicar la reducción del 30% a “premios de antigüedad” como los que vienen ocupándonos es necesario que el convenio colectivo en virtud del cual se satisfacen perdure más de dos años... ¿o no?

Se lanza el interrogante anterior para destacar que la propia DGT acepta (implícitamente) que su interpretación del artículo 18. 2 LIRPF puede resultar innecesariamente dañosa para el trabajador, pues la vigencia o no de un convenio colectivo –y más en el contexto iuslaboralista actual– es una cuestión que poco tiene que ver con el carácter irregular o no de un determinado RT, y menos aún cuando el convenio colectivo que sucede al anterior recoja plenamente de éste la disposición que regulaba el premio de que se trate. Por ello, en resoluciones recientes la DGT está modulando esta interpretación al respecto y, para salvar la misma, está permitiendo, si se permite la expresión, una suerte de sucesión de convenios colectivos a estos efectos, de manera que se entenderá que, aun mediando sustitución del convenio colectivo, éste perdura más de dos años si anterior y posterior configuran el premio de que se trate con igual redacción¹³.

¹¹ En palabras de la DGT, “resultará aplicable la reducción del 30 por 100 si se imputa en un único período impositivo y siempre que, en el plazo de los cinco períodos impositivos anteriores a aquél en el que resulten exigibles, el contribuyente no hubiera obtenido otros rendimientos con período de generación superior a dos años, a los que hubiera aplicado la reducción del artículo 18.2 de la Ley del Impuesto” (resolución de la DGT de 24 de noviembre de 2015, en respuesta a la consulta número V3669-15).

La citada resolución de la DGT se ocupa de una cuestión elevada por el contribuyente relativa a un premio muy similar que “se percibe de una sola vez en la nómina de diciembre a los 30, 35 y 40 años de servicio” y, aunque el Centro Directivo sienta lo anterior, finalmente no concluye la previsible inaplicabilidad de la reducción del 30% quizá por no conocer de los hechos pasados acaecidos.

No obstante lo dicho, la resolución de la DGT de 4 de julio de 2013, en respuesta a la consulta número V2199-13, coadyuva a la previsible conclusión apuntada, pues la misma, pronunciándose sobre un premio similar de periodicidad quinquenal y en vigencia del anterior presupuesto de no periodicidad, sienta que “el artículo 18 de la Ley del Impuesto exige también que los rendimientos no se obtengan de forma periódica o recurrente, requisito que tampoco se cumple en el caso consultado debido a la periodicidad quinquenal del premio: a los 10, 15, 20 y 25 de antigüedad en la empresa”.

¹² Resolución de la DGT de 15 de julio de 2015, en respuesta a la consulta número V2175-15.

En idéntico sentido, sobre el doble requisito que comporta el presupuesto de la generación en más de dos años, pueden verse numerosas resoluciones de la DGT de 22 de abril de 2010, de 27 de enero de 2014, de 26 de junio de 2015, en respuesta a las consultas número V0784-10, V0169-14 y V1997-15 respectivamente).

¹³ Salvo error por nuestra parte, el primer precedente de esta conciliadora postura de la DGT fue la resolución de este Centro Directivo de 30 de octubre de 2014, en respuesta a la consulta número (...)

3.2. COMPENSACIONES POR MOVILIDAD GEOGRÁFICA

Otra retribución extraordinaria que frecuentemente suele regularse en los convenios colectivos son las “compensaciones por movilidad geográfica”, esto es, las prestaciones, gratificaciones, etc. que en los escenarios de movilidad geográfica se satisfacen a los trabajadores más allá de los gastos que el artículo 40 ET obliga a resarcir. Estas retribuciones extraordinarias, atendiendo a lo dicho anteriormente, son susceptibles de ser subsumidas en el concepto de RT notoriamente irregular ex artículo 12. 1 letra a) RIRPF, circunstancia que es la que invita a revisar si su configuración en los convenios en la adecuada desde la perspectiva tributaria.

En este sentido, señalábamos previamente que el presupuesto fundamental que ha de concurrir para que los RT notoriamente irregulares puedan aplicar la reducción del 30% es que su/s pago/s resulten exigibles en un mismo año natural, extremo que no siempre se verifica pues, a imagen de lo dicho en el apartado anterior respecto de los “premios de antigüedad”, en ocasiones los convenios colectivos no precisan cuándo o cómo van a satisfacerse las “compensaciones por movilidad geográfica”¹⁴.

Nuevamente, la indeterminación de la exigibilidad del pago o pagos de estas “compensaciones por movilidad geográfica” puede generar un perjuicio fiscal para el trabajador en los casos en que la empresa decida satisfacer la misma mediante pagos a realizar en distintas anualidades, pues, como se dijo, la Administración Tributaria, en tales hipótesis, puede considerar que la “compensación por movilidad geográfica” de que se trate no es imputable a un único año natural y que, por tanto, no puede reducirse en un 30% su cuantía.

V2913-14, en la que, ocupándose de la reducción o no de un premio por jubilación tras ciertos años de servicio en la empresa, se dispone que “el Convenio colectivo que establece el premio de vinculación se suscribe el 13 de junio de 2013, se publica el 6 de agosto de 2013 y extiende su vigencia desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2013, con prórroga tácita y automática de año en año, siendo según parece el primer convenio propio del sector en Cataluña, por lo que no se cumpliría la existencia de ese período respecto al convenio donde se establece el premio. No obstante, parece ser que el Convenio colectivo de colectividades de Cataluña para el año 2013 viene a sustituir al Convenio colectivo para la industria de hostelería y turismo de Cataluña, convenio colectivo que ya incluía en su articulado y con la misma redacción el premio de vinculación, por lo que si este último convenio fuera el aplicado con anterioridad en la relación laboral que unía al consultante con la empresa que le satisface el premio cabría afirmar que la regulación que lo establece sí superaría también el período superior a dos años exigido por la normativa del Impuesto”.

En idéntico sentido, véase la resolución de la DGT de 15 de julio de 2015, en respuesta a la consulta número V2175-15.

¹⁴ En este sentido, el artículo 27. 2 del Convenio Colectivo de Grupo Santander Consumer Finance (BOE de 5 de noviembre de 2015) se limita a señalar que “Cuando la decisión de traslado adoptada por la Empresa obligue al trabajador a cambiar su residencia éste percibirá, además del resarcimiento de los gastos de viaje propios y los de los familiares a su cargo que pudieran corresponderle, de acuerdo con el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, una indemnización a tanto alzado de cuantía equivalente a 3.000 euros”, sin especificar cuándo se satisfará tal indemnización, si en pago único o fraccionado. En términos similares puede verse el artículo 18. 4 del Convenio Colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocios Abertis Autopistas de España (BOE de 27 de septiembre de 2014). Por su cuantía, más relevante serían las consecuencias en relación con la gratificación prevista en el artículo 59 del Convenio Colectivo del Grupo Endesa (BOE de 13 de febrero de 2014), precepto que, para los casos de traslado, contempla la percepción por parte del trabajador de los denominados gastos de primera instalación, de los gastos de mudanza y de una indemnización por traslado de 55.000 euros, sin aclarar nuevamente cuándo y cómo se satisfarán tales cantidades.

Por ello, no queda sino reiterar lo dicho en el párrafo anterior y, en relación ahora con las “compensaciones por movilidad geográfica”, renovar la sugerencia de que en la configuración de estas retribuciones extraordinarias se incluya una cláusula o expresión que vincule la exigibilidad de las mismas a la anualidad en que se produce la movilidad geográfica del trabajador, práctica que sí es observada por otros convenios colectivos consultados¹⁵.

Algún convenio colectivo llega a regular una misma “compensación por movilidad geográfica” en sendas modalidades, incluyendo en relación con una la cláusula o expresión apenas comentada y no en relación con la otra, involuntaria diferenciación que responde al motivo (extratributario) que se dirá y que, sin embargo, debiera derivar en que en el primer caso pueda aplicarse la reducción del 30% y en el segundo no¹⁶.

Finalmente, más allá de la problemática descrita, la satisfacción estas retribuciones extraordinarias puede presentar otro inconveniente cuando las “compensaciones por movilidad geográfica” son múltiples y con distinta exigibilidad; quiere decirse, en ocasiones los convenios colectivos anudan a la movilidad geográfica del trabajador la percepción de distintas cantidades, alguna/s con exigibilidad de tracto único y otra/s a percibir de manera fraccionada, con pagos que pueden extenderse en distintos años naturales y entonces, en atención a lo dicho, perder la posibilidad de aplicar la reducción del 30%¹⁷.

No discutiéndose que aquellas cantidades derivadas de un episodio de movilidad geográfica que se obtengan de manera fraccionada no pueden acceder en ningún caso al beneficio fiscal que ocupa, no alcanzamos a entender en cambio por qué aquellas otras cantidades consecuencia del mismo episodio de movilidad geográfica y que, sin embargo, se satisfacen instantáneamente no pueden reducirse en un 30% alegando, como hace el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC), que “ambas cantidades deben ser consideradas conjuntamente a efectos de apreciar si su imputación se realiza en un único período impositivo o en más de uno”¹⁸.

¹⁵ Estamos pensando en el artículo 23. 3 del Convenio Colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE de 9 de noviembre de 2015), precepto que recoge distintas cantidades a percibir por los trabajadores en los supuestos de traslados, expresando en referencia a la denominada prestación por traslado que es “Cantidad a fondo perdido, a percibir en el momento del traslado. La cuantía total de determinará de acuerdo con los siguientes criterios: Trabajador: 10.494,58 euros. Cónyuge o pareja de hecho: 3.148,32 euros. Hijo: 1.574,17 euros”.

¹⁶ Concretamente, el artículo 15. 2 del Convenio Colectivo de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 21 de agosto de 2015) prevé para los casos de traslado una ayuda cuya “cuantía se establece en 480 euros brutos mensuales, durante el primer año de traslado”, especificándose más adelante que “En aquellos casos en que el empleado justifique que destina esta ayuda a la adquisición de una vivienda, podrá solicitar el devengo de dicha ayuda en un solo pago”.

¹⁷ Algo así sucede con el referido artículo 23. 3 del Convenio Colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE de 9 de noviembre de 2015), disposición que tras describir algunas de las cantidades a percibir por los trabajadores en los supuestos de traslados (gastos de traslado, prestación de traslado apenas vista, etc.) regula otra gratificación cual es la ayuda de vivienda que, en su modalidad de alquiler, comporta “Ayuda de alquiler de 419,78 euros mensuales durante 7 años”. Con lo cual, un trabajador de esta mercantil, en caso de traslado, puede optar por percibir la prestación por traslado, de pago único, y la ayuda del alquiler, a satisfacer durante siete años y, por tanto, no imputable a un sólo año natural... y ello con las (negativas) consecuencias tributarias que se dirán.

¹⁸ Esta discutible posición del TEAC es desarrollada en el Fundamento de Derecho Cuarto de su resolución de 10 de septiembre de 2015, en la que este Centro Directivo sienta que “en el caso concreto que se analiza, las cantidades satisfechas por la empresa al trabajador con motivo del (...)”

Aunque no compartimos el criterio del TEAC¹⁹, atendiendo a su posición sobre la obligada vinculación, a efectos de la reducción del 30%, de las diversas retribuciones que puedan derivarse de un mismo supuesto de movilidad geográfica, entendemos no obstante que es conveniente que los convenios colectivos, en estos casos, refuercen lo relativo al elemento temporal de la configuración de tales retribuciones de forma que su exigibilidad se concentre en un mismo año natural hasta la completa satisfacción de las mismas, so pena, en caso contrario, de perder la reducción del 30% no sólo las cantidades satisfechas de manera fraccionada, sino incluso aquellas obtenibles en pago único.

4. CONCLUSIONES

Atendiendo a todo lo dicho hasta ahora, podríamos concluir que:

PRIMERO-. Algunas de las retribuciones extraordinarias que se recogen en los convenios colectivos encajan con la definición de RT irregular, ya sea como RT generados en más de dos años (“premios por antigüedad”) o como RT notoriamente irregulares (“compensaciones por movilidad geográfica”).

SEGUNDO-. Para que tales RT irregulares puedan aplicar la reducción del 30% que prevé el artículo 18. 2 LIRPF (o lo que es lo mismo, llevar tales rentas a la declaración no por el 100% de su cuantía, sino sólo en el 70% de la misma), es necesario que éstos conozcan de los presupuestos individualizados para cada tipo de RT irregular.

TERCERO-. Los convenios colectivos, a la luz de los consultados, no siempre parecen considerar las repercusiones tributarias que puede tener la configuración que den a las retribuciones extraordinarias que regulan, habiéndose recomendando por ello, vistos los ejemplos aportados en relación con los “premios por antigüedad” y con las “compensaciones por movilidad geográfica”, una serie de directrices (sobre su periodo de generación y su forma de pago) tendentes a que tales retribuciones se puedan subsumir en el concepto de RT irregular y lograr, en consecuencia, un importante ahorro fiscal para la empresas y los trabajadores con motivo de la satisfacción de estas retribuciones extraordinarias.

traslado y que tiene su origen en éste, son tanto una indemnización por el traslado que se percibe de una sola vez, como una compensación mensual por vivienda, teniendo ambos conceptos su origen o encontrando su motivo en el traslado del obligado tributario y por ello ambas cantidades deben ser consideradas conjuntamente a efectos de apreciar si su imputación se realiza en un único período impositivo o en más de uno, de forma tal que como las cantidades satisfechas por la empresa con motivo del traslado se abonan en más de un período impositivo, no considera este Tribunal Central que sean rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo de conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 del reglamento de IRPF, no resultando pues de aplicación la reducción del 40 por ciento prevista en el artículo 18.2 de la LIRPF”.

¹⁹ Más allá de nuestra opinión en contra, mayor autoridad tiene en este sentido la del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana que en la instancia, en su resolución de fecha 16 de diciembre de 2013, recalcó que, habiendo percibido el trabajador una indemnización y una ayuda de vivienda consecuencia del traslado, “la ayuda de vivienda se concede única y exclusivamente para compensar al empleado de los gastos en que deberá incurrir para arrendar una vivienda en la localidad de destino, sin que este hecho pueda modificar el carácter irregular de la indemnización por traslado percibida de una sola vez, ni perjudicar su fiscalidad negando la aplicación de la reducción que reglamentariamente se contempla”.

Capítulo XXXI. La desprotección frente a los riesgos psicosociales en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹

MIREN EDURNE LÓPEZ RUBIA
TEU de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Resumen

La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social crea un sistema con una estructura, organización y funcionamiento que se adecúan a los cambios producidos en los últimos años. Una de las novedades que presenta es la creación del Cuerpo de Subinspectores Laborales, con dos Escalas, una de ellas con dedicación exclusiva a cuestiones sobre prevención de riesgos laborales. Si bien esta novedad merece una valoración positiva, por lo que implica de cara a garantizar la protección de la seguridad y salud de los/as trabajadores/as, lo cierto es que la configuración de sus competencias, así como la titulación universitaria requerida para poder acceder a dicha Escala, plantean la duda de si dicha protección va a abarcar todos los ámbitos de la prevención de riesgos laborales, e incluso sobre su neutralidad desde el punto de vista de género.

Abstract

The Law 23/2015, 21th July, organises the System of Labour Inspection and creates a new structure in the Labour Inspection, with a new Assistant Inspection who has two Scales: the Scale of Employment and Social Security and the Scale of Occupational Safety and Health. This novelty is viewed favourably, because this change means that workers' health and safety will be protected. But if we look at the competences of those new assistant inspectors and the university degrees required to work as assistant inspector of the Scale of Occupational Safety and Health, doubts appear: does that protection include all the parts of Occupational Safety and Health? And, is the Law 23/2015 a neutral law from a gender point of view?

1. INTRODUCCIÓN

El 21 de julio de 2015 se aprobó la Ley 23/2015, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22 de julio) que deroga la anterior Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y que establece un nuevo Sistema más acorde, por un lado, con los cambios normativos que se han producido, mediante sucesivas reformas, en el ordenamiento sociolaboral y, por otro lado, con el marco competencial autonómico derivado del traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco². Por último, esta nueva norma tiene por objeto adecuarse al proceso de

¹ Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación GIU 15/04 de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

² El traspaso de funciones y servicios en materia de Función Pública Inspector a la Comunidad Autónoma de Cataluña se llevó a cabo mediante el Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de Función Pública Inspector de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 1 de marzo), y a la Comunidad Autónoma Vasca por medio del Real Decreto 895/2011, de 24 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de Función Pública Inspector de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 30 de junio).

modernización que ha experimentado la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social y que ha dado lugar a que sus actuaciones sean más extensas y profundas³.

Las novedades que introduce la Ley 23/2015 respecto de la norma de 1997 son, como se sabe, varias y de distinto alcance. Sin embargo, por razones de extensión, he decidido centrar este trabajo en el análisis de aquellos aspectos novedosos relacionados con la prevención de riesgos laborales y, fundamentalmente, en el que hace referencia a la nueva Escala de Seguridad y Salud, dentro del Cuerpo de los Subinspectores Laborales y a las funciones que la Ley 23/2015 les atribuye. Con ello, mi objetivo es determinar si la inclusión de esa Escala –que merece una valoración positiva por la relevancia que se da a la necesidad de actuar en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, con el fin último de que se garantice la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras– da lugar a un control más o menos uniforme de todas las normas que hay que cumplir en este ámbito o, si por el contrario, favorece de alguna manera que algún tipo de medidas, como las relativas a los riesgos de carácter psicosocial, o incluso los ergonómicos, queden sin control. Además, expondré el problema a que ello puede dar lugar desde el punto de vista de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

2. LA FUNCIÓN INSPECTORA

Corresponde a los/as funcionarios/as del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, así como a los/as funcionarios/as del Cuerpo de Subinspectores Laborales “*en los términos y con el alcance establecido en la presente ley*” (art. 3.1 Ley 23/2015), el desempeño de la función inspectora (arts. 3 y 12 Ley 23/2015). Esa función inspectora comprende las funciones principales de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, en determinados ámbitos; de asistencia técnica; y de conciliación, mediación y arbitraje (apartados 1, 2 y 3 del art. 12.3 Ley 23/2015, respectivamente).

Desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, son las funciones de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa y de asistencia técnica las que nos interesan y a ellas me voy a referir en primer lugar, en aras de una mejor comprensión de las cuestiones que se plantearán posteriormente.

2.1. Vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas

Las normas que son objeto de vigilancia y exigencia del cumplimiento se agrupan en torno a seis ámbitos⁴, entre los que se encuentra la prevención de riesgos laborales⁵. En ese sentido, serán objeto de vigilancia y exigencia del cumplimiento tanto las normas en materia de prevención de riesgos laborales⁶, como las normas jurídico-técnicas que

³ Tal y como señala el Preámbulo de la Ley 23/2015, en su apartado I.

⁴ Se contempla la posibilidad de ampliar el marco de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a “*cualesquiera otros ámbitos cuya vigilancia se encomiende legalmente*” (art. 12.1. g Ley 23/2015).

⁵ Los otros cinco ámbitos son: Sistema de relaciones laborales, Sistema de Seguridad Social, Empleo, Migraciones y Cooperativas y otras formas de economía social.

⁶ El art. 1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) establece cuáles son las normas que integran la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Así, señala que “*La normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales (...)*”

incidan en las condiciones de trabajo en dicha materia⁷ (art. 12.1.b 1º Ley 23/2015); lo cual no implica diferencia alguna respecto a la regulación anterior (art. 3.1.2 Ley 42/1997).

Sin embargo, en el art. 12.1.b Ley 23/2015, esto es, dentro del cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, se añade un segundo punto que, literalmente, hace referencia al: “*Ejercicio de las funciones de investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”. Se trata, como es visible, de un nuevo cometido, dentro de la más genérica función inspectora y no de la vigilancia del cumplimiento normativo. Por ello, entiendo que no debería haberse previsto dentro de las labores de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas, apartado 1 del art. 12 Ley 23/2015, sino como un nuevo apartado, en un nivel equivalente al apenas citado, a la asistencia técnica y a la conciliación, mediación y arbitraje. Aunque, al parecer, se ha seguido la técnica empleada en el art. 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), en el que se regulan las funciones que debe llevar a cabo la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para dar cumplimiento a la misión de “*vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales*” (art. 9.1 LPRL), funciones que van más allá de la vigilancia y control⁸.

Otro de los ámbitos que está sometido a la vigilancia y exigencia del cumplimiento es el denominado sistema de relaciones laborales, entre cuyas normas encontramos las relativas a la tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo. En este sentido, creo conveniente destacar la relación existente entre la prevención de riesgos laborales y algunas normas sobre igualdad de trato y oportunidades y no discriminación por razón de sexo. De esta forma, hay que recordar que determinadas situaciones como el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, además de constituir actos discriminatorios por razón de sexo⁹, son riesgos laborales de carácter psicosocial.

2.2. Asistencia técnica

Entre los cometidos comprendidos en la función inspectora, se encuentra también la de proporcionar información y asistencia técnica a las empresas, especialmente a las

o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito”.

⁷ En cuanto a lo que se debe entender como norma jurídico-técnica comparto la opinión de Muñoz Ruiz, según la cual las normas jurídico-técnicas son “*normas jurídicas no estrictamente laborales y que tienen incidencia en la prevención de riesgos laborales... normas de tipo industrial y que, insistimos, son normas jurídicas por cuanto emanan de poderes públicos con competencia normativa. Es el caso de los Reglamentos Industriales, de las Instrucciones Técnicas complementarias, etcétera*”. Ello significa que las normas técnicas que emanan de organismos privados de normalización (Normas UNE, ISO...) no son normas jurídicas y por tanto no son de obligado cumplimiento, MÚÑOZ RUIZ, A. B.: *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, págs. 310-311. Sobre esta cuestión, léase FERNÁNDEZ MARCOS, L.: “La aplicación de la normativa técnica no laboral en materia de prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 2001 (LA LEY 2617/2001).

⁸ Asesorar e informar a empresas y trabajadores, elaborar informes, informar a la Autoridad Laboral, comprobar y favorecer el cumplimiento de las obligaciones de los servicios de prevención y paralización de actividades en situación de riesgo grave e inminente.

⁹ Así lo establece el art. 7.3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI).

pequeñas y medianas, en el ejercicio de su función inspectora. Se trata de facilitar a la empresas “*un mejor cumplimiento de las disposiciones del orden social*” (art. 12.2 a) Ley 23/2015). Esta función se concreta en el art. 9.1 b) LPRL respecto al cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales y, además, se amplía a los/as trabajadores/as.

En ese sentido, entiendo que para poder cumplir de forma efectiva esa función de asesoramiento técnico, los/as funcionarios/as que integran el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y el Cuerpo de Subinspectores Laborales deben estar en posesión de la formación adecuada.

3. EL CUERPO DE SUBINSPECTORES LABORALES: LA ESCALA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

3.1. La especialización

Una de las novedades más destacables, en mi opinión, es la creación de dos Escalas dentro del nuevo Cuerpo de Subinspectores Laborales¹⁰, a las que se asigna la función inspectora en ámbitos diferenciados del orden social. Así, por un lado, tenemos la Escala de Empleo y Seguridad Social, en la que quedan integrados los antiguos Subinspectores de Empleo y Seguridad Social (Disposición Adicional 5ª Ley 23/2015) y, por otro lado, la Escala de Seguridad y Salud Laboral.

Es precisamente la creación de la Escala de Seguridad y Salud Laboral, cuyos miembros están facultados para actuar en materia de prevención de riesgos laborales, la que resulta especialmente novedosa. No cabe duda de que se trataba de una demanda antigua¹¹, de la que se hace eco de manera especial la *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo 2015-2020* cuando pone de manifiesto el importante papel que desempeña la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, junto con otros organismos de las Administraciones Públicas con competencias en seguridad y salud en el trabajo, en la prevención de riesgos laborales y que por esa razón requieren de una revalorización y puesta en valor, que debe ir acompañada de la transformación y adecuación de sus estructuras organizativas y funcionales¹². Así, la propia Estrategia considera que “*la potenciación del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante la adecuación de su estructura, organización y funcionamiento, mejorará la actuación inspectora conjugando la actividad preventiva con la reactiva*”¹³.

La necesidad de contar con personal especializado en materia de prevención de riesgos laborales viene avalada, además, por los datos de siniestralidad laboral de los últimos años. Según esos datos, si bien es cierto que desde 2006 hasta 2012 se produjo

¹⁰ En sustitución del anterior Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social.

¹¹ A finales de 2014, 25 provincias contaban ya con una unidad especializada para realizar las funciones de vigilancia de la normativa de prevención de riesgos laborales y algunas Comunidades Autónomas cuentan con Técnicos Habilitados para realizar actuaciones comprobatorias en materia preventiva, *Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2014*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2015 (disponible en http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2014_2.pdf), pág. 18.

¹² *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020*, INSHT, abril 2015, pág. 20.

¹³ *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020*, op. cit., pág. 20.

un descenso ininterrumpido de los índices de incidencia¹⁴ en todos los sectores de actividad, salvo en el Agrario; no lo es menos que a partir de 2013 se ha producido un aumento de esos índices y que esa tendencia se ha afianzado en 2014, con un aumento del 3,4% respecto del 2013¹⁵.

3.2. Las funciones de los/as Subinspectores/as Laborales pertenecientes a la Escala de Seguridad y Salud Laboral.

La Ley 23/2015 faculta a los/as subinspectores/as laborales de ambas escalas para desarrollar las funciones inspectoras (art. 12 Ley 23/2015) y ejercer las competencias que les atribuye el art. 14, “*bajo la dirección y supervisión técnica del Inspector de Trabajo y Seguridad Social*” (art. 14.1 Ley 23/2015). Ello supone otorgar mayor entidad y autonomía a las labores que van a realizar estos/as funcionarios/as, ya que en la regulación anterior sus funciones se definían exclusivamente como de “*apoyo, gestión y colaboración con los inspectores de Trabajo y Seguridad Social*” (art. 8 Ley 42/1997).

Si bien es cierto que el art. 14.2 Ley 23/2015 contempla alguna novedad respecto de la normativa anterior (art. 8 Ley 42/1997) en las materias sobre las que pueden actuar los/as Subinspectores/as pertenecientes a la Escala de Empleo y Seguridad Social¹⁶ –en los términos que se establezcan reglamentariamente–, no lo es menos que la novedad más importante la constituyen las actuaciones que se regulan para los/as Subinspectores/as que integran la Escala de Seguridad Salud Laboral y que están reguladas en el art. 14.3 Ley 23/2015.

La primera novedad a la que hay que hacer referencia es la relativa al hecho de que las funciones en materia de prevención de riesgos laborales han pasado de estar exclusivamente en manos de los/as funcionarios/as pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (art. 3 Ley 42/1997), a poder ser ejercidas por los/as Subinspectores/as Laborales pertenecientes a la Escala de Seguridad y Salud Laboral, creada al efecto, si bien es cierto que bajo la dirección y supervisión técnica del/a Inspector/a de Trabajo y Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan (art. 14.3 Ley 23/2015).

Otra novedad la encontramos en la ampliación y concreción que de esas funciones preventivas se ha producido: además de la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales y de las normas jurídico-técnicas que se contemplaba en la regulación anterior, ahora también se prevé la actuación inspectora en materia, por un lado, de información y asesoramiento a empresarios/as y trabajadores/as sobre la forma más efectiva de cumplimiento de la normativa de

¹⁴ “Este parámetro relaciona el número de accidentes que se produce en un periodo determinado (un año) con la población susceptible de padecerlos, expresándose por cada 100.000 trabajadores afiliados con la contingencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional cubierta”, DE LA ORDEN RIVERA, M^a V.; ZIMMERMANN VERDEJO, M.: Informe anual de accidentes de trabajo en España 2014, INSHT, Madrid, octubre 2015, pág. 4.

¹⁵ Datos extraídos de DE LA ORDEN RIVERA, M^a V.; ZIMMERMANN VERDEJO, M.: Informe anual de accidentes de trabajo en España 2014, op. cit., págs. 5-7.

¹⁶ Son dos las novedades principales: la inclusión de la comprobación de las normas relativas a la prohibición de la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años, por un lado, y la de la normas sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, por otro lado.

prevención de riesgos laborales¹⁷ y, por otro lado, de programas de actuación preventiva de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social derivados del análisis de siniestralidad laboral (art. 14.3, letras c) y d) Ley 23/2015, respectivamente).

No es mi intención hacer un estudio exhaustivo de todas las actuaciones que, dentro de la función inspectora, se pueden llevar a cabo en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Me voy a centrar, fundamentalmente, en el primero de los cometidos que prevé el art. 14.3 Ley 23/2015, es decir, en la comprobación del cumplimiento y control de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales (letra a) del precepto), porque es precisamente el planteamiento que de esta cuestión hace la Ley, junto con los requisitos formativos de acceso que deben reunir las personas que deseen acceder a la Escala de Seguridad y Salud Laboral, lo que me plantea serias dudas sobre la eficacia de la labor de los/as Subinspectores/as de la Escala de Seguridad y Salud Laboral de cara a vigilar y exigir el cumplimiento de las normas que tienen como objetivo garantizar la protección de la seguridad y salud de los/as trabajadores/as en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

3.2.1. El control de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales y los riesgos psicosociales

A los/as Subinspectores/as pertenecientes a la Escala de Seguridad y Salud Laboral les corresponde actuar en “*la comprobación del cumplimiento y control de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en los aspectos que afecten directamente a las condiciones materiales de trabajo*” (art. 14.3 a) Ley 23/2015). Es precisamente la referencia a las condiciones materiales de trabajo la que me plantea cierta inquietud, es decir, la que me hace dudar de que todos los tipos de riesgos laborales, todas las medidas para hacerlos frente y, por tanto, todas las normas de prevención de riesgos laborales vayan a recibir la misma atención o control por parte los/as Subinspectores/as.

Para poder contestar a esa cuestión, estimo oportuno dedicar unas líneas de este trabajo a intentar aclarar qué se considera condición material de trabajo y qué no, es decir, qué es una condición no material de trabajo.

En ese sentido, son varias las interpretaciones que podemos encontrar sobre lo que debe entenderse como condición material de trabajo.

La primera de las interpretaciones, la más restrictiva, identifica condición material de trabajo con las condiciones de seguridad que pueden dar lugar a accidentes de trabajo¹⁸, es decir, referida a los factores de riesgo que puedan producirse en los lugares de trabajo, instalaciones, máquinas, equipos...¹⁹ y que pueden dar lugar a “*un suceso*

¹⁷ Esta función de informar y asesorar a empresas y trabajadores/as sobre la mejor forma de cumplir con lo previsto por la normativa sobre prevención de riesgos laborales ya estaba recogida en el art. 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, por lo que, en realidad, no se trata de una nueva función.

¹⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.: *Función del mando intermedio en la prevención de riesgos laborales*, Logroño, Tutor Formación, 2015, pág. 58.

¹⁹ PIZARRO GARRIDO, N.; SÁNCHEZ RIVERO, J. M.; ENRÍQUEZ PALOMINO, A.; GONZÁLEZ BARRIGA, J. M.: *Seguridad en el Trabajo* (2ª edición), Madrid, Federación Confemetal, 2007, pág. 133; HERNÁNDEZ PATERNA, J.: *Manual de Seguridad y Salud en la Edificación. Obra industrial y civil*, Barcelona, JHP, 2005, pág. 4.

*anormal que se presenta de forma brusca e inesperada, normalmente evitable, interrumpe la continuidad del trabajo, puede causar o no lesiones a las personas y genera pérdida económicas*²⁰. Quienes utilizan este concepto estricto separan claramente las condiciones materiales del trabajo, de las condiciones ambientales, del diseño y exigencia de la tarea y de los aspectos organizativos. Todo ello me lleva a asociar esta interpretación estricta de condiciones materiales de trabajo con la Seguridad en el Trabajo, es decir, solo con una de las especialidades o ramas con las que cuenta la prevención de riesgos laborales en la actualidad²¹.

Una segunda interpretación es la que incluye dentro del concepto condición material de trabajo, además de las condiciones relativas a lugares de trabajo, instalaciones, equipos, herramientas..., las condiciones ambientales, es decir, las relacionadas con la presencia de agentes físicos, químicos o biológicos en el ambiente de trabajo. Según esta segunda opción, no serían condiciones materiales de trabajo, los aspectos organizativos del mismo²² o los aspectos relacionales²³.

Una tercera posibilidad consistiría en hacer una interpretación amplia y entender que dentro de las condiciones materiales de trabajo están incluidas todas a las que me he referido anteriormente, es decir, las condiciones de los lugares de trabajo, equipos y herramientas de trabajo..., las condiciones ambientales e, incluso los aspectos organizativos del trabajo. Sin embargo, de haber sido la pretensión de la Ley optar por esta interpretación, no habría sido necesaria la utilización del adjetivo “materiales” en el art. 14.3 a) Ley 23/2015, ni siquiera la concreción “*en los aspectos que afecten directamente a las condiciones materiales de trabajo*”; habría sido suficiente con la mención de la normativa de prevención de riesgos laborales. En este sentido, podría surgir la duda de la lectura del Preámbulo de la Ley 23/2015, en el que se indica que “*las funciones relativas a la comprobación de las condiciones materiales de trabajo u otras análogas en materia preventiva,...* , *podrán ser también desempeñadas por los Subinspectores...*”; sin embargo, creo que la expresión “*otras análogas en materia preventiva*” se está refiriendo a las funciones y no a las condiciones materiales de trabajo.

En ese sentido, el propio Consejo Económico y Social considera que es imprecisa la delimitación de las funciones de los Subinspectores/as “*por referencia a las condiciones materiales de trabajo, ya que una interpretación rígida de las mismas podría dejar fuera materias que forman parte de la prevención de riesgos laborales*”²⁴.

En mi opinión, es la segunda de las interpretaciones la que más se ajusta a lo que ha previsto la Ley 23/2015, sobre todo si tenemos en cuenta cómo define la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales las condiciones de trabajo. Así, condición de trabajo es “*cualquier característica del mismo que pueda tener una*

²⁰ Definición de accidente de trabajo que encontramos en BESTRATÉN, M. et altri: Seguridad en el Trabajo. Guía del monitor, INSHT, 1995, Capítulo I (www.insht.es).

²¹ Las otras tres son la Higiene Industrial, la Ergonomía y Psicología Aplicada y la Medicina del Trabajo.

²² MARTÍNEZ, M^a V.; LUCAS MARÍN, A.: *La construcción de las organizaciones: la cultura de la empresa*, Madrid, UNED, 2001, pág. 339.

²³ LLANEZA ÁLVAREZ, F. J.: *Ergonomía y Psicología Aplicada: manual para la formación del especialista*, 13^a edición, Valladolid, Lex Nova, 2009, pág. 370.

²⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Dictamen 4 sobre el Anteproyecto de Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social* (sesión ordinaria del Pleno de 25 de marzo de 2015), pág. 14.

influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador” (art. 4.7 LPRL). Ese mismo precepto contempla una serie de características que quedan específicamente incluidas dentro de esa definición y que pueden perfectamente agruparse en dos grupos: condiciones de trabajo materiales y condiciones de trabajo no materiales. Dentro de las condiciones de trabajo materiales tenemos las características de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo, la naturaleza de los agentes químicos, físicos y biológicos, sus correspondientes concentraciones, intensidades o niveles de presencia y los procedimientos para su utilización. Las condiciones de trabajo no materiales estarían constituidas por *“Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”* (art. 4.7 d) LPRL)²⁵.

Las características del trabajo relativas a su organización y ordenación, son lo que conocemos como factores psicosociales. Estos factores pueden favorecer o no el desarrollo de la actividad laboral y pueden ser positivos para la salud de los/as trabajadores/as o pueden ser negativos. Cuando esos factores psicosociales pueden ser perjudiciales para la salud, los denominamos factores de riesgo psicosocial, que pueden estar relacionados con el propio trabajo y las condiciones en las que se realiza (diseño de la tarea, carga y ritmo de trabajo, control sobre la tarea...); con las circunstancias que rodean al trabajador/a, sus características personales, sus capacidades y limitaciones para hacer frente al trabajo y la satisfacción de sus exigencias o necesidades (sobre- e infra-cualificación, incertidumbre sobre la carrera profesional, sobre la estabilidad en el empleo, remuneración escasa...); con los aspectos organizativos de la empresa (estructura jerarquizada rígida, cambios importantes en la organización...); o con el ámbito relacional existente en la empresa (interrelaciones personales, estructuras de poder...)²⁶.

Por otro lado, si atendemos a los requisitos formativos que la Ley 23/2015 exige, en su Disposición adicional quinta, para el ingreso en la Escala de Seguridad y Salud del Cuerpo de Subinspectores Laborales, podemos observar que las titulaciones universitarias requeridas –*“Graduado adscrito a la rama del conocimiento de las ciencias, ciencias de la salud o ingeniería y arquitectura”*– se ajustan a esa segunda interpretación, porque se trata de titulaciones de carácter científico y técnico, que hace de estas personas los/as profesionales más adecuados/as para comprobar el cumplimiento y control de la normativa preventiva en los aspectos que directamente afecten a las condiciones de trabajo relativas a lugares de trabajo, equipos de trabajo, herramientas, agentes físicos, químicos, biológicos... incluso, a la adecuación de la vigilancia de la salud –cuando procedan de la rama de ciencias de la salud–. Sin embargo, estos/as profesionales no son los más indicados/as o apropiados/as para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en cuanto a cuestiones relacionadas con los riesgos ergonómicos y/o psicosociales, es decir, con los aspectos que apenas acabo de mencionar.

²⁵ De esta opinión, GONZÁLEZ LABRADA, M.; VALLEJO DACOSTA, R.: “Las condiciones no materiales de trabajo y su incidencia en los poderes empresariales”, en *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Carl, 1996, pág. 190.

²⁶ LÓPEZ RUBIA, M. E.: *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs.289-292.

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es que los/as Subinspectores/as de esta Escala también tienen atribuida la función de información y asesoramiento a empresarios/as y trabajadores/as, “*con ocasión del ejercicio de su función inspectora, sobre la forma más efectiva de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales*” (art. 14.3 d) Ley 23/2015). Al hacer referencia la norma a que dicha función de información y asesoramiento se llevará a cabo “*con ocasión del ejercicio de su función inspectora*” y si entendemos que esa función inspectora se ha visto limitada a los aspectos que afectan directamente a las condiciones materiales de trabajo, lo cierto es que la información y el asesoramiento sobre la forma más efectiva de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales también se verá limitada, de forma que la información y el asesoramiento no alcanzará a otras cuestiones distintas a las relacionadas con las condiciones materiales de trabajo.

Llegados a este punto, cabría preguntarse si la Ley 23/2015 ha previsto que las cuestiones sobre prevención de riesgos laborales relativas a la Ergonomía y Psicología Aplicada sean objeto de control por parte de los/as Subinspectores/as Laborales de la Escala de Empleo y Seguridad Social o de los/as propios/as Inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social.

La respuesta en cuanto a los/as Subinspectores/as Laborales de la Escala de Empleo y Seguridad Social, es negativa, por cuanto que entre las funciones que se les han asignado (art. 14.2 Ley 23/2015) no encontramos ninguna referencia sobre el particular.

Respecto a los/as Inspectores/as, hay que recordar que son ellos/as los/as que tienen atribuidos, en primera instancia, todos los cometidos que forman parte de la función inspectora y que, consecuentemente, a ellos/as les corresponde la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos también en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en su totalidad, es decir, en todos los ámbitos que la componen. Por tanto, el control del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, en todos sus aspectos, en relación con todo tipo de riesgo, debería estar cubierto por la actuación de los/as Inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social.

Sin embargo, teniendo en cuenta que las funciones inspectoras pueden ser desarrolladas por los/as Subinspectores/as Laborales de la Escala de Seguridad y Salud Laboral, bajo la dirección y supervisión técnica del/a Inspector/a de Trabajo y Seguridad Social (art. 14.1 Ley 23/2015), habrá que esperar a ver cómo se organiza y coordina la actuación inspectora entre Inspectores/as y Subinspectores/as Laborales de la Escala de Seguridad y Salud Laboral en materia de prevención de riesgos laborales, para poder determinar si, en la práctica, todo lo relativo a los riesgos psicosociales recibe la misma atención y control que el resto de los riesgos laborales.

3.2.2. Las trabajadoras y el control de los riesgos psicosociales

En el supuesto de que los riesgos psicosociales y las medidas para combatirlos no reciban la misma atención que el resto de riesgos –mecánicos, físicos, químicos, biológicos y ergonómicos–, se me plantea un segundo problema, relacionado con la protección de la seguridad y salud en el trabajo de las trabajadoras.

Todavía hoy, una de las cuestiones que influye en la distinta exposición a los riesgos laborales entre hombres y mujeres es la segregación que se produce en el empleo.

Aunque sigue aumentando la presencia de mujeres en todos los sectores de actividad, todavía existe la segregación horizontal, es decir como la segregación por sectores de actividad²⁷. Como consecuencia de esa segregación, las mujeres están presentes, sobre todo, en el sector servicios, en el que realizan trabajos que conllevan contacto con las personas y, por tanto, mayor carga emocional, y trabajos que son monótonos y repetitivos. Además, hay que tener en cuenta que las mujeres ocupan los puestos de trabajo más bajos del escalafón, que sigue existiendo la segregación vertical. Ello supone, por ejemplo, que en muchos casos las mujeres estén ocupando los puestos de menor cualificación, aunque tengan cualificación superior; que tengan menos autonomía o control a la hora de realizar el trabajo; o que sigan teniendo mayores dificultades para promocionarse.

Por todas esas razones, las mujeres están más expuestas a riesgos derivados de los factores psicosociales del trabajo, en definitiva, a los riesgos psicosociales.

A todo ello hay que añadir por un lado, el hecho de que son las trabajadoras las principales víctimas del acoso sexual y el acoso por razón de sexo —riesgos psicosociales—, desde el mismo momento en el que se incorporan al mercado laboral; y, por otro lado, que la primera medida que se prevé cuando la evaluación de riesgos laborales ha puesto de manifiesto la existencia de riesgos para la trabajadora embarazada, el feto o el/la lactante, es precisamente la adaptación de las condiciones y del tiempo de trabajo (art. 26.1 LPRL), condición esta última, por lo menos, no material.

Si con la nueva regulación contenida en la Ley 23/2015 la atención al control y exigencia del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, en lo que a los riesgos psicosociales se refiere, va a ser escasa o nula, no me parece descabellado afirmar que, una vez más, serán las mujeres trabajadoras quienes se vean perjudicadas y discriminadas en la protección de su seguridad y salud en el trabajo.

Por otro lado, no podemos olvidar que las cuestiones de desigualdad entre mujeres y hombres en materia de prevención de riesgos están indudablemente asociadas a la desigualdad que existe en el mercado laboral y en la propia sociedad²⁸. Por esa razón, entiendo que las políticas preventivas para la consecución de la igualdad en materia de prevención de riesgos laborales, es decir, para la consecución de un mismo nivel de protección de la seguridad y salud en el trabajo para mujeres y hombres, deben ir de la mano de las políticas en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres. Y en este sentido, poco ayuda el hecho de que la función inspectora de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas en materia de tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo (art. 12.1 a) 3.º Ley 23/2015) haya quedado, de forma exclusiva, en manos de los/as Inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social.

²⁷ Al parecer la segregación, lejos de disminuir, va en aumento, EUROPEAN RISK OBSERVATORY: *New risks and trends in the safety and health of women at work*, Luxembourg, European Agency for Safety and Health at Work, 2013, págs. 17 y 22.

²⁸ Sociedad en la que persisten los roles de género y en la que las mujeres siguen asumiendo mayoritariamente las obligaciones familiares.

4. CONCLUSIONES

A tenor de lo previsto por la Ley 23/2015 sobre las actuaciones que en materia preventiva pueden desempeñar los/as Subinspectores/as Laborales de la Escala de Seguridad y Salud Laboral y, mientras no se apruebe la norma que desarrolle reglamentariamente esa Ley, entiendo que no todos los ámbitos preventivos van a recibir la misma atención cuando se trate de la comprobación del cumplimiento y control de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales. Así, en el ejercicio de ese cometido, se tendrán en cuenta los aspectos que afecten a las condiciones relativas a la Seguridad en el Trabajo y la Higiene Industrial, y tal vez, parte de las condiciones relativas a la Ergonomía, pero quedarán fuera del control de la actuación inspectora de los/as Subinspectores/as todos los aspectos psicosociales del trabajo, que dan lugar a los riesgos psicosociales, cuyo análisis, evaluación y control forma parte de la denominada Psicología Aplicada.

En ese mismo sentido, la función de información y asesoramiento a empresarios/as y trabajadores/as sobre la forma más efectiva de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos también se puede ver limitada en cuanto a los riesgos psicosociales.

Si los aspectos psicosociales del trabajo que pueden dar lugar a riesgos psicosociales quedan fuera del ámbito de actuación de los/as Subinspectores/as Laborales de la Escala de Seguridad y Salud Laboral, el problema que se plantea es doble, porque al ser las trabajadoras las que mayoritariamente están expuestas a los riesgos psicosociales y a los riesgos ergonómicos relacionados con los trabajos monótonos y repetitivos, el riesgo de que no reciban la misma protección de su seguridad y salud es real. Por tanto, junto con la discriminación que ya padecen en el ámbito laboral –en el acceso al empleo, en el mantenimiento del mismo, en las condiciones de trabajo...–, ahora se añade una más, la discriminación en materia de prevención de riesgos laborales que, si bien no es una cuestión nueva²⁹, en este caso puede ser propiciada por una ley, la Ley 23/2015, que ha superado el análisis de impacto de género³⁰ y que además prevé que “*se garantiza la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante una aplicación homogénea de la normativa del orden social*” (art. 20.2 Ley 23/2015).

En mi humilde opinión, la solución a los problemas que plantea la redacción del art. 14.3 a) Ley 23/2015 puede darse por tres vías, si bien como se dirá a continuación, sólo dos de ellas –las primeras– me parecen factibles. La primera sería vía desarrollo reglamentario, en el que se clarifique esta cuestión. La segunda consistiría en una adecuada organización de la actuación inspectora, de forma que aquellos cometidos sobre prevención de riesgos laborales que no puedan ser asumidos por los/as Subinspectores/as Laborales de la Escala de Seguridad y Salud Laboral, los asuman los/as Inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social. Y, por último, cabría la posibilidad de que, en virtud de lo establecido por el art. 14.3 e) Ley 23/2015, los/as responsables de la unidad, grupo o equipo a la que estén adscritos/as los/as Subinspectores/as, les

²⁹ Véase LÓPEZ RUBIA, M. E.: *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 87-155.

³⁰ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Dictamen 4 sobre el Anteproyecto de Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social* (sesión ordinaria del Pleno de 25 de marzo de 2015), pág. 1.

asignasen, concretamente, la función de comprobación del cumplimiento y control de la aplicación de la normativa de riesgos laborales en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Tal y como he afirmado con anterioridad, aunque esta última posibilidad fuera posible, estimo que no sería la más adecuada, no solo porque parece entrar en conflicto con lo expresamente establecido en la letra a) del mismo precepto, sino porque, como ya he señalado anteriormente, la formación universitaria que se requiere para el acceso a la Escala de Seguridad y Salud Laboral, no parece la más indicada para llevar a cabo esa actuación inspectora.

PANEL IV. INNOVACIÓN DOCENTE Y PROMOCIÓN PROFESIONAL

Capítulo XXXII. Auge y caída del Plan Bolonia

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla*

Resumen

Partiendo de la necesidad de concretar la idea de calidad de la enseñanza-aprendizaje universitario desde la perspectiva de los estudiantes como usuarios de un servicio, en este trabajo se critica como falso el planteamiento de que la aplicación del Plan Bolonia incide positivamente en la calidad de la enseñanza universitaria, al menos en lo relativo a la implicación de los profesores que desarrollan proyectos de innovación docente, en no pocas ocasiones, para rellenar apartados en una aplicación informática de promoción universitaria. Esta lectura crítica se apoya en el análisis de diversos datos estadísticos recientemente publicados y en la necesidad de cambiar la cultura de la resignación por la de la excelencia, de manera que la formación universitaria sirva para impulsar el talento de los estudiantes a fin de que éstos puedan sacar lo mejor de ellos mismos durante su proceso formativo y que esa experiencia sea significativa para el resto de sus vidas.

1. EL MODELO BOLONIA: MÁS DE QUINCE AÑOS DE ENSAYO SOCIOLÓGICO

El modelo Bolonia, proceso iniciado con la Declaración de Bolonia (1999) y cuya última conferencia ministerial se ha celebrado en Ereván (Armenia) el 14 y 15 de mayo de 2015¹ y cuya documentación más relevante en español –aunque anticuada²– y más reciente en inglés³, está a disposición pública, es un tema de incesante actualidad en nuestro país. En esta ocasión, el debate parece centrado, de una parte en la reforma del Ministerio de Educación que implanta los grados en tres años –frente a los actuales de cuatro años– y cuya implementación se decidió retrasar a 2017 por la Conferencia de rectores españoles (CRUE). La nueva fórmula –objeto de una fuerte contestación social– no está exenta de interrogantes: ¿3+2? ¿3+1+1? ¿4+1? ¿En qué carreras es necesario? ¿Cuál va a ser su impacto económico, en la calidad y el mercado laboral?⁴ La segunda razón que motiva la actualidad del modelo Bolonia se refiere a la “recurrente” calidad de la labor docente y a los nuevos procesos de acreditación del profesorado universitario. En concreto, el 11 de diciembre de 2015, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 112/2015 por el que se aprueba el estatuto de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA)⁵ que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2016, previendo un breve periodo transitorio para los solicitantes de

¹ En 2018 Francia organizará la próxima Conferencia Ministerial.

² <http://www.eees.es/es/documentacion> Visitado el 12/12/2015.

³ <http://www.ehea.info> Visitado el 12/12/2015.

⁴ <http://www.eees.es/es/documentacion-noticias/masteres-nuevos-reinos-de-taifas> Visitado el 12/12/2015.

⁵ BOE nº 302 de 18 de Diciembre de 2015, págs. 119063 y ss.

acreditación que hubieran introducido su solicitud antes del 31 de diciembre, que serían evaluado conforme al Real Decreto 1312/2007.

Ambas cuestiones –flexibilización del sistema universitario y cambios en el proceso de acreditación del profesorado– se conectan con el modelo Bolonia en la idea –subyacente a ambas actuaciones– de que todo esto se hace con el fin de mejorar la calidad de la enseñanza superior en España y de adaptar la Universidad –especialmente la Universidad pública– a las nuevas exigencias del mercado en consonancia con un proceso de convergencia europea –el Espacio Europeo de Educación Superior– que persigue un mismo fin.

Para poder valorar el alcance real de estas medidas que directamente nos afectan como profesores universitarios, debemos partir de una situación de facto: hoy día, quince años después de su creación, el plan Bolonia es una experiencia sociológica única en Europa –la adhesión al mismo se hace de manera voluntaria y aunque auspiciadas desde la Unión Europea, incluye en la actualidad a 47 Estados (recuérdese que la Unión Europea cuenta sólo con 28)–, que se enmarca en un contexto a escala global representado desde antes de 1999 y hasta la fecha en la labor de la UNESCO sobre una educación para el Siglo XXI⁶, y que pese al tiempo transcurrido desde su inicio –quince años– no está exenta de polémica, contando con firmes defensores y detractores.

Entre las razones en contra y a favor de Bolonia esgrimidas por los docentes⁷, pueden citarse las siguientes:

En contra:

- El escaso empleo de los mecanismos de movilidad por los Estudiantes en Europa (becas erasmus+).
- La reducción de los estudios universitarios a tres años (dos años y medio) para el caso de un alumno erasmus parece insuficiente para asimilar conocimientos universitarios.
- La búsqueda de la homogeneización de estudios va en contra de la libertad de cátedra.
- Los amarillentos apuntes han sido sustituidos por postmodernas transparencias de “power point” y la docencia no requiere de investigación previa, sobre todo si se trata de universidades jóvenes y pequeñas.

⁶ Recientemente, el pasado 4 de Noviembre de 2015, los representantes de los Estados Miembros de la UNESCO adoptaron la Nueva Agenda Global para la Educación en el Siglo XXI con un marcado énfasis en los objetivos del desarrollo sostenible, la justicia social y el respeto por la vida y dignidad humana. Además de en la página de la UNESCO (www.unesco.org) puede encontrarse información de interés sobre la cumbre de París en la web de Education International (http://www.ei-ie.org/en/news/news_details/3780)

⁷ El 10 de mayo de 2008, Federico Fernández-Crehuet, publicaba un artículo en el diario Ideal.es manifestando hasta diez razones en contra de Bolonia (<http://www.ideal.es/granada/prensa/20080518/opinion/razones-favor-bolonia-20080510.html>), siendo contestado cinco días después en ese mismo periódico por José Miguel Zugaldía Espinar e Inmaculada Ramos Tapia (<http://www.ideal.es/granada/prensa/20080518/opinion/razones-favor-bolonia-20080518.html>) Fecha de visita 12/12/2015.

- Cada vez más la financiación de las universidades públicas se lleva a cabo con fondos privados y son las empresas privadas las que establecen los criterios de calidad de éstas.
- En este sistema de Bolonia, en conclusión, se potencia un mercado de doble circulación de alumnos: los más favorecidos –la minoría– que habrán accedido a universidades “de prestigio” y el resto –la mayoría– integrada por un cuerpo de diplomados medios formados en universidades carentes de recursos para la investigación y formación de postgrado como las primeras.

A favor de Bolonia, por el contrario, encontramos entre otras razones las siguientes:

- La movilidad de estudiantes es sólo un elemento más para mejorar la calidad y fortalecer la dimensión europea de la enseñanza superior y debe verse como medida de éxito del modelo Bolonia.
- El modelo Bolonia busca evitar que las Universidades sigan siendo fábricas de parados o de profesionales sub-empleados) mediante un proceso de convergencia de los estudios superiores para que éstos sean comparables y compatibles facilitando la movilidad de titulados por toda Europa.
- No se va en contra de la libertad de cátedra cuando se trata de homogeneizar estructuras, unidades de medida de las cargas lectivas y los criterios de medición de la calidad de la docencia.
- El modelo Bolonia no disuelve el nexo inversión pública-investigación pública pero en un proceso de continua renovación que les obliga a una mejora de la calidad de los servicios que prestan en cuestión de docencia, investigación y cultura, las universidades públicas deben tomar en consideración la opinión de las empresas privadas sin que esto suponga “venderse a éstas”.

Ahora bien, ¿qué suponía Bolonia en su planteamiento original para los docentes? La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de Diciembre, de Universidades modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, señalaba en su Exposición de motivos número I, párrafo 7º, cuál ha de ser la función de la Universidad española en el siglo XXI:

“La nueva sociedad demanda profesionales con el elevado nivel cultural, científico y técnico que sólo la enseñanza universitaria es capaz de proporcionar. La sociedad exige, además, una formación permanente a lo largo de la vida, no solo en el orden macroeconómico y estructural sino también como modo de autorrealización personal. Una sociedad que persigue conseguir el acceso masivo a la información necesita personas capaces de convertirla en conocimiento mediante su ordenación, elaboración e interpretación.”⁸

⁸ Igualmente, en su artículo 1º se especifica que: “La Universidad realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio. 1. Son funciones de la Universidad al servicio de la sociedad: a) la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura. b) La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística. c) La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de (...)”

Del párrafo reproducido resulta evidente que en el contexto de la educación superior en España con el llamado “proceso Bolonia”, la transformación de la información en conocimiento se concebía como una de las claves del reto al que se enfrentan los docentes universitarios. Para ser de calidad su docencia, en consecuencia, los profesores universitarios debían prestar atención a las destrezas necesarias para que los alumnos pudieran por sí mismos –que no por sí solos– saber dónde y cómo obtener cualquier información necesaria para sus estudios o su futuro desarrollo profesional, además de ser capaz de transformar dicha información en conocimiento. Esto planteó la necesidad de trabajar con las nuevas metodologías docentes y el énfasis en desarrollar proyectos de innovación docente en este sentido.

2. LA CALIDAD COMO PIEDRA FILOSOFAL QUE CONVERTIRÁ LOS DEFECTOS DE LA UNIVERSIDAD EN VIRTUDES, COMO EL PLOMO EN ORO.

Innovación docente y promoción universitaria son dos cuestiones que presentan como nexo de unión la idea de calidad, partiendo de dos premisas: la primera es que sólo se promocionarán los docentes universitarios mejor cualificados. La segunda premisa es que los docentes promocionados han desarrollado proyectos de innovación docentes en las aulas (al menos, deben haber rellenado una casilla en este sentido en su solicitud de acreditación ante la ANECA).

La pregunta relevante (y el verdadero eje de conexión entre estos dos conceptos) en relación con la calidad es, sin embargo, otra: ¿de qué calidad estamos hablando? ¿Cómo medir ésta sin abordar previamente su definición?

Si releemos los postulados primigenios del modelo Bolonia y nos fijamos en su apuesta por el aprendizaje basado en competencias que le van a ser de utilidad en su futuro profesional, al facilitarle un aprendizaje continuado a lo largo de su vida –esta apuesta siendo a costa de sacrificar las tendencias pedagógicas conductistas clásicas–, no es de extrañar el entusiasmo con que fue recibido entre la comunidad educativa. Lo defendido en Bolonia no era *stricto sensu* una novedad, sino coincidente con los *enfoques cognitivos* que fueron tomados como referencia por el sistema educativo español a partir de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de *Ordenación General del Sistema Educativo* (L.O.G.S.E.)⁹, sustituyendo entonces a los *enfoques conductistas* clásicos en los que el alumno era considerado como recipiente pasivo de las asociaciones, los condicionamientos, los refuerzos, de la estructuración y programación, etc.¹⁰ Como señalé en 1998 con ocasión de una comunicación presentada a las *Primeras Jornadas Andaluzas de Calidad en la Enseñanza Universitaria*¹¹, los principios generales de los *enfoques cognitivos*, muy sucintamente expuestos, serían los siguientes:

la vida y del desarrollo económico. La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.”

⁹ B.O.E. nº 258, de 4 de octubre.

¹⁰ LINAZA IGLESIAS, J. I., “Cambios en la concepción de la educación”, LAPORTA, F. J., *La Enseñanza del Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pág. 107.

¹¹ GARCÍA SAN JOSÉ, D., “Algunas reflexiones sobre el enfoque cognitivo en clases prácticas de Derecho Internacional Público en la Universidad de Sevilla.” *Revista de Enseñanza Universitaria*, Núm. Extraordinario 1998, pp. 236-237.

1. El proceso de enseñanza-aprendizaje está condicionado por la edad del alumno. A cada edad corresponde una forma de organización mental que se traduce en unas determinadas posibilidades de razonamiento y de aprendizaje a partir de la experiencia.
2. El resultado del nuevo aprendizaje está igualmente condicionado por los conocimientos previos pertinentes que los alumnos utilizan como instrumento de interpretación. El contraste de lo que los alumnos ya conocen con la nueva información aportada, supone el “conflicto cognitivo”. La extrañeza de los alumnos ante los nuevos conocimientos actúa de estímulo para modificar los esquemas estructurales del conocimiento, revisando, ampliando y enriqueciendo su comprensión de la realidad.
3. El docente debe combinar la capacidad que los alumnos poseen para aprender por sí solos (fruto de los dos factores anteriores) con aquella adquirida gracias a la ayuda de otras personas.
4. Hay que asegurarse que el aprendizaje programado sea significativo, no repetitivo, en el sentido de que los contenidos que se adquieran sean necesarios y útiles para llevar a cabo otros aprendizajes y para resolver situaciones nuevas que puedan plantearse.
5. Para que el aprendizaje sea significativo es preciso contar con una actitud favorable por parte de los alumnos para aprender, para lo cual –como defienden las Teorías humanistas del aprendizaje– es fundamental buscar su motivación.
6. Sólo a través de la motivación, los alumnos desarrollarán una intensa actividad, estableciendo relaciones entre lo que aprenden con lo que ya saben. De ello se desprende que la memoria ha de ser comprensiva y no repetitiva. Lejos de ser un acto mecánico, ha de ser la base a partir de la cual se aborden nuevos aprendizajes.
7. Si la modificación de los esquemas de conocimiento de los alumnos es el objetivo de la educación, la función del docente ha de ser, ante todo, enseñar a aprender, dando mayor peso a la adquisición de estrategias cognitivas que a la mera repetición en un examen de una serie de datos¹².

Lo que cambiaba de aquellos principios presentes en la L.O.G.S.E. y se presenta como novedad era que por primera vez “se juntaba el hambre con las ganas de comer”. En otros términos, en la Unión Europea (verdadera impulsora de esta reforma en la Educación Superior) era más fácil para un fontanero trabajar en otro Estado que para un titulado superior, dada la disparidad de contenidos entre las distintas titulaciones cursadas en los Estados miembros de la Unión. Se trataba de un problema real que requería una respuesta urgente por cuanto suponía una verdadera obstaculización a la liberalización de un factor productivo –el capital humano– en el seno de la Unión, tanto

¹² Para conocer en detalle cómo funciona el aprendizaje significativo a partir del conflicto cognitivo puede verse, entre otros: BACAICOA GANUZA, F., *Conflicto cognitivo y aprendizaje*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998.

en forma de trabajadores asalariados como en forma de trabajadores autónomos con o sin desplazamiento en otro Estado distinto del suyo.

La iniciativa de las mal llamadas becas erasmus –a la luz de su insignificante cuantía económica que las asemeja más a un subsidio que a una beca– no lograba alterar la situación descrita pues para los estudiantes europeos que se beneficiaban de la posibilidad de estudiar un semestre o incluso un año en el extranjero regresaban a sus universidades de origen sin un programa de seguimiento sobre la experiencia vivida y relativo a cómo podría incidir en su mejor inserción laboral en el mercado una vez terminados sus estudios. Era y sigue siendo algo sorprendente, semejante a la experiencia que viviría, por ejemplo, un joven africano de un país en desarrollo al que se le beca un año para estudiar en una universidad anglosajona de primer nivel, tras lo cual se le retorna sin más a su país, con la misma realidad que dejó meses atrás. Aquel paréntesis en su formación no le habilita automáticamente para encontrar un mejor futuro en otros países sin la homologación previa de su título o en el mejor de los casos, sus nuevas cualidades adquiridas tras su paso por una Universidad “del Primer Mundo” podrán o no ser apreciadas por sus posible empleadores en su país de origen si no logra salir del mismo.

En resumen, a fin de dar satisfacción a una necesidad del mercado (facilitar la reducción de costes mediante un incremento de la oferta de uno de los factores productivos –el capital humano–), se puso en marcha a finales de los años noventa un proceso de reforma de la enseñanza superior en Europa, el conocido como Espacio Europeo de Educación Europea, en el que a día de hoy participan con carácter voluntario cerca de cincuenta Estados, esto es, casi el doble del número de Estados Miembros de la Unión Europea.

España es uno de estos países. Con más ilusión que medios (el mantra español ha sido y sigue siendo “a coste cero”) se fomentó desde las autoridades nacionales y autonómicas un cambio de mentalidad pedagógica en los centros de enseñanza superior de nuestro país aprovechando, en mi opinión, dos circunstancias coyunturales:

- La existencia de un elevado porcentaje de profesorado joven (menor de 35 años) que, en principio se evidenciaba más receptivo a la nueva cultura pedagógica del modelo Bolonia que “sus maestros”, formados aquéllos en el viejo sistema.
- La precariedad –en la mayoría de los casos– de ese profesorado joven que les hacía más vulnerables a un mensaje –implícito al principio, explícito después– según el cual, sin adaptación al nuevo modelo (fundamentalmente a través de proyectos de innovación docente) sería muy difícil la promoción en sus carreras universitarias.

A esta situación coyuntural hay que añadir otro dato de especial gravedad, de nuevo bajo mi opinión: nunca antes se había llegado a un grado de politización de la Universidad Española como el alcanzado en los años 90, de modo que el número de universidades públicas creadas en nuestro país por los Gobiernos autonómicos con independencia de su color político, en el ejercicio de sus competencias en materia de educación, sólo parecía ser superado por el afán constructor de autopistas y aeropuertos de dudosa utilidad bajo la ratio coste/beneficio.

En un mundo globalizado como el que vivimos desde los años 90, se hizo más evidente que antes que la ley milenaria de la oferta y la demanda, comenzaba a dejar “sin futuro laboral” a un elevado porcentaje de titulados universitarios españoles. La crisis económica cerró bruscamente las expectativas de inserción laboral –desde antes de que manifestara sus más nefastos efectos a comienzos del 2000– a una generación de estudiantes que estaban culminando sus estudios universitarios.

De igual manera que es más fácil despedir a un árbitro que a los jugadores de un equipo de fútbol cuando los resultados no acompañan, se encontró preferible responsabilizar del excesivo número de titulados que no encontraban hueco en el mercado laboral con su título bajo el brazo. La generación mejor preparada de la Historia no estaba siendo preparada adecuadamente para el mundo laboral, es decir, de una manera que demandaba el mercado: “centrando su formación en competencias más que en recursos nemotécnicos.” “¿De qué sirve memorizar datos que están accesibles a golpe de ratón?” “Hay que trabajar las competencias que les permitan adquirir nuevos conocimientos a lo largo de su vida,” son algunas de las frases repetidas en multitud de seminarios celebrados en los primeros años de este Milenio. En estos años no recuerdo que el énfasis se pusiera en la escasa calidad de la formación preuniversitaria de los estudiantes –de lo cual es fiel testimonio su elevado índice de faltas de ortografías– ni en el hecho de que el número de estudiantes en algunas carreras de Universidades españolas fuera muy elevado, excediendo la cantidad de plazas que la sociedad española –y europea– demandaba. Una cantidad de plazas ofertadas que contraviene la ley de la oferta y la demanda, y que conlleva la elección para la reducida oferta de puestos de trabajo a los mejores de entre los posibles candidatos.

Nada induce a creer que esta situación haya cambiado en los últimos años y, lo que es peor, nada hace pensar que los propios estudiantes sean conscientes de la magnitud del problema al que se enfrentan. Se trata de jóvenes que escogen sus estudios atendiendo a criterios emotivos más que racionales y que no tiene dificultad –gracias al apoyo económico de sus familias– en emplear algunos años más de los previstos en completar sus estudios de Grado o de Postgrado.

Según una reciente encuesta elaborada por la Comunidad Universia –Trabajando.com España¹³ el 52% de los universitarios españoles sigue eligiendo sus estudios por vocación (las otras razones: cercanía con el hogar familiar 38% y prestigio de la universidad 24%). Igualmente interesante es el dato arrojado por este estudio en cuanto a la fuente de financiación de los estudios universitarios en España: el 51% sigue basando su formación universitaria en los ingresos familiares frente a sólo un 1% que solicita un crédito bancario (el resto, un 27% cuenta con algún tipo de beca y un 21% dispone de recursos propios). En otro reciente estudio se destacaba que el 75% de los universitarios españoles cree que el 2016 será un mejor año a nivel laboral y hasta un 70% espera lograr insertarse en el mercado laboral y conseguir un buen sueldo en su empleo¹⁴. Sorprenden estos datos por su incongruencia con otro dato arrojado en esa misma encuesta: el 82% de los españoles está considerando abandonar España para buscar trabajo.

¹³ <http://noticias.universia.es/educacion/noticia/2015/09/11/1131049/52-espanoles-elige-estudios-vocacion.html> Visitado el 12/12/2015.

¹⁴ <http://buscarempleo.republica.com/formacion/el-75-de-universitarios-espanoles-cree-que-el-2016-sera-un-mejor-ano-laboral.html> Visitado el 12/12/2015.

Las cifras de titulados universitarios en paro o desempeñando tareas para las que no se precisan los estudios realizados, en España o en otros países europeos (el clásico ejemplo del titulado empleado en un McDonald en Londres) se atribuía con frecuencia a que su formación no había sido buena (“su paso por la Universidad no les ha servido para nada”). En ese discurso establecido en la sociedad, el profesorado universitario era el “entrenador” al que atribuir los malos resultados del “equipo universitario” y para ser sinceros, nosotros hemos sido responsables de ser el eslabón más débil de la cadena, y por ello, el primero en romperse: ningún otro cuerpo de la Administración del Estado o de la Administración Autonómica está tan desunido como el nuestro, sin conciencia de colectivo profesional, como el profesorado universitario. No sólo está sometido a la distinción entre funcionarios y no funcionarios, sino además, cada uno de estos dos grupos conteniendo sus propios “primeros y segundos espadas”: Catedráticos, Profesores Titulares, de Universidad y de Escuelas Universitarias, Profesores Asociados, Ayudantes, Sustitutos, Contratados, Ramón y Cajal, Becarios con o sin grado de Doctor. No es de extrañar que sólo recientemente se haya manifestado la conciencia de colectivo, si bien, aún de manera fragmentaria: los “anecables”, los “asociados que quieren dedicarse de pleno a la Universidad”, los “Ramón y Cajal retornados”, etc.

Frente a otros cuerpos de la Administración (jueces, fiscales, notarios, registradores, etc.) en los que no se aprecia esta diferenciación, los profesores de Universidad se encuentran sometidos, además, a un interminable proceso de continuas evaluaciones sobre su actividad profesional que abarca las tres áreas de su interés: la docencia, la investigación y la gestión.

En un contexto como el que acabo de describir y con el que se podrá estar en acuerdo o en desacuerdo, las cuestiones claves sigue siendo las planteadas al comienzo de estas páginas: ¿de qué calidad estamos hablando? ¿Cómo podremos cuantificar ésta, al medir los esfuerzos de innovación docente y su peso en los procedimientos de promoción universitaria, si no partimos de una definición de la calidad en el contexto de la Educación Superior? ¿Cómo valorar, entonces, positivamente los planes de flexibilización del sistema universitario con Grados de tres años?.

La calidad en la Educación Superior es medida con frecuencia a través de “rankings” como el de Shanghái o el del MIT. Los autores que defienden ese modelo de excelencia para comparar la calidad de los estudios ofertados por distintas universidades de todo el mundo se encuentran en frente con el discurso de sus detractores, centrados en la función social de la Universidad y en la defensa de otros criterios –más allá de los estrictamente economicistas– como sería la repercusión que para una sociedad suponen tener una población bien formada con estudios superiores. Estos autores se fijan en el derecho a la salud cual aparece recogido en los principales instrumentos internacionales: en ellos se reconoce el derecho a disfrutar del mayor estándar posible de salud (en una determinada sociedad, en función de las posibilidades económicas del momento), de manera que este derecho estaría garantizado en un sistema público de salud como el español, en un sistema de copago como el de Francia, o en otro como el estadounidense que sólo cuanta con un mínimo asistencial con financiación pública para las urgencias de personas sin recursos económicos.

En mi opinión ambos planteamientos son criticables como maniqueos desde posiciones maximalistas pero, sobre todo, porque descuidan preguntarse: ¿quién es el verdadero cliente de la Universidad? Creo que no son las empresas ni la sociedad en

general sino los propios estudiantes universitarios. Son ellos los que acuden a formarse en las aulas con el fin de acceder más tarde a una condiciones laborales mejores que las que podrían tener en caso de no haber pasado por la Universidad. Si esto es así, y yo así lo creo, la rentabilidad de los estudios universitarios debería ser medida desde y para sus usuarios. Ahora bien, éstos deben ser conscientes de que están empleando un servicio –en gran medida subvencionado con fondos públicos– cuya calidad están en relación directa con el precio pagado a cambio del mismo. Nadie cuestiona que el ancho de los asientos de avión en clase business sea mayor que la del resto de asientos, siempre que el precio de uno y otro lo justifique. Sin embargo, en mis años de docencia y de conversación con mis sucesivos alumnos, he percibido su incompreensión frente a este hecho y he escuchado sus quejas de falta de calidad de sus estudios en Derecho. ¿Cómo pueden pretender que una Universidad pública como la de Sevilla, cuya matrícula es ridículamente inferior para el alumno con respecto a otra privada, como por ejemplo la Loyola también en Sevilla, tengan índices similares de calidad entendida ésta como proponemos desde estas páginas, como rentabilidad de sus estudios en orden a encontrar un trabajo bien remunerado acorde a su preparación? A mayor abundamiento, en un excelente trabajo de investigación recién publicado en España sobre la enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos, los Profesores Martínez Girón y Arufe Varela desvelan que, por paradójico que pueda resultar, nadie discute en los Estados Unidos que estudiar Derecho deba resultar caro¹⁵. No resulta sorprendente, en consecuencia, que en el listado de las mejores Facultades de Derecho norteamericanas –según la ABA (Asociación Americana de la Abogacía)– el 41% de ellas sean públicas¹⁶, desmintiendo así, el falso mito de que lo privado tiene mayor calidad que lo público y poniendo de manifiesto que a similar inversión económica, los resultados en términos de calidad no difieren de una universidad pública a otra privada.

3. EL DOCENTE FRENTE A LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR: NECESARIA INNOVACIÓN PERO INSUFICIENTE PARA CAMBIAR LAS COSAS

Una vez concretada la idea de calidad en el contexto universitario desde la perspectiva de los usuarios del servicio, esto es, los estudiante que se titulan al finalizar su paso por la aulas, la idea que defendemos ahora es que la calidad de la educación superior no viene de la mano del Plan Bolonia a pesar de que se haga pivotar desde finales de los 90 en la idea de que la innovación docente es el motor de cambio para una universidad de calidad en el Siglo XXI. La calidad implica, por el contrario, la necesidad de adoptar una perspectiva amplia y concreta simultáneamente a pesar de que con ello entremos en un debate políticamente incorrecto.

Desde la perspectiva amplia a la calidad en el contexto universitario, diversas cuestiones pueden plantearse al menos para un debate sosegado con relación a su incidencia directa o indirecta en una mejora de la calidad. Salvo error por mi parte no me consta que se haya llevado a cabo con carácter riguroso dicho debate sobre todas o algunas de las ocho principales cuestiones que, en mi opinión, afectan a la calidad de la enseñanza universitaria:

¹⁵ MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *La enseñanza del derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos*, Atelier, 2015, Barcelona, pág. 172.

¹⁶ MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *La enseñanza del derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos*, Op. cit., pág. 169.

- La eventual unificación del cuerpo de profesores universitarios en dos únicos grupos: funcionarios y laborales.
- La reducción del número de estudiantes universitarios que se permite matricular cada año, por ejemplo, estableciendo cupos para las carreras más saturadas.
- Elevación de las tasas universitarias reduciendo progresivamente el carácter subvencionado de este servicio al mismo tiempo que se asegure –con una partida real e intocable en los presupuestos nacional y autonómico– un sistema público de becas basado en el expediente académico de aquellos que deseen acceder a la Universidad y carezcan de los recursos económicos suficientes.
- Liberalización a los docentes universitarios de todas las tareas administrativas que en la actualidad hacen y que se incrementan año tras año de manera inexorable, centrando su actividad sólo en el doble eje: docencia e investigación.
- Creación de un servicio externo a la propia Universidad que asesore a los estudiantes antes del comienzo de sus estudios sobre cuál sería la mejor carrera a estudiar en función de sus circunstancias personales y del mercado laboral en el que aspira a integrarse. Este mismo servicio sería el encargado de ayudar a los titulados universitarios en su búsqueda de su primer empleo al finalizar sus estudios debiendo hacer públicos los porcentajes de colocación de titulados por universidades.
- Revisión obligatoria de los planes de estudio ofertados por las Universidades con carácter periódico (por ejemplo, cada diez años) para ajustar la utilidad real de la oferta académica a las exigencias de la sociedad asegurando así una mayor posibilidad de inserción laboral de los titulados. A título de ejemplo, parece increíble –pero es un dato real– que en ninguna de las siete titulaciones oficiales que en Grado oferta la Facultad de Derecho de Sevilla se dé una sola asignatura en inglés a pesar de la relevancia que tiene el conocer esta lengua para los juristas europeos en nuestros días.
- Sometimiento de las Universidades Públicas a estándares contrastados de calidad (como la normativa ISO) que abarquen todos los componentes que hacen posible la Universidad: personal PDI, personal PAS, estudiantes, gestores, proveedores. De manera especial, debe medirse conforme a criterios objetivos de eficacia la gestión de los responsables políticos universitarios: Directores de Departamentos, Decanatos y Rectorado a fin de generalizar la cultura de la rendición de cuentas como paso previo e imprescindible para la calidad en la educación superior.

La octava y última cuestión afecta específicamente a la innovación docente y al modelo de enseñanza-aprendizaje que en el contexto del Plan Bolonia –pero al margen del mismo o, incluso, pese al mismo– debería desarrollarse en una Universidad de Calidad en el Siglo XXI.

En mi opinión, la innovación docente debe centrarse en impulsar el talento de los estudiantes a fin de que puedan sacar lo mejor de ellos mismos durante su proceso

formativo (presencial, semipresencial o a distancia) y que esa experiencia sea significativa para el resto de sus vidas¹⁷. Esto puede hacerse desde el primer día de clase cambiando el enfoque de su presencia en la Universidad: del ¿por qué estudio esta carrera? Al ¿para qué estoy estudiando en esta Universidad esta carrera? Este planteamiento parte de un revulsivo previo en los propios estudiantes: desmitificación de que son la generación mejor preparada de la Historia y la aceptación de sus limitaciones y carencias, en un mundo altamente competitivo, como paso previo al abandono de la cultura de la resignación (“esto es lo que hay”, “la situación está muy mal para todos”, “al finalizar mis estudios intentaré trabajar de lo que sea...”) y la apuesta decidida por la excelencia (“me he preparado para ser de los mejores y voy a luchar para que la sociedad así me lo reconozca”).

Este arriesgado enfoque de la innovación docente exige que se tome mucho más en serio de lo que ha venido siendo hasta ahora mediante una regulación que someta a evaluación previa y posterior las distintas iniciativas de innovación docente que potencien el talento de los estudiantes, de una forma más seria que las típicas memorias que –cumplido el trámite administrativo de su presentación formal en plazo–, nadie que tenga una capacidad real de evaluar los objetivos, la metodología y los resultados alcanzados, llega a leer.

El principal obstáculo a esta propuesta es el coste económico que supondría prever reales incentivos económicos a los docentes que se implicaran en desarrollar verdaderos proyectos de innovación docente y asumir el coste de los servicios de evaluación de dicha innovación, preferentemente externos a la Universidad cuyo Plan de innovación docente va a ser evaluado. La Comisión Sectorial de I+D+i de la CRUE publicó en junio de 2015 los resultados de la “Encuesta de Investigación y Transferencia de Conocimiento correspondientes al bienio 2012-2013”¹⁸. De especial relevancia es el dato relativo a la incidencia de la crisis económica sobre la financiación de las universidades públicas: en sólo cuatro años, desde 2010 –se indica en el informe de la CRUE– “las Universidades han perdido un 28% de lo que venían obteniendo en financiación pública. La disminución de la financiación en ese periodo se ha notado especialmente en los proyectos de investigación competitiva (-38%), que es la partida más importante, y en las ayudas a las infraestructuras (-66%). Por el contrario, las ayudas a los recursos humanos, que retrocedieron en 2011 y 2012 han recuperado el nivel de 2010. De nuevo todo se reduce a la clásica cuestión de si queremos viajar en avión en primera o en segunda clase. La elección es nuestra pero si optamos por la tarifa económica, seamos consecuentes y no nos pasemos todo el trayecto quejándonos de la estrechez de nuestros asientos.

¹⁷ Coincido con el planteamiento del Profesor Wagner cuando sostiene que un estudiante debe aprender a pensar de manera crítica y que, en este sentido, el buen profesor se asemeja a un instructor que instruye a los alumnos para alcanzar sus mejores resultados. Sobre la esencia de sus ideas pedagógicas puede verse la reciente entrevista de 17/12/2015 disponible en internet: <http://one.elmundo.es/que-educacion-necesitan-nuestros-hijos-para-afrontar-el-futuro?> Visitado el 17/12/2015

¹⁸ Cfr. http://www.crue.org/Documents/Informe%20Encuesta%20ITC%20RedOTRI_2012y2013.pdf Visitado el 12/12/2015.

Resumen

Desde que en 2010 se produjera la implantación definitiva de los grados en los planes de estudio universitarios españoles, adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), se ha producido una sustancial redefinición de los contenidos de las asignaturas, que se han visto condensados ante la necesidad de adecuarse al diseño minimalista de los grados. En este sentido, un paradigma del efecto que la reforma auspiciada desde el Plan Bolonia ha producido en el diseño clásico de los estudios superiores nos lo proporcionan los grados en Derecho, en los que han sido simplificadas (si no prácticamente erradicadas) las materias de naturaleza propedéutica. En el presente estudio se realiza un análisis crítico sobre la realidad actual en la que se encuentran esas disciplinas jurídicas básicas –pero centrales en la formación del futuro jurista– y se proponen algunas soluciones alternativas en las que sea posible combinar los objetivos del EEES con los fundamentos y los fines de la enseñanza del Derecho.

1. MISIÓN DE LA UNIVERSIDAD EN EL SIGLO XXI

Antes de entrar a valorar el fondo del asunto planteado en el siguiente epígrafe: la justificación de la presencia de materias propedéuticas en la enseñanza del Derecho, sería oportuno que aclarásemos una doble cuestión: ¿qué modelo de Universidad pretendemos seguir y cuál sería la función que le correspondería desempeñar a ésta en la sociedad contemporánea? En realidad, no se trata de una pregunta original, sino de una cuestión clásica, tradicional y recurrente que suele plantearse cada vez que se abre un proceso de reforma universitaria. Por ello, sería un hecho engañoso concluir que estos tiempos de cambio en los planes de estudio y en la política universitaria en los que nos hallamos inmersos suponen de algún modo una auténtica revolución o una novedad. La universidad, como institución de enseñanza superior, se ha encontrado históricamente en un proceso de crisis episódica –sino permanente– desde el siglo XIX hasta nuestros días. Este cambio (nombre que proviene también del término griego *κρίσις*) ha de estimarse como inevitable y necesario si no se desea perpetuar un modelo obsoleto e impermeable de universidad que sea ajeno a la propia dinámica de evolutiva de la sociedad moderna.

En 1930 nuestra Universidad también se hallaba inmersa en un ambiente de reforma no muy diferente al de ahora, con modelos académicos de referencia parecidos (fundamentalmente el anglosajón y el alemán); ese mismo año el filósofo español José Ortega y Gasset publicaba un ensayo cuyo título era bastante significativo: *Misión de la Universidad*. A juicio del pensador madrileño, la enseñanza universitaria aparece integrada por estos tres factores:

1. Transmisión de la cultura
2. Enseñanza de las profesiones intelectuales.
3. Investigación científica y preparación de los futuros investigadores

En relación con la transmisión de la cultura, advertía Ortega del riesgo científicista, que consiste en confundir ciencia y cultura, porque, si bien es cierto que la primera forma parte de la segunda, en puridad no son la misma cosa. En efecto, la ciencia *forma parte* de la cultura, pero en modo alguno *es* la cultura, un concepto más amplio y complejo. Por cultura entiende Ortega “el sistema de ideas vivas que cada tiempo posee”, o dicho en otras palabras, “el sistema de ideas desde las cuales el tiempo vive”. Por el contrario, la ciencia es para él “sólo investigación: plantearse problemas, trabajar en resolverlos y llegar a una solución”.

Enseñar y aprender una ciencia no es lo mismo que usarla ni aplicarla, por lo que tampoco es preciso que el profesor encargado de enseñar una asignatura científica sea necesariamente un científico. Porque, según este pensador, la ciencia es creación, mientras que la docencia universitaria entraña una acción pedagógica que se propone transmitir esa creación a través de la enseñanza. Por eso, frente al talento integrador del profesor universitario, que es un profesional de la cultura, Ortega opone el alto grado de especialización del saber científico que posee el investigador que pasa la vida entre las cuatro paredes de un laboratorio. Por consiguiente, concluye Ortega, la Universidad debería intervenir en la vida pública ejerciendo un “poder espiritual” y un papel crítico que en la actualidad, como antaño, está exclusivamente en manos de la Prensa, y para ello debe tratar los grandes temas de nuestro tiempo desde su propia triple perspectiva cultural, profesional y científica (pero no científicista)¹.

Por lo que se refiere a la Universidad española del siglo XXI, plenamente integrada en el proceso de armonización europea de las enseñanzas universitarias (dentro del EEES), la cuestión capital sigue planteándose en términos similares a los de hace un siglo, esto es, decidir si la Universidad debe asumir la enseñanza y la investigación de todos los campos del conocimiento del nivel superior que requiere el buen funcionamiento de una sociedad avanzada o si, por el contrario, existe un determinado tipo de conocimiento propio de la institución universitaria que ésta deba cultivar y transmitir de manera exclusiva².

Históricamente se ha distinguido entre el saber en sí mismo, que consiste en tener un conocimiento amplio de la realidad además de una cultura general, y que es el saber que se adquiere en las universidades clásicas, y el saber de las enseñanzas tecnológicas o aplicadas, que es el que corresponde a las universidades politécnicas. Sin embargo, en los últimos tiempos se percibe una tendencia cada vez mayor por parte de las universidades de corte tradicional a adaptarse a las exigencias del mercado de trabajo, por lo que también ellas han creado sus propias escuelas de ingeniería y, consiguientemente, han ido aumentando y diversificando su oferta de estudios aplicados, tanto en las facultades de ciencias –donde el número de matriculaciones de alumnos en Facultades de ciencias puras (Física, Química o Matemáticas) ha ido decreciendo a medida que subía el número de estudiantes inscritos en las diversas ramas de la Ingeniería–, como en las facultades de ciencias sociales, en las que, por ejemplo, la Economía General ha ido perdiendo alumnos cada curso académico, mientras que el grado de Administración de Empresas los ha ido ganando gradualmente. En la actualidad la imbricación entre Universidad y Empresa ha llegado a tal extremo que, por

¹ <http://www.esi2.us.es/~fabio/mision.pdf>

² PALAO TABOADA, C., “La enseñanza del Derecho en la Universidad: presente y futuro”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, nº 6, 2002, p. 131.

ejemplo en el caso de los Másteres, ambas instancias han pasado a competir tanto en la oferta de títulos de especialización como en la demanda de profesorado de prestigio.

Las Facultades de Derecho no son una excepción, de hecho han ido adaptando sus planes de estudios no solo a las exigencias homogeneizadoras del EEES, sino también se les demanda que oferten grados que acrediten conocimientos requeridos por el mercado de trabajo. En este sentido, puede comprobarse como la labor de formación de profesionales asumida hasta ahora por las universidades va cediendo cada vez mayor espacio a la tarea de especialización del estudiante que se complementa, a su vez, con la adquisición de experiencia a través del desarrollo de prácticas en las empresas. En última instancia, como se ha observado oportunamente, este giro tecnocrático-mercantilista de la enseñanza universitaria genera un lucrativo negocio que tiene como últimas beneficiarias de la transferencia de conocimiento a las empresas privadas. Obviamente, esta pérdida de la original misión universitaria va en detrimento de la calidad de la enseñanza recibida en las universidades, muchas de las cuales –como ha denunciado Arnd Morkel– se han convertido poco menos que en escuelas técnicas de grado medio (*Fachhochschule*)³.

2. PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LAS MATERIAS PROPEDÉUTICAS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Es evidente que las universidades españolas, en general, y las Facultades de Derecho, en particular, no pueden ser una excepción y quedar al margen del proceso de convergencia e internacionalización, ni permanecer indiferentes ante las exigencias de calidad y competencia que caracterizan al sistema europeo de estudios universitarios que se concreta en el Proceso de Bolonia. Sin embargo, el hecho de que el diseño de los nuevos planes de estudios de Derecho esté tan condicionado por la necesidad de atender a los aspectos más prácticos o profesionales impuestos por el mercado de trabajo, las constantes reformas legislativas y las novedades jurisprudenciales, conlleva indefectiblemente un cierto riesgo de dejar desatendidos aspectos esenciales de la enseñanza jurídica que son exclusivos de la carrera de Derecho y que la diferencian de otro tipo de enseñanza impartida por otras instituciones periféricas a la Universidad –como los centros de formación de funcionarios (Escuela Judicial, Escuela Nacional de Administración Pública) o las academias que preparan a sus alumnos para la práctica profesional–⁴.

Precisamente, la transmisión de la cultura jurídica, la enseñanza y la reflexión en torno a los aspectos esenciales del Derecho, y la formación integral de los juristas son los objetivos principales que persiguen las ciencias jurídicas básicas (también conocidas como ciencias propedéuticas): la Teoría y la Filosofía del Derecho, el Derecho Romano, la Historia del Derecho, principalmente. Etimológicamente, el término ‘propedéutica’ proviene del griego πρό (*pro*), que significa ‘antes’, y παιδευτικός (*paideutikós*), ‘referente a la enseñanza’, cuya raíz, παιδός (*paidós*), significa ‘niño’. En consonancia con su origen etimológico, el *Diccionario de la Real Academia Española* define este nombre, en su segunda acepción, como “enseñanza preparatoria para el estudio de una disciplina”⁵. Así pues, en el proceso de aprendizaje de cualquier materia, la

³ MORKEL, A., *Die Universität muss sich wehren*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2000, pp. 17 y ss.

⁴ PALAO TABOADA, C., “La enseñanza del Derecho en la Universidad: presente y futuro”, cit., p. 133.

⁵ <http://dle.rae.es/?id=UNPqWxg>

propedéutica se sitúa en una etapa anterior a la metodología (conocimiento de los procedimientos y técnicas necesarios para investigar en un área científica). La propedéutica, parafraseando a Wilhelm Dilthey, no forma parte exclusivamente de las ciencias naturales (*Naturwissenschaften*), sino también de las ciencias sociales y jurídicas –a las que este filósofo alemán se refería como ciencias humanas o ‘ciencias del espíritu’ (*Geisteswissenschaften*)–⁶.

En mi opinión, para que los estudiantes de Derecho puedan disfrutar de una enseñanza de calidad, los planes de estudios jurídicos deberían conciliar, como *conditio sine qua non*, las materias propias de las ciencias jurídicas aplicadas (dirigidas a la práctica profesional) con las ciencias jurídicas básicas o propedéuticas. Parece razonable pensar que las ciencias propedéuticas, por su carácter introductorio al mundo del Derecho, deban estar más presentes en el primer ciclo de la carrera, en tanto que las ciencias jurídicas aplicadas se justifican mejor en el segundo ciclo de la misma; ahora bien, una cosa es defender la mayor justificación de una y otra clase de ciencias del Derecho en una determinada fase de la carrera, y otra bien distinta es pretender la total exclusividad de una de ellas y el confinamiento (cuando no directamente la extinción) de la otra.

Como es sabido, en las últimas reformas de los planes de estudio de las Facultades de Derecho, la mayor parte de las asignaturas pertenecientes a las ciencias propedéuticas se comprimen en los dos cuatrimestres del primer curso del grado en Derecho, compartiendo este reducido espacio de tiempo con asignaturas de Derecho positivo; mientras que ya en el segundo y el tercer año del grado las materias de las ciencias jurídicas aplicadas junto a las asignaturas de Derecho positivo ocupan –prácticamente en su totalidad– el plan docente de la carrera, sin dejar espacio ni a las asignaturas formativas en cultura jurídica, ni a las materias que invitan a entender, reflexionar y razonar en torno al Derecho (por ejemplo, la oratoria, la metodología, la argumentación y la interpretación jurídica). Este es, *grosso modo*, el sombrío panorama actual de las disciplinas propedéuticas. En el siguiente epígrafe trataré de justificar la continuidad de estas materias en los planes de estudios de Derecho.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS MATERIAS PROPEDEÚTICAS Y EL FUTURO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

En un estudio relativamente reciente sobre la teoría y la práctica en la enseñanza del Derecho, su autor, Juan Antonio Pérez Lledó, ha señalado algunos de los males de los que adolece actualmente la enseñanza del Derecho en España, entre otros: 1. Su condición excesivamente memorística, ajena al razonamiento crítico y a la comprensión de sus contenidos (fundamentalmente conceptos e instituciones jurídicas y una legislación hipertrofiada que resulta imposible abarcar por su naturaleza cambiante); 2. Su fraccionamiento en ramas o celdas de conocimiento excesivamente incomunicadas entre sí; 3. Su visión fragmentaria y formalista de la realidad jurídica; 4. Su carácter intermedio (separador de la teoría y de la práctica del Derecho)⁷.

⁶ DILTHEY, D., *Gesammelte Schriften. Band I, Einleitung in die Geisteswissenschaften*, B. G. Teubner Verlagsgesellschaft/Vandenhoeck&Ruprecht, Stuttgart/Göttingen, 1883/1962.

⁷ PÉREZ LLEDÓ, J. A., “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”, *Academia. Revista de Enseñanza del Derecho*, nº 9, 2007, pp. 87-106.

Las propuestas realizadas por este autor en aras del remedio de algunos de estos males parten de un postulado clave: “la enseñanza del Derecho debe encaminarse, principalmente, a la formación de buenos profesionales del Derecho”⁸. Por “buen profesional” –aclara Pérez Lledó– debe entenderse un jurista técnicamente competente que, además, está política y moralmente bien orientado. A este respecto, propone una enseñanza integradora de buenos profesionales articulada en tres niveles complementarios (teórico, práctico y axiológico) que se dirigirían a una triple finalidad: cognoscitiva (enseñanza de conocimientos), práctica (capacitación argumentativa) y crítica (educación en fines y valores)⁹.

La propuesta de Pérez Lledó me parece digna de ser tenida en cuenta, tanto por su vocación integradora, como por su visión omnicomprensiva y pluridimensional del Derecho como objeto de estudio. En efecto, la experiencia jurídica, forma parte de la experiencia humana y se halla compuesta por tres dimensiones unidas por vínculos indisolubles, es decir, planos que interactúan entre sí mediante una relación de reciprocidad. Estos tres rasgos constitutivos del Derecho, que se encuentran y se agotan en el horizonte tridimensional de la experiencia jurídica, son concretamente: la norma, el hecho y el valor¹⁰.

La dimensión normativa, fáctica y axiológica del Derecho debe ser tenida en cuenta tanto en la teoría como en la praxis del Derecho, y en la formación de los profesionales del Derecho para que los juristas no se conviertan en meros leguleyos que se limitan a memorizar datos legislativos y jurisprudenciales sin ningún sentido crítico, ejerciendo y aplicando el Derecho de manera mecanicista, desde una percepción del mismo acultural y deshumanizada. De ahí la necesidad de combinar en los planes de estudios los tres niveles teórico, práctico y axiológico apuntados por Pérez Lledó.

A este propósito contribuyen decisivamente las asignaturas propedéuticas, pues tienen la virtud, precisamente, de actuar como vasos comunicantes o puente de unión entre el saber cultural y el saber técnico-profesional, por lo que contribuyen necesariamente a formar profesionales del Derecho que, además de desenvolverse bien en el manejo de la técnica jurídica y en el conocimiento de las fuentes del Derecho, son además conscientes del fin social del ordenamiento jurídico y de los valores superiores que lo inspiran e informan en su acontecer cotidiano.

⁸ Ibid., p. 107.

⁹ Ibid., p. 108.

¹⁰ REALE, M., *Lições Preliminares de Direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, pp. 64-67.

Capítulo XXXIV. Limitaciones del contexto y prioridades de aprendizaje en la organización de juicios simulados como herramienta docente*

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO
Profesor Contratado Doctor (Titular Acreditado)
Universidad de Cádiz

Resumen

Esta publicación de innovación docente se refiere a las actividades de “simulación de juicios” aplicadas a las enseñanzas jurídicas en general y al área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en particular. Partiendo de las enormes potencialidades pedagógicas de la actividad (puestas de manifiesto en la bibliografía), se reflexiona sobre cómo las distintas limitaciones que puede imponer el contexto (infraestructura, número de alumnos, tiempo disponible, conocimientos previos, etc.) pueden limitar estas potencialidades, obligando al profesor a poner énfasis en determinados aspectos en detrimento de otros. Para ilustrar esto, se exponen tres actividades concretas de simulación de juicios y una de simulación de mediación, en las que se tomaron distintas opciones para adaptarse a contextos de limitaciones y preferencias diversas

1. LOS JUICIOS SIMULADOS COMO HERRAMIENTA DOCENTE

A los efectos de este trabajo denominaremos “juicio simulado” a la actividad docente consistente en la representación ficticia de un acto de juicio con propósitos de aprendizaje. En el ámbito cultural anglosajón, donde esta herramienta se utiliza muy intensamente desde hace siglos¹, se distingue entre el juicio simulado en sentido estricto (*mock trial*) y la “asamblea judicial” (*Moot Court*), que consiste en un concurso de argumentación jurídica donde normalmente no se pone tanto énfasis en los aspectos procesales como en el análisis jurídico del caso a tratar y en las técnicas de oratoria².

El valor de los juicios simulados como herramienta pedagógica no se agota en las enseñanzas jurídicas. En efecto, estas actividades se han utilizado exitosamente en otras áreas como instrumentos para desarrollar competencias relacionadas con el debate, la argumentación y el pensamiento crítico o para profundizar en diversos conocimientos o actitudes cívicas³.

* Esta publicación de innovación docente se enmarca en el Proyecto de Innovación Docente de la Universidad de Cádiz, “Simulación de actos de mediación y juicio como herramienta pedagógica en el Máster de Mediación y el Grado en Relaciones Laborales”.

¹ A título ilustrativo, se describen las prácticas de *Moot Court* en una prestigiosa escuela legal norteamericana a finales del siglo XVIII en MELHORN, D. F. J., “Moot Court Exercise: Debating Judicial Review Prior to Marbury v. Madison, A”, *Constitutional Commentary*, vol. 12, 1995, pp. 327-354.

² Sobre el modo de organización de los *moot court*, poniendo énfasis en los eventos de carácter internacional, Vid. NEIRA LÓPEZ, A., “Los Moot Court”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15, 2007, pp 267-281. En este trabajo se pone de manifiesto que esta actividad no está extendida en España. En cualquier caso, se relata una experiencia concreta de participación de un equipo español en un *moot court* internacional en FANEGO OTERO, J. D.; GARCÍA ALONSO, B.; MORENO LÓPEZ, P.; PÉREZ RODRÍGUEZ, D.; SERRANO DE HARO SÁNCHEZ, A., “OMC, Universidad Autónoma y la práctica de los Moot Courts”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 20, pp. 185-193, 2009.

³ Así, por ejemplo, en el área de Didáctica de la Universidad de Cádiz, se ha llevado a cabo una experiencia consistente en someter a juicio (una parodia de juicio penal) una actividad de innovación docente real. En este procedimiento, los alumnos desarrollaban diferentes papeles (acusación, (...)

De cualquier modo, los beneficios potenciales de la simulación de juicios se multiplican en las enseñanzas relativas a materias jurídicas. En primer lugar, este ejercicio permite poner en práctica⁴ los conocimientos del alumno en Derecho Procesal y en diversas disciplinas de derecho sustantivo (que podrían combinarse en un mismo caso si es necesario). En segundo lugar, esta actividad es idónea para trabajar diversas competencias⁵ relacionadas con la argumentación oral o escrita en juicio: invención de los argumentos, disposición de estos, precisión y claridad en la exposición, técnicas de comunicación y lenguaje no verbal, estrategias procesales, etc. En tercer lugar, la simulación de juicios proporciona una cierta familiaridad con determinados códigos que se utilizan en el ámbito judicial: expresiones y fórmulas utilizadas en los escritos procesales o en sala, organización del tiempo en fases, distribución del espacio (por ejemplo, determinación de dónde se sientan las partes), etc. En cuarto lugar, permite fortalecer diversas actitudes relevantes para la práctica profesional, tanto desde una perspectiva competitiva (estrategias de confrontación) como desde una óptica cooperativa (trabajo en equipo e incluso negociación).

Por último, estos conocimientos, competencias y actitudes se trabajan en un contexto que estimula la participación y la motivación de los alumnos. Normalmente, el interés de los estudiantes en este tipo de actividades es muy elevado, por más que al mismo tiempo les produzcan una cierta intranquilidad. La superación de esta contradicción constituye un importante estímulo para la autoestima y seguridad en sí mismos de los alumnos.

Ahora bien, el hecho de que la simulación de juicios sea una actividad tan provechosa y tan completa implica un riesgo de que el docente pretenda abarcar al mismo tiempo todas estas posibilidades, sin tomar conciencia de las limitaciones de todo tipo impuestas por la realidad. En la práctica, el diseño de una actividad de simulación de juicios exige tomar una serie de decisiones que implican poner énfasis en determinados conocimientos, competencias o actitudes en detrimento de otros, tomando en consideración los aspectos que se pretende potenciar en función del contexto en el que cada actividad se enmarca. Así, por ejemplo, es necesario determinar si la dinámica es cooperativa o competitiva, si los participantes tienen que improvisar o pueden atenerse a un guion preestablecido elaborado por ellos, si los alumnos asumen siempre el papel de partes o pueden representar otros roles (juez, testigo, perito...), si los casos deben ser reales o hipotéticos⁶, etc.

defensa, testigos, medios de comunicación, etc.), Vid. FERNÁNDEZ NAVAS, M.; ALCARAZ SALARICHE, N., "Guías para el juicio: Una actividad de pensamiento crítico", publicado en abierto en el Repositorio Rodín: <http://rodin.uca.es:80/xmlui/handle/10498/17204> [último acceso 20-11-2015]. En Estados Unidos existen también experiencias de simulación de juicios dirigidas a estudiantes de secundaria para transmitir valores ciudadanos y practicar determinadas competencias; en este sentido, Vid. COVER, M.; MARCUS, S., *Manual for Mock Trial*, Classroom Law Project, 2009, en <http://www.classroomlaw.org/> [último acceso, 24-11-2015].

⁴ NEIRA LÓPEZ, A., *Op. Cit.*, p. 14 destaca de los *Moot Court* el hecho de que respondan a una visión práctica del Derecho.

⁵ Poniendo énfasis en la utilidad de esta metodología para aprender competencias necesarias para el ejercicio profesional, Vid. ZÚÑIGA, O.; SAN CRISTÓBAL, S., "Evaluación de conocimientos en las asignaturas de derecho procesal civil y derecho mercantil a través de juicio simulado", REDU: Revista de Docencia Universitaria, vol. 8, n.º2, 2010, p 200-201.

⁶ URATH M., M., "La metodología de los juicios simulados como una herramienta eficaz para la enseñanza del Derecho", Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, vol. 11, n.º21, 2013, p. 126.

A la hora de tomar estas decisiones es muy importante asumir las limitaciones del contexto académico en el que la actividad de simulación se desarrolla. Este trabajo es una reflexión sobre el modo en el que cada actividad debe adaptarse a estos límites. Para ello se analizarán cuatro casos concretos procedentes de la auto-observación de la experiencia del autor en varias titulaciones. Tres de estos casos son de simulación de juicios y uno es de simulación de actos de mediación que, aunque no se refiere directamente a la materia objeto de este trabajo, puede proporcionar algunas pautas de interés para programar simulaciones de juicios o experiencias más complejas que abarquen diversos modos de resolver conflictos.

2. PRINCIPALES LIMITACIONES

Infraestructura

La actividad de simulación de juicios requiere de un lugar apropiado, en el que pueda recrearse la distribución del espacio de las salas de los juzgados. A menudo las aulas normales de clase no reúnen las condiciones necesarias para cumplir esta función, aunque en algunos casos podrían prepararse previamente para la actividad (por ejemplo, situando dos pupitres en posiciones de demandante y demandado). En cualquier caso, el aula normal en el que los alumnos tienen sus clases regulares es un espacio del que los alumnos ya se han apropiado simbólicamente, lo que no facilita que se asuman roles totalmente distintos de los habituales.

Todas las experiencias que se detallan en el punto siguiente tuvieron lugar en una sala-seminario de la Facultad de Ciencias del Trabajo de la UCA, concebida para actividades prácticas diversas. El aula se preparó con antelación emulando la sala de un juzgado (mesa para el juez y, en su caso, el secretario, mesas para las partes, sillas para el público). Es interesante destacar que estas simples modificaciones del espacio a menudo provocaban reacciones de sorpresa de los alumnos cuando entraban en el aula y facilitaban la creación de una cierta atmósfera. En algunos casos, los alumnos aportaban voluntariamente elementos que contribuían a este ambiente general (como unas “puñetas” para el juez o una fotografía del Rey); estos pequeños detalles cargan la actividad de emociones positivas, lo cual facilita la interiorización de los contenidos de aprendizaje. Por supuesto, cabe plantearse la posibilidad de que las simulaciones se produzcan en una sala de juicios real en lugar de en un escenario ficticio, aunque esto no se ha producido en las experiencias que se relatan.

Más allá de las necesidades de espacio, este tipo de actividades no tienen grandes necesidades de infraestructura. Ciertamente, resulta muy oportuno contar con algún espacio virtual que permita la organización del evento on line, pero eso actualmente es bastante sencillo, tanto con medios de la Universidad (plataformas virtuales) como incluso utilizando servicios de acceso libre como googledrive, que, como se verá, ha tenido un papel importante en la organización previa de la mayoría de las actividades que se describen.

Número de alumnos

Uno de los problemas más importantes que pueden plantearse a la hora de organizar simulaciones de juicios es que el número de alumnos resulte muy elevado. Esta dificultad se planteará de manera muy frecuente en asignaturas troncales u obligatorias

de títulos de Grado, pero también puede aparecer en menor medida en asignaturas optativas, cursos de Máster, otros títulos de Postgrado o cursos de verano.

Para afrontar este problema pueden adoptarse diversas medidas: a) ampliar el número de sesiones, lo que puede chocar con las limitaciones de tiempo que se mencionan más adelante; b) multiplicar los roles a desempeñar, incluyendo quizás algunos de menor relevancia, lo que implicaría aceptar distintos niveles de protagonismo entre los alumnos; c) establecer “grupos de trabajo” y responsabilidad colectiva por los resultados⁷ o d) hacer que la actividad se perciba como “voluntaria” –aunque pueda tener un reflejo en la calificación–, de modo que su efecto se restrinja a los alumnos que demuestren algún interés. Lógicamente, cada una de estas opciones presenta ventajas e inconvenientes, que es preciso ponderar en cada caso concreto en función de las prioridades de aprendizaje.

Límites de tiempo

Los problemas relativos al elevado número de alumnos se relacionan con las limitaciones de tiempo, especialmente en los casos en los que la actividad de simulación se inserta en el programa de una asignatura. Idealmente, resulta interesante que todos los alumnos puedan desempeñar papeles significativos (lo que normalmente exigirá varios juicios), que los asuntos se estudien íntegramente –es decir, que se analicen en profundidad desde el punto de vista del derecho sustantivo, del derecho procesal y de la estrategia– y que exista una retroalimentación o revisión previa, de modo que pueda aprenderse de los errores.

En la práctica, esto exigiría un número considerable de sesiones de clase, además de una inversión de tiempo de estudio muy importante. Esto es difícil de conseguir en una asignatura troncal u obligatoria de Grado de tipo convencional, donde hay otros objetivos que cumplir que no estarían cubiertos por la actividad. En estos casos es preferible plantear la actividad de manera modesta, (seleccionando los aspectos que se pretende priorizar), a intentar abarcar todos los conocimientos y competencias posibles al mismo tiempo. Por supuesto, existen otros espacios, como cursos de postgrado, cursos de verano, asignaturas de prácticas, actividades extracurriculares o planteamientos alternativos al Trabajo de Fin de Grado, en donde las limitaciones de tiempo serán menos importantes, aunque lógicamente, siempre habrán de ser tomadas en consideración.

Déficits de conocimientos previos o de desarrollo de competencias

La actividad de simulación también se ve limitada por los conocimientos y competencias de los que disponen los alumnos en el momento de su realización. En ocasiones se aprecian importantes limitaciones, tanto en sus conocimientos efectivos en derecho sustantivo, como en los que se refieren al Derecho Procesal; esto sucede a veces incluso cuando ya se han cursado o se están cursando las asignaturas correspondientes, especialmente en la medida en que los alumnos provengan de formas de enseñanza basadas en la mera memorización o reproducción. Por lo general, existen también limitaciones en las competencias de expresión escrita u oral o en las técnicas de debate en público. Por último, en muchos casos los alumnos no están acostumbrados a

⁷ Así se establece en la actividad relatada en ZÚÑIGA, O.; SAN CRISTÓBAL, S., *Op. Cit.*, pp. 201-203.

mantener una actitud proactiva y creativa en el ámbito académico (ciertamente, los alumnos utilizan la creatividad en otros aspectos de su vida, pero no en las aulas).

Ninguna de estas limitaciones impide que la simulación de juicios sea una actividad provechosa. Simplemente, estos problemas habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de programar y evaluar los objetivos de la actividad. Por supuesto, el tiempo disponible afectará también a la intensidad con la que puedan abordarse estos problemas.

3. EXPERIENCIAS CONCRETAS:

Como se ha señalado anteriormente, en este trabajo se relatan cuatro experiencias distintas de simulación. Tres de ellas se refieren a simulación de juicios y la otra en realidad es una simulación de mediación, que se expone por si puede aportar algo a posibles actividades más vinculadas al acto del juicio.

Asignatura	Titulación	Cursos académicos	Prioridad de aprendizaje
Prácticas de Derecho Procesal Laboral	Diplomatura en Relaciones Laborales	2009-2010 2010-2011	Ganar familiaridad con la experiencia de intervención en juicio
Derechos Fundamentales de la Relación de Trabajo	Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos	2014-2015	Mejorar la capacidad de argumentación
Tutela de los Derechos Laborales (II)	Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos	2014-2015	Facilitar la adquisición de conocimientos procesales
El Conflicto Laboral	Máster en Mediación	2014-2015	Analizar la influencia del Derecho en las negociaciones mediadas

Las tres experiencias de simulación de juicio han sido muy distintas, porque en cada una de ellas se pretendía priorizar una serie de competencias respecto a otras. En la enunciación de cada una de estas experiencias se incorpora al título la competencia que en cada caso se consideró más relevante.

3.1. Ganar familiaridad con la experiencia de intervención en juicio: Prácticas de Derecho Procesal Laboral

“Prácticas de Derecho Procesal Laboral” era una asignatura exclusivamente práctica de carácter obligatorio que se impartía en el segundo cuatrimestre del tercer curso de la antigua Diplomatura de Relaciones Laborales. En el primer cuatrimestre los alumnos habían recibido clases teóricas de Derecho Procesal Laboral en el marco de una asignatura troncal muy densa que se impartía en el primer cuatrimestre y que tenía una alta tasa de no presentados. La asignatura del segundo cuatrimestre no incluía conocimientos teóricos sino exclusivamente competencias y por este motivo se había optado por un régimen de evaluación continua.

Al tratarse de una asignatura obligatoria, el número de alumnos era muy numeroso, aunque no tanto como en una asignatura de primer curso. De los dos cursos en los que se llevó a cabo la actividad, el primer año participaron 56 alumnos y el segundo año 77.

Algunos alumnos se matriculaban de la asignatura de prácticas sin presentarse (o incluso sin matricularse) a la de teoría. Esto implicaba un cierto déficit de conocimientos de Derecho Procesal. En cualquier caso, los alumnos tenían acceso a unos “apuntes” elaborados por el profesor para la asignatura teórica, escritos con una clara finalidad pedagógica, donde podían consultar sus dudas sobre los contenidos del Derecho Procesal para preparar los juicios⁸.

El programa de la asignatura no se dividía en materias cognitivas, sino en cuatro bloques de competencias (redacción de escritos procesales y preprocesales, familiaridad con la práctica del proceso, resolución de problemas procesales y argumentación). Las horas de clase se concentraban en un solo día y se hacía un uso flexible del horario, dado que los alumnos a lo largo del curso participaban en actividades diversas: asistencia a juicios sociales y elaboración de una memoria, presentación de escritos procesales y reacción a problemas planteados frente a sus escritos, tutorías obligatorias, clase magistral de argumentación oral, clase magistral de manejo de escritos procesales y, por último, simulación de juicio.

La mayoría de las actividades se desarrollaban en “equipos de trabajo” de 4 a 6 personas que asumían responsabilidad colectiva (11 equipos el primer año y 16 al curso siguiente). En cambio, respecto a la simulación de juicio, la prioridad fue que el trabajo fuera exclusivamente individual. La idea básica era que cada uno de los alumnos preparara su estrategia e intervención como demandante o demandado en un juicio simulado, basado en un caso real (salvaguardando la privacidad de los participantes). A este objetivo se subordinó la programación de la actividad. Así, por ejemplo, se prefirió que el alumno tuviera esta experiencia a que disfrutara de un número mayor de horas de clase; solo se le obligaba a intervenir en el juicio que le había correspondido, aunque cada audiencia era pública para toda la comunidad universitaria y siempre había alumnos de la asignatura que asistían como oyentes para preparar su intervención. La apertura al resto de la comunidad resulta problemática, pero en este caso se debía a la finalidad de emular en la medida de lo posible los retos que pueden plantearse en una situación real.

En la actividad se trabajaban todos los bloques de competencias, pero, en función del contexto se decidió incidir en la “familiaridad con el proceso”. A tal efecto, se intentó emular lo máximo posible la situación real de un juicio. Se reservaron dos mañanas enteras para las sesiones y los juicios estaban programados con un horario similar al que se sigue en los juzgados. La programación incluía una distribución de expedientes reales, horarios, roles y contrincantes; los alumnos no tenían ningún control sobre esta distribución, que llevaba a cabo el profesor, combinando criterios de conveniencia con factores aleatorios. El problema de que el número de alumnos pudiera ser impar se resolvió acudiendo a la figura del demandado ficticio “en rebeldía”.

Los alumnos debían sentarse por sí mismos en el lugar que corresponde a cada parte y traer sus propios documentos simulados, testigos y peritos, en función de la estrategia procesal que siguieran. El papel de juez lo desempeñaba el profesor, que además tomaba notas para la posterior evaluación.

⁸ Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Derecho Procesal Laboral”, 2008, en el Repositorio Rodín de la Universidad de Cádiz <http://rodin.uca.es/xmlui/handle/10498/6871> o en Curso OCW, 2009, <https://ocw.uca.es/course/view.php?id=35>[últimos accesos el 25-11-2015].

La competencia de argumentación tenía también una cierta importancia, pero necesariamente había de trabajarse de manera limitada, al tratarse de un único juicio laboral por cada alumno; en este caso, el énfasis se puso en la exposición clara y ordenada de los argumentos, así como en la elocución, poniéndose como condición para aprobar la actividad que el alumno se abstuviera de leer mecánicamente sus escritos.

La principal disfunción de esta actividad fue que su formato dejaba poco espacio para la retroalimentación (puesto que los juicios se hacían uno detrás de otro y no había un momento para el análisis). En cualquier caso, a los alumnos que lo solicitaron se les hizo una crítica constructiva en función de las anotaciones que se habían hecho durante su actividad.

3.2. Mejorar la capacidad de argumentación: Derechos Fundamentales de la Relación de Trabajo

La asignatura “Derechos Fundamentales de la Relación de Trabajo” es una optativa que se imparte desde hace varios años en el cuarto curso del Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos⁹ y que se rige por un sistema de evaluación continua. En esta asignatura se estudia la incidencia de los derechos fundamentales llamados “inespecíficos” en el ámbito laboral y, además, se pone énfasis en dos tipos de competencias: el manejo “inteligente” de sentencias judiciales y la argumentación escrita.

La simulación de juicios se introdujo por primera vez en el Curso 2014/2015, al hilo de una circunstancia completamente anecdótica. En efecto, aquel año, la distribución del horario establecida por el centro implicaba que durante un solo día del curso era necesario acumular cuatro horas seguidas de clase. En este contexto no parecía apropiado desarrollar una clase similar a las demás, ni siquiera con el sistema especialmente dinámico que se sigue en la asignatura (trabajo sobre casos concretos y sentencias a partir de lectura previa obligatoria de los materiales docentes).

Esta situación coincide con la cercanía en el tiempo de la Sentencia *Eweida* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013). Dicha sentencia acumula cuatro asuntos diferentes relacionados con el ejercicio de la libertad religiosa en el trabajo, materia que, de acuerdo con el cronograma, se impartía poco antes de la sesión de cuatro horas de clase.

Así pues, se decidió construir un ejercicio de simulación basado en los cuatro casos que se plantean en esta sentencia. En este ejercicio, no se pretendía en absoluto obtener ninguna familiaridad respecto a la aplicación de la normativa procesal o a la práctica real del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que el énfasis estaba en la aplicación efectiva de técnicas de argumentación. Así pues, el “juicio” se presentaba de una manera descontextualizada, como un debate jurídico al estilo de los *Moot Court*, sin una normativa procesal determinada. De hecho, se permitían utilizar argumentos relacionados con el derecho interno. De este modo, ni el déficit de conocimientos sobre Derecho Procesal Laboral (que en el nuevo plan se estudia fundamentalmente en el segundo cuatrimestre) ni el desconocimiento de la normativa procesal interna del TEDH influyeron negativamente en la experiencia.

⁹ Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo”, Curso OCW (2013-2014), <https://ocw.uca.es/course/view.php?id=57> [último acceso el 25-11-2015]

El número de alumnos matriculados era de 27, sucediendo que la asistencia habitual a clase era algo menor. La simulación se planteó como “una actividad más” de la evaluación continua, como el resto de ejercicios que se planteaban en clase. Por este motivo se estableció adecuado plantear, en principio, un total 5 roles por caso: un demandante, un demandado y tres “jurados de la argumentación”. Cada uno de los jurados se encargaba de anotar críticas positivas y negativas respecto de un aspecto de la argumentación de sus compañeros (invención de los argumentos, disposición y elocución). Finalmente, el número de participantes fue de 23, lo que obligó a compartir algunos roles, de parte o jurado, en algunos casos.

En este caso se decidió que los alumnos eligieran los roles de manera voluntaria, apuntando su nombre en un documento de *googledrive* (la prioridad se basaba en el orden en el que los alumnos se habían apuntado). De este modo, podían escoger el caso que les pareciera más interesante y optar por el papel en el que se sintieran más cómodos, dado que los alumnos no estaban especialmente entrenados en técnicas de debate; en este contexto, esta decisión tiende a facilitar el desarrollo de la competencia de argumentación en detrimento de la adquisición de familiaridad con los retos que pueden plantearse en un juicio, que en este caso no se había decidido enfatizar.

La actividad no tuvo un carácter competitivo, para evitar que el miedo al fracaso limitara la asunción de riesgos y se convirtiera en un obstáculo para el aprendizaje. Ciertamente, las partes en conflicto tenían que entrar en un debate real (es decir, no actuaban de manera coordinada en un diálogo previamente acordado), puesto que esta circunstancia estimula el desarrollo de las habilidades de argumentación. No obstante, se subrayó el hecho de que una intervención brillante por uno de los intervinientes no implicaba una mala evaluación del alumno que apareciera como adversario. Por otra parte, también se enfatizó que las críticas que plantearan los “jurados de la argumentación” debían ser constructivas y positivas para el aprendizaje y que no afectaban de ningún modo a la evaluación. La crítica realizada por los alumnos permitía el desarrollo de un cierto debate reflexivo después de cada juicio, en el que también el profesor podía aportar alguna retroalimentación; ciertamente, el tiempo para desarrollar este debate era limitado, pero suficiente como para que existiera una reflexión sobre la experiencia.

En este caso, la evaluación de la actividad era sencilla, porque la asignatura incluía un buen número de ejercicios de evaluación continua, de modo que la simulación de juicio tenía un efecto muy moderado sobre la calificación final. En este ejercicio en concreto, la valoración negativa de los malos resultados –como sucede en un “examen”– podría resultar contraproducente para el proceso del aprendizaje, porque podía incrementar el “miedo escénico”, limitando la asunción de riesgos. Así pues, se decidió valorar positivamente la mera participación en la actividad, siempre que se demostrara un interés y esfuerzo real, con independencia de los resultados; por otra parte, en los casos en los que los resultados fueron especialmente buenos, esto implicó una valoración positiva adicional.

La actividad fue valorada muy positivamente por los alumnos. Curiosamente, varios de ellos manifestaron espontáneamente que les había sido más útil para mejorar la capacidad de argumentación escrita que los ejercicios escritos que se habían hecho durante el curso. Probablemente esto se debe a que el medio oral se encuentra mucho más próximo a su experiencia real y cotidiana de argumentación, pero también porque la dinámica de la actividad facilitaba la retroalimentación colectiva. En este contexto, los

parámetros que se habían dado anteriormente sobre invención de los argumentos, orden y disposición del discurso y elocución se entendían mucho más claramente cuando se intentaban proyectar sobre la argumentación realizada verbalmente por las partes. Por otra parte, de acuerdo con estas impresiones cualitativas de los alumnos, la simulación se había mostrado muy apropiada para facilitar la comprensión de la materia teórica¹⁰. Por todo ello, aunque la actividad había surgido, como se ha dicho, de una circunstancia anecdótica, se ha incorporado al cronograma de la asignatura para el curso siguiente.

3.3. Facilitar la adquisición de conocimientos procesales: Tutela de los Derechos Laborales (II)

La asignatura de “Tutela de los Derechos Laborales” se imparte actualmente en cuarto curso del Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos y está dividida en dos asignaturas semestrales. La asignatura del primer semestre (Tutela I) se dedica al Derecho Sancionador del Trabajo y a la parte introductoria del Derecho Procesal Laboral; por su parte, la asignatura del segundo semestre (Tutela II) se centra exclusivamente en aspectos procesales, ocupándose tanto del proceso ordinario como de las modalidades procesales especiales.

En el marco de esta segunda asignatura, se dedicó en el cronograma un solo día a la “simulación de juicio de despido”. El número de alumnos matriculados era de 133, divididos en dos turnos, de mañana y tarde; no obstante, la asistencia a clase era mucho más reducida. Cada sesión de clase duraba dos horas, por lo que, en realidad, el tiempo total para desarrollar todos los juicios era de cuatro horas.

En este caso concreto, las limitaciones del contexto eran muy significativas: el número de alumnos era extremadamente alto, el tiempo para los juicios muy reducido, los conocimientos procesales eran escasos (porque aún estaban cursando la única asignatura de su titulación donde se ven aspectos procesales) e incluso se detectaron fallos importantes en la asimilación del derecho sustantivo, probablemente porque el despido, a pesar de su enorme importancia, tiende a explicarse al final del curso en la asignatura de Derecho del Trabajo.

El ejercicio de simulación se enmarcaba en un sistema voluntario de evaluación continua que podía implicar subidas significativas de la nota, pero solo para los alumnos que hubieran obtenido al menos un cuatro en el examen final. En todo caso, este sistema incluía un número elevado de actividades, por lo que la incidencia en la calificación era relativamente baja. Por todo ello, la participación fue reducida en relación al número de alumnos matriculados, si bien esto no podía preverse con exactitud en el momento de diseño de la actividad.

La opción del profesor, una vez más, que todos los alumnos participantes pudieran tener al menos algún papel en el juicio simulado, más allá del rol de espectador pasivo, aunque ello implicara sacrificar en alguna medida la profundidad de la experiencia.

Para ello se hizo necesario expandir el horario en el que los juicios se podían desarrollar (lógicamente, a costa de una ampliación del trabajo del profesor). Esto se

¹⁰ En este sentido, Vid. MC ELROY, L. T., “From grimm to glory: Simulated oral argument as a component of legal education’s signature pedagogy”, *Indiana Law Journal*, vol. 84, n.º2, 2009, pp. 589-636.

hizo para permitir que la mayor parte de los alumnos pudieran participar si así lo deseaban. A partir de esta expansión del horario, quedaron disponibles 22 franjas de 20 minutos cada una, lo que permitía desarrollar hasta 22 juicios. Durante todo este período, la audiencia era pública, por lo que los alumnos podían asistir libremente a los juicios como oyentes; en este caso era habitual que los alumnos que vinieron a los juicios se quedaran a ver a los de sus compañeros de las franjas más inmediatas.

El número de alumnos potenciales seguía siendo muy alto para este número de juicios, por lo que se decidió que estos se inscribieran en grupos de hasta cinco personas (de modo que los participantes potenciales pudieran llegar hasta 110). La inscripción se realizó a través de un enlace abierto de *googledrive*, en donde los alumnos escribían los nombres de los miembros del grupo en la franja horaria que consideraran más oportuna.

En la práctica, al tratarse de una actividad voluntaria en el marco de un sistema de evaluación continua que no seguían todos los alumnos, la participación fue mucho más baja, por lo que realmente se inscribieron 49 participantes, divididos en 10 grupos y no fue necesario cubrir todo el horario expandido previsto inicialmente. De hecho, dos grupos que estaban inicialmente inscritos no comparecieron finalmente; esta anomalía no ha sucedido en ninguna otra de las experiencias de simulación que se relatan, pero debe tomarse en consideración para actividades futuras, dado que la inscripción debe implicar algún tipo de compromiso para los alumnos (puesto que implica la reserva de una franja horaria a todos los efectos).

En esta experiencia de simulación, las limitaciones eran bastante grandes, por lo que los objetivos fueron más modestos que en las actividades anteriores.

Las asignaturas de Tutela presentan una gran dificultad para los alumnos del Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, porque estas son las únicas en las que se trabaja con contenidos de Derecho Procesal. Estos contenidos resultan especialmente difíciles de comprender para los alumnos, porque son muy abstractos y utilizan un lenguaje especializado y aparentemente alejado de la vida cotidiana. En efecto, los conceptos de derecho sustantivo (como las modalidades contractuales, las prestaciones de seguridad social o la jornada de trabajo) están mucho más conectados con la experiencia vital de los alumnos y, por tanto, son más fáciles de comprender. En cambio, los conceptos de Derecho Procesal pertenecen a un “sistema experto”¹¹ muy singular y especializado. Por este motivo, resultan más difíciles de interiorizar por parte de los alumnos que, a menudo, intentan memorizar la materia mecánicamente sin éxito.

Así pues, la prioridad de esta actividad de simulación fue facilitar la adquisición de los conocimientos procesales, haciendo que se “encarnaran” de algún modo en la experiencia directa de los alumnos. Por supuesto, la familiaridad con el acto del juicio era importante (como sucedía en la actividad descrita en el epígrafe 3.1), pero en este caso estaba al servicio de la adquisición de conceptos teóricos; no se pretendía, por tanto, emular los retos que pueden plantearse a los profesionales, sino simplemente la interiorización del conocimiento. Por otra parte, la actividad no permitía profundizar de manera muy compleja en la argumentación jurídica (debido a que estas competencias no se habían podido trabajar específicamente en clase, al contrario que en la optativa

¹¹ Sobre el concepto de “sistema experto”, Vid. GUIDDENS, A., *The Consequences of Modernity*, Polity Press, 1991, p. 27.

referida en 3.2), aunque sí planteaba la necesidad de construir argumentos apropiados y ordenarlos y exponerlos de manera correcta.

Por estos motivos, no se consideró oportuno recrear determinados retos que plantea la intervención oral en juicio, como el hecho de que el caso venga dado o la necesidad de reaccionar de manera improvisada ante las alegaciones y pruebas presentadas por la parte contraria.

En este contexto, los grupos se definieron de manera cooperativa. Cada grupo tenía que preparar un juicio de despido y repartir los roles entre los participantes, responsabilizándose del resultado global. Al contrario que en la actividad descrita en 3.1, donde los participantes siempre actuaban como partes, en este caso resultaba interesante que también asumieran otros papeles como el de juez, testigo o perito, para facilitar la comprensión global del funcionamiento de los juicios laborales. La interacción entre las partes podía estar predeterminada por una suerte de guion del juicio elaborado por el grupo, puesto que en este caso la clave era la demostración de conocimientos y no el desarrollo de la capacidad de reacción.

En esta actividad los alumnos no recibían un expediente dado (como en 3.1), sino que tenían libertad para inventar el caso según sus preferencias. En todo caso, puede ser interesante combinar esta actividad con otras, de modo que puedan utilizarse cartas de despido o demandas.

El balance de esta actividad fue relativamente positivo, dado que los objetivos eran más modestos que en las anteriores. Ciertamente, la baja participación de los alumnos es un dato negativo, pero, por otra parte, esto permitió la liberación de franjas horarias para que el profesor proporcionara retroalimentación a los alumnos interesados en conocer los errores procesales y de retórica que habían podido cometer. No obstante, cabe plantearse un modelo diferente para este contexto, en el que se limite el número de juicios y de alumnos participantes activos en la simulación, para permitir una mayor profundización. En este caso, los demás alumnos participantes en la actividad podrían asumir el rol de observadores y redactar un informe crítico sobre determinados aspectos contemplados en el juicio, como problemas de aplicación de la norma procesal (por ejemplo, que se llame a una de las partes como testigo o que una parte pida el interrogatorio de sí misma), defectos en la retórica o elementos de estrategia procesal. Otra posibilidad adicional sería que algunos alumnos quedaran liberados de la representación elaborando los materiales necesarios para preparar el juicio, como las cartas de despido o las demandas.

3.4. Observar la influencia del derecho en la negociación de conflictos laborales individuales en sede de mediación

Como ya se ha indicado, esta experiencia no es una actividad de simulación de juicios, sino de actos de mediación previos a la vía judicial. La actividad se desarrolló durante el curso 2014/2015 en el seno de la asignatura “El Conflicto Laboral” del Máster de Mediación de la UCA. En este caso el número de alumnos era muy reducido (asistieron 18 de los 20 alumnos potenciales), pero la mayoría de ellos carecían de conocimientos específicos sobre el Derecho del Trabajo español, por venir de titulaciones no jurídicas (la mayoría) o, en algunos casos, de países latinoamericanos.

En este caso se plantearon dos conflictos laborales individuales (uno sobre determinación de fecha de vacaciones y otro sobre reducción unilateral del salario). Estos conflictos estaban basados en dos casos reales observados en una investigación cualitativa llevada a cabo sobre esta misma materia¹², aunque se modificaron los datos con objeto de garantizar la privacidad de los participantes.

Aunque en este caso no tenía especial relevancia la emulación del marco institucional, el reparto de roles se basó en el modelo del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA). Así pues, en cada conflicto podía haber un equipo de mediación de tres personas (dos mediadores y un secretario), un empresario, un trabajador, un asesor jurídico por cada parte y varios observadores (para el proceso de retroalimentación posterior). Al igual que en los casos anteriores, los roles eran escogidos por los alumnos a través de un enlace abierto de *googledrive*, con la indicación de que los papeles más cercanos al Derecho fueran representados por graduados en titulaciones jurídicas.

Al contrario que en la actividad descrita en el epígrafe anterior, en este caso el desarrollo del acto era completamente espontáneo, aunque lógicamente, la improvisación estaba estructurada por una serie de materiales aportados a los alumnos con antelación.

Entre estos materiales, a cada uno de los participantes se le proporcionó un documento de una sola página con indicaciones para la interpretación de su rol, similares a las “fichas de personaje” propias de los juegos de rol en vivo (Live Action Role-Playing Games o LARPs)¹³. Los juegos de rol surgieron a mediados de los setenta con una finalidad exclusivamente lúdica, pero en la actualidad se utilizan también como herramientas pedagógicas en distintos ámbitos educativos¹⁴. En este caso, la “ficha de personaje” incluía las motivaciones y objetivos de cada uno de los participantes, alguna información del personaje o de otros (como “secretos” o “debilidades” que tienen valor en la negociación) y, en el caso de los roles más jurídicos (secretario, asesores y observadores) se incluían breves descripciones de las normas jurídicas aplicables al

¹² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “La influencia del Derecho Laboral en la mediación aplicada a conflictos individuales de trabajo: estudio cualitativo en el ámbito del SERCLA”, *Temas laborales*, nº 129, 2015, pp. 13-54.

¹³ Los “juegos de rol” son actividades lúdicas cooperativas o parcialmente competitivas en las que un grupo de jugadores, normalmente guiados por un narrador, director o coordinador de juego (“máster”) interpretan personajes con objeto de desarrollar una ficción compartida o historia colectiva en un contexto imaginario. *Vid.* SOARES, A. N.; GAZZINELLI, M. F.; DE SOUZA, V.; LOBATO ARAÚJO, L. H., “The Role Playing Game (RPG) as a pedagogical strategy in the training of the nurse: an experience report on the creation of a game”, *Texto & Contexto - Enfermagem*, vol. 24, 2015, scielo, p. 601. Los juegos de rol más tradicionales se desarrollan en torno a una mesa, donde los participantes van interpretando sus personajes o construyendo la historia de manera oral; esta historia normalmente incluye elipsis o saltos temporales como los que se plantean en la literatura o el cine. En cambio, los juegos de rol “en vivo” se escenifican en tiempo real, de un modo similar a lo que sucede en las improvisaciones teatrales, pero con unas “reglas” para determinar los resultados de actividades sometidas a incertidumbre.

¹⁴ Sobre los usos educativos del “rol en vivo” en el ámbito escolar, *Vid.* MOCHOCKI, M., “Edu-Larp as Revision of Subject-Matter Knowledge”, *International Journal of Role-Playing*, vol. 1, n.o 4, 2013, pp. 55-75. Por otra parte, en el ámbito jurídico (para reflexionar sobre la prohibición de tortura en el marco de una asignatura de análisis económico del Derecho), *Vid.* FERREIRA RIBEIRO, G., “Role-Playing Games as an Alternative Method for the Crisis in Legal Teaching: the Case of the Prohibition of Torture and L&E”, *Economic Analysis of Law Review*, 2010, pp. 179-187.

caso. A las partes y a los mediadores no se les daba especial conocimiento jurídico para poder observar las diferencias que podían producirse en la interpretación de la realidad.

Estas “fichas de personaje” son especialmente útiles para la recreación en el aula de procesos de negociación o mediación, pero también podrían resultar interesantes en la simulación de procesos judiciales de especial complejidad (por ejemplo, para determinar la actitud de los testigos o peritos o para plantear posibilidades de acuerdo entre las partes).

Por otra parte, en esta actividad se siguió expresamente una pauta extraída del teatro improvisado, que es la llamada regla “Sí, y...” (“Yes... and”)¹⁵. En el teatro improvisado, la historia no está predeterminada, sino que se construye en el momento de la representación a partir de una situación de conflicto entre los personajes. La regla “Sí, y...” implica que los actores deben respetar la realidad creada por sus compañeros, añadiendo lo que resulte oportuno, para que la ficción compartida no pierda sentido y al mismo tiempo se enriquezca. En este caso, se consideró oportuno incorporar esta regla, porque la información sobre el conflicto proporcionada en las “fichas de personaje” nunca podía ser completa. La pauta es difícil de explicar en abstracto, pero los alumnos la aplicaron de manera muy apropiada gracias a su esfuerzo por sostener la historia compartida. Ciertamente, es posible que una de las partes niegue radicalmente los hechos afirmados por la contraria, pero resulta más realista –y, por otra parte, más apropiado para desarrollar las habilidades propias de la profesión del mediador–, que simplemente se proporcione una perspectiva o interpretación distinta sobre lo que la otra parte ha dicho. Aplicar esta regla al ámbito de la simulación de juicios parece más complicado, por diversos motivos, pero merece la pena reflexionar sobre ella para poder reaccionar a posibles problemas que puedan producirse por la introducción de hechos nuevos en el proceso (debe recordarse que, por ejemplo, en los juicios sociales la contestación a la demanda se realiza en el acto del juicio oral).

La simulación de mediación se mostró muy provechosa para el propósito que se pretendía, que era la comprensión de la influencia “en la sombra” del Derecho del Trabajo en procesos de negociación individual. Por otra parte, aunque en este caso no se pretendía profundizar en ello, esta actividad abre la posibilidad de organizar simulaciones de situaciones de negociación (individual o colectiva) en el ámbito de titulaciones jurídicas, con la finalidad de comprender el funcionamiento del derecho sustantivo.

4. CONCLUSIONES

Este trabajo pone de manifiesto la enorme potencialidad que tiene la actividad de “simulación de juicios” como herramienta docente, que permite desarrollar diversos conocimientos, competencias y aptitudes muy relevantes, especialmente –aunque no exclusivamente– en el ámbito de las enseñanzas jurídicas.

No obstante lo anterior, en el momento de diseñar cada actividad concreta de simulación es preciso tomar en consideración determinadas limitaciones del contexto (infraestructura, número de alumnos, tiempo disponible, conocimientos previos de los estudiantes...), que impiden que todas estas potencialidades puedan desarrollarse con la

¹⁵ MOSHAVI, D., “«Yes and...»: Introducing Improvisational Theatre Techniques to the Management Classroom”, *Journal of Management Education*, vol. 25, n.º 4, 2001.

misma intensidad en cada ejercicio de simulación. Por consiguiente, es preciso hacer determinadas elecciones basadas en prioridades de aprendizaje, que implican fortalecer determinados aspectos en detrimento de otros. Estas prioridades de aprendizaje dependen del contenido y del contexto de cada asignatura y no solo de las preferencias del profesor.

Esta idea se ilustra con el relato de tres experiencias de simulación de juicios realizadas por el autor en tres asignaturas y contextos muy diferentes. En cada una de estas experiencias se define una prioridad distinta (ganar familiaridad con retos reales que pueden plantearse a los profesionales, desarrollar la capacidad de argumentación y facilitar la asimilación de conceptos teóricos). Estas prioridades, unidas al contexto general de la asignatura, como el número de alumnos o la importancia de la actividad de simulación en la valoración global, determinan diseños muy diferentes. Esta reflexión puede ayudar a otros profesores a definir actividades de simulación distintas para realidades diversas de las que aquí se tratan.

Por último, se describe una actividad de simulación de mediación laboral. Esta experiencia permite plantear nuevas reflexiones respecto a la posible incorporación de técnicas derivadas del teatro improvisado o de los juegos de rol en vivo a supuestos de simulación judicial más complejos que los que aquí se relatan. Por otra parte, también se plantea la posibilidad de establecer en el futuro simulaciones de negociaciones individuales o colectivas con objeto de facilitar la comprensión del derecho sustantivo.

Resumen

El objeto de este capítulo reside en profundizar en posibles metodologías activas didácticas en la disciplina jurídico-laboral, exponiendo algunos ejemplos de experiencias recientes. Los métodos didácticos basados en la transmisión del conocimiento acumulado no parecen ser suficientes en la actualidad. De ahí la necesidad de implantar metodologías que promuevan la aplicación práctica de los contenidos teóricos y aseguren en la medida de lo posible el aprendizaje autónomo del alumnado. A este respecto, una de las más notorias metodologías didácticas se concreta en el “aprendizaje basado en problemas”, fundamentado en la utilización de un conjunto de actividades alrededor de una situación concreta, con la finalidad de que el estudiante desarrolle activamente estrategias de búsqueda, análisis y uso de la información, además de integrar el conocimiento adquirido.

1. CUESTIONES REFERENTES AL APRENDIZAJE BASADO EN PROBLEMAS

Dos son las razones que han llevado a escoger el “aprendizaje basado en problemas” (en adelante, ABP) como parte del contenido de esta presentación. En primer lugar, la propia relevancia de la metodología didáctica en sí misma considerada. Ésta supone una inversión en la tradicional estrategia de transmisión de conocimiento acumulado, en la cual, es la exposición de información la que antecede a su aplicación práctica. En el ABP, por el contrario, la presentación de un problema constituye el punto de partida, a partir del cual, se suceden la búsqueda y análisis de información y la resolución del problema inicialmente planteado. En segundo lugar, no está de más advertir que ha sido la ABP la metodología empleada en uno de los grupos de la asignatura “Derecho administrativo laboral” del Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos de la Universidad de Granada durante el segundo cuatrimestre del pasado curso académico 2014/2015. Es por ello que se ha considerado oportuno explicar una experiencia reciente a la luz de los resultados obtenidos. Señaladamente, cabría resaltar la promoción del trabajo autónomo del estudiante, la adquisición de competencias profesionales, así como la adopción de una mayor implicación del alumnado en su propio proceso de aprendizaje. El planteamiento de esta categoría insertable en las hoy denominadas “metodologías activas” resulta, así, coherente con lo sentado en el Documento Marco (MEC) sobre la integración del sistema universitario español en el EEES, según el cual, en el entorno del Espacio Europeo de Educación Superior, el diseño de los planes de estudio y las programaciones docentes se llevan a cabo teniendo como eje de referencia el propio aprendizaje de los alumnos.

Según puede ya avanzarse, el ABP encuentra en la interacción teórico-práctica una de sus principales virtudes. Conocido como el aprendizaje por descubrimiento y construcción¹, y basado en la utilización de un conjunto de actividades alrededor de una situación concreta, con la finalidad de que el estudiante activamente desarrolle estrategias de búsqueda, análisis y uso de la información, además de integrar el

¹ RESTREPO GÓMEZ, B.: “Aprendizaje basado en problemas (ABP): una innovación didáctica para la enseñanza universitaria”, en *Educación y educadores*, núm. 8, (2005), págs. 9-20.

conocimiento adquirido², este método didáctico implica una mayor motivación en el alumnado, que asume una actitud más activa, lejos de la estrictamente pasiva que asumía en las técnicas tradicionales de enseñanza. Así, el alumno adquiere los conocimientos de tal modo que sabe aplicarlos fuera del ámbito teórico, sin olvidarlos con facilidad después del examen.

1.1. Su aplicación en una experiencia reciente. Desarrollo y resultados

Como ya se ha indicado líneas arriba, el ABP fue empleado como metodología didáctica en el marco de la parte correspondiente a Derecho del Trabajo en la asignatura Derecho administrativo laboral de la Universidad de Granada el pasado curso académico. Se trató de promover con ello en el alumnado el razonamiento y desarrollo de competencias que le serán de utilidad una vez finalice la titulación universitaria y emprenda su carrera profesional. Lo cierto es que la evolución científica, tecnológica y social actual revela que los fundamentos de una disciplina se ven sustancialmente modificados durante la vida profesional del alumno, requiriéndose un reciclaje y actualización de los conocimientos adquiridos en su paso por la Universidad. Con esta experiencia, se pretendió favorecer una orientación más práctica de la asignatura, con el objetivo de que el estudiante se implique directamente en su propio proceso de formación³, a través de la resolución de distintos supuestos planteados y del trabajo cooperativo.

Descendiendo a lo concreto, ilustrativamente, cabría señalar una de las actividades consistentes en plantear un determinado supuesto de hecho para que, el alumno, detecte las infracciones existentes y sus correspondientes sanciones conforme al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Esta búsqueda en el régimen sancionador se vería seguida de otra búsqueda de información sobre la estructura y contenido de las actas de infracción para terminar elaborando una de ellas, asumiendo el rol de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. El caso práctico se pone a disposición del alumnado con tiempo suficiente para que, una vez leído con atención, pueda resolver el problema planteado. Para ello, la búsqueda de bibliografía se presenta como un elemento fundamental, desde las vías tradicionales (bibliotecas y soporte papel en general), hasta las nuevas herramientas disponibles online.

El objetivo radica en potenciar la capacidad de análisis y gestión de información del alumnado, pero también familiarizarle con la práctica reflexiva, de tal modo que su papel en clase no suponga la mera plasmación mecánica de conocimientos recién asumidos. En esto consiste el tan traído “aprender por uno mismo”, o “aprender a aprender”. No hay que olvidar que se trata de formar buenos profesionales, y en esto el desarrollo de la capacidad crítica tiene mucho que decir. También la capacidad de adaptación a la misma realidad moldeable que yace detrás del orden jurídico, pues hay que introducirlos en una sociedad en continua transformación. En efecto, se ha sostenido que el Derecho, como

² Véase VIZCARRO, C. Y JUÁREZ, E: “¿Qué es y cómo funciona el aprendizaje basado en problemas?”, en AA. VV.: *El aprendizaje basado en problemas en la enseñanza universitaria*, GARCÍA SEVILLA, J. (Coord.), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2008, págs. 17-36.

³ MOLINA ORTIZ, J. A.; GARCÍA GONZÁLEZ, A.; PEDRAZ MARCOS, A. y ANTÓN NARDIZ, M. V.: “Aprendizaje basado en problemas: una alternativa al método tradicional”, en *Revista de la Red Estatal de Docencia Universitaria*, núm. 2 (2003), pág. 80.

instrumento o técnica específica de control social, se ha visto resentido por la situación de permanente evolución y cambio político y socio-económico que caracteriza las sociedades actuales. Esta sociedad cada vez menos homogénea, requiere de un nuevo modelo de jurista, puesto que el ordenamiento jurídico se presenta como una entidad dinámica, en la que encuentra expresión la lógica antagonista de los diferentes conflictos sociales⁴. Asimismo, se ha de descartar como premisa que el encuadre primordialmente jurídico de la disciplina encierre cualquier devoción o cualquier aspiración hacia una concepción exclusivamente formalista del Derecho.

Los alumnos deben acudir a clase con la respuesta preparada con el objetivo de proceder a un posterior debate donde se identifica el problema subyacente, al tiempo que se defiende y argumenta públicamente la solución a la que se ha llegado y se resuelven las posibles dudas que puedan surgir. Tales debates son un impulso al desarrollo de las competencias comunicativas, argumentativas e incluso persuasivas.

Asimismo, como parte de la formación teórico-práctica, se propone el trabajo colaborativo entre los alumnos. En concreto, cada uno de ellos debe elaborar un modelo de denuncia fundada a la Inspección de Trabajo, en el que se alegue una o varias infracciones en el orden social. Dicha denuncia pasa a otro compañero, quien, a raíz de la misma, levanta una supuesta diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección, siendo un tercer alumno el encargado de cerrar el expediente figurado con la preparación de la correspondiente acta de infracción. De esta forma, se refuerzan las relaciones interpersonales pues no sería extraño que uno de los estudiantes tuviera que dirigirse al autor de la práctica anterior para dirimir aspectos que quedan poco claros o confusos.

1.2. ¿Cuál es el cometido del docente?

La función del profesor en el desarrollo de todas estas actividades radica en orientar al alumno en el razonamiento que él mismo emplea para llegar a la solución del problema propuesto. No está de más recordar que el ABP es una de las principales herramientas de aprendizaje autónomo. El docente es mero apoyo de la adquisición y gestión del conocimiento, si bien también le compete asesorar en la búsqueda de bibliografía, enseñando a discernir aquella científica de la que es meramente divulgativa.

Con carácter más específico, han sido varias las funciones asignadas al docente en el marco del ABP⁵:

⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Los retos de la educación universitaria: ¿formar profesionales o formar ciudadanos?”, en AA.VV: *Cómo comunicar y ser competente: habilidades comunicativas y competencias profesionales*, SÁNCHEZ PÉREZ, J., ORTEGA PÉREZ, N., TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y ALCÁZAR CAMPOS, A. (Eds.), Atelier, Barcelona, 2015, pág. 24. Señala el autor que “se requiere la formación de juristas menos dogmáticos (menos «legalistas») que los que se requieren en sistemas (o situaciones) jurídicos más cerrados y estables”, esto es, “se requiere de un jurista capaz de comprender un Derecho cada vez más flexible —como mecanismo adaptable de regulación de contrastes sociales— en el marco del Derecho propio de las sociedades complejas del capitalismo avanzado. De ahí la creciente importancia también de atender en su formación a las cuestiones relativas a la composición e intervención en conflictos sociales, donde el «método jurídico» estricto pasaría a un segundo plano”.

⁵ MOLINA ORTIZ, J. A.; GARCÍA GONZÁLEZ, A.; PEDRAZ MARCOS, A. y ANTÓN NARDIZ, M. V., loc. cit., págs. 82 y 83.

- Conocer no sólo la materia, sino también los objetivos de aprendizaje de la asignatura.
- Tener constancia de los pasos necesarios para promover el ABP y, por tanto, de las actitudes y valores que se estimulan con esta metodología de trabajo.
- Conocer diferentes estrategias y técnicas de trabajo y evolución grupal, así como la correcta realización de la evaluación grupal e individual.
- Saber integrar las conclusiones del trabajo de los estudiantes, también la aportación de distintos puntos de vista para estimular la reflexión ya sea grupal y personal.
- Realizar preguntas que estimulen a los estudiantes de manera apropiada, motivándoles a la búsqueda de información y a la obtención de una adecuada manera de trabajo y organización grupal.
- Promover la utilización del pensamiento crítico en la resolución de problemas, así como en la identificación, evolución, desarrollo y organización del conocimiento previo del alumno acerca de la materia o materias que se proponen.
- Estimular y dinamizar el grupo de manera efectiva, promoviendo un discurso evolutivo, y que permita la identificación de los objetivos que han de alcanzarse con cada caso.
- Evitar exponer lecturas magistrales al grupo, salvo que se identifique una oportunidad excepcional y se justifique la asignación de este rol.
- Emplear en el grupo una metodología de crítica constructiva, en la que se tenga en cuenta qué aprendizaje es positivo y qué competencias deben ser mejoradas.
- Cerciorarse de que los conocimientos que adquiere el estudiante son los adecuados a la luz de los objetivos propuestos.
- Evaluar el proceso de aprendizaje y comportamiento del grupo y de cada uno de sus componentes. Volviendo a la experiencia docente referida líneas arriba, además del examen, que cuenta con tres preguntas, en el sistema de evaluación se computan las prácticas realizadas. En particular, para evaluar estas últimas se toma en consideración, de un lado, el trabajo escrito, con especial atención a la identificación del problema, el orden y la congruencia en la exposición de ideas y argumentos, la claridad y precisión, la redacción y concordancia del texto y, de otro, la presentación oral en el debate, fundamentalmente evaluando el dominio del tema, la organización y síntesis de la información y el uso adecuado del tiempo.

2. EL TRABAJO COOPERATIVO: CARACTERES GENERALES

Las estrategias de aprendizaje cooperativo son exponentes del trabajo colaborativo. En clave metodológica, se traduce en el trabajo conjunto de los alumnos, organizados en grupos reducidos, potenciando su aprendizaje y siendo evaluados en función de los resultados obtenidos por dichos grupos. Es por ello que el objetivo no es en ningún caso individual (cada miembro del grupo), como prima en el aprendizaje competitivo, sino colectivo, ya que el logro del objetivo de cada alumno depende de que los demás también consigan los suyos.

El aprendizaje cooperativo fomenta, por tanto, la posición activa del alumno, que abandona así la posición meramente pasiva de la enseñanza tradicional. También

estimula las competencias comunicativas y de diálogo para llegar a una solución pactada y consensuada por todos los miembros del grupo de que se trate.

De conformidad con lo recién expuesto, los principios del aprendizaje cooperativo han sido clasificados del modo que sigue⁶:

- El aprendizaje es un proceso activo y constructivo.
- El aprendizaje depende de contextos ricos.
- El aprendizaje es esencialmente social.
- El aprendizaje tiene dimensiones afectivas y subjetivas.
- Los aprendices son diferentes.

2.1. SU APLICACIÓN EN UNA EXPERIENCIA RECIENTE. DESARROLLO Y RESULTADOS

En aras de favorecer la aproximación práctica, y no sólo teórica, al objeto de estudio de esta presentación, se procede seguidamente a proyectar la metodología empleada en el marco de la asignatura “Políticas migratorias en España y en la Unión Europea”, optativa en el Grado en Trabajo Social de la Universidad de Granada durante el segundo cuatrimestre del curso 2013/2014. A través de la resolución de casos prácticos y del trabajo cooperativo, se pretendió fomentar la formación práctica del alumnado en aras de que adquiriese competencias para la búsqueda y análisis de la información, así como el desarrollo de su capacidad crítica.

Con carácter general, los objetivos perseguidos fueron los siguientes:

- Elaboración de material que introduzca al alumnado en la búsqueda de bibliografía, ya sea en soporte papel u online.
- Desarrollo de habilidades para la búsqueda de jurisprudencia.
- Fomento del trabajo en grupo y la participación del alumnado en su propio proceso de aprendizaje.
- Facilitación del aprendizaje auténtico a través de la resolución de casos prácticos.
- Potenciación de la capacidad de análisis de la información.
- Análisis de la problemática de la integración social de la población inmigrante.
- Fomento de las habilidades de comunicación y discusión colectiva de resultados.
- Desarrollo de competencias para el trabajo en equipo.

El recurso del aprendizaje cooperativo en la asignatura recién referida se vale de una división del curso en tres etapas. Éstas abarcan desde la búsqueda de información hasta el desarrollo de un trabajo por grupos. En una primera fase, se forma al alumnado en la búsqueda de jurisprudencia y bibliografía. Dicha búsqueda se plantea desde las vías tradicionales (bibliotecas y soporte papel en general), así como desde las nuevas herramientas disponibles online. Posteriormente, el docente selecciona sentencias y noticias relacionadas con la política migratoria y las pone a disposición del alumnado con tiempo suficiente para que, una vez leídas con atención, pueda responder una serie de preguntas planteadas en la práctica. Los alumnos deben acudir a clase con la

⁶ FERNÁNDEZ MARCH, A.: *Nuevas metodologías docentes*. Disponible en: www.usal.es/~ofees/NUEVAS_METODOLOGIAS/nuevas_metodologias_docentes.doc

respuesta preparada con el objetivo de proceder a un posterior debate donde se planteen diferentes cuestiones que no han sido incluidas en la práctica y se resuelvan las posibles dudas que puedan surgir. Los debates suscitados en clases, junto al desarrollo de los trabajos en grupos permiten al alumnado ser activo y protagonista de su propio proceso de aprendizaje. Con estas prácticas, se ha de identificar el problema subyacente, buscar posibles documentos relacionados, así como defender y argumentar públicamente la solución a la que se ha llegado.

En una última etapa, se dividirá al alumnado en grupos de trabajo formados por cinco personas. La organización de tales grupos queda fijada por el profesor con el fin de dotar al alumnado de las competencias necesarias para trabajar en equipos con compañeros con los que no se tiene una relación directa. Esta última fase está situada en la línea definida por el CIDUA: “relaciones de trabajo basadas en la cooperación de los alumnos, la participación activa de los mismos y el intercambio de opiniones sobre contenidos, métodos y especialmente sobre las posibilidades de aplicación del conocimiento al análisis de los problemas reales”. Cada grupo debe comentar una sentencia desde las tres perspectivas que concurren en la misma: las dos partes contrapuestas en el conflicto y el juez o tribunal. Los alumnos deben buscar bibliografía y jurisprudencia que refuerce cada una de sus posiciones. La evaluación de los trabajos se realiza teniendo en cuenta, de un lado, el trabajo escrito (con especial atención a la identificación de las ideas principales del texto, el orden y la congruencia en la exposición de ideas y argumentos, la claridad y precisión, la redacción y concordancia del texto, así como las referencias bibliográficas) y, de otro, la presentación oral (fundamentalmente evaluando el dominio del tema, la organización y síntesis de la información y el uso adecuado del tiempo).

Son numerosos los beneficios y recursos generados por la aplicación de esta metodología. En primer lugar, por lo que respecta a las ventajas que pueden obtener los alumnos con el recurso a dicho método didáctico, pueden concretarse las siguientes: desarrollo de nuevos documentos para la instrucción del alumnado, innovación y actualización de metodologías de enseñanza, promoción del trabajo autónomo del estudiante, adquisición de un mayor protagonismo y corresponsabilidad del alumnado en el proceso de aprendizaje, adquisición de competencias para el trabajo en equipo, desarrollo de habilidades de comunicación y competencia para aplicar los conocimientos a la práctica.

En segundo lugar, en lo referente a los posibles recursos extraíbles de la experiencia, destacan los materiales prácticos sobre búsqueda de recursos bibliográficos y jurisprudencia, los ejercicios prácticos de referencia resueltos por el docente, los resultados de las prácticas colectivas resueltas por los alumnos de la asignatura, así como la evaluación por parte del estudiante en relación a los trabajos realizados a lo largo del curso.

Cronograma

FASE	DEDICACIÓN	MARCO TEMPORAL	OBJETIVOS
1.	9 horas (20% del total)	Semana 1	- Presentación e introducción al curso. - Metodología y evaluación. - Planificación de las actividades a realizar.
		Semana 2-3	- Enseñanza sobre la utilización de los diferentes servicios que ofrece la Universidad y los medios informáticos disponibles en materia bibliográfica.

2.	21 horas (50% del total)	Semana 4	- Presentación y solución por el docente de una práctica. - Orientación en materia de búsqueda bibliográfica, presentación y redacción de la práctica.
		Semana 5-11	- Preparación por los estudiantes de las prácticas propuestas y exposición colectiva de las mismas. - Tutorización orientada.

3.	12 horas (30% del total)	Semana 12	- Organización de los equipos de trabajo. - Planificación de la actividad docente en relación con los materiales docentes y actividades a realizar.
		Semana 13-14	- Desarrollo por parte de los estudiantes del trabajo en equipo asignado. - Tutorización orientada.
		Semana 15	- Exposición y evaluación del trabajo en equipo asignado. - Cuestionario sobre la experiencia desarrollada.

La evaluación final de la asignatura abarcará la de las distintas etapas que se han reseñado líneas arriba, debiendo reflejarse la importancia de cada una de ellas. Así pues, se propone la siguiente sistemática de evaluación:

- Prácticas: El día previo a la exposición de las prácticas en clase, éstas deberán haber sido entregadas en formato digital al docente. Serán evaluadas con una nota sobre 10, valorándose positivamente la participación en clase.
- Trabajo en grupo: El contenido y su debida fundamentación jurídico-política supondrá el 80%, mientras que la presentación oral representará el 20% restante. Nota sobre 10.
- Examen: Consistiría en una pregunta de desarrollo y dos prácticas, diferentes, pero muy relacionadas con las que se han venido realizando a lo largo del curso.

La nota final de la asignatura será la resultante de aplicar una media ponderada a las notas obtenidas en las prácticas, el trabajo en grupo y el examen final de la asignatura. Las prácticas tendrán un peso del 30 por ciento, el trabajo en grupo del 20 por ciento y el examen final del 50 por ciento.

Con el objetivo de asegurar un seguimiento completo a cada una de las etapas, para superar la asignatura será necesario sacar al menos 4 puntos sobre 10 en cada una de las partes.

2.2. VENTAJAS DEL APRENDIZAJE COOPERATIVO FRENTE A LA ENSEÑANZA TRADICIONAL

Vistos los caracteres generales del aprendizaje cooperativo y propuestos algunos ejemplos para su puesta en práctica, cabría concluir señalando los aspectos que mejoran con la técnica del trabajo cooperativo, frente a los propios de la enseñanza tradicional. En concreto, suelen señalarse los siguientes⁷:

⁷ FERNÁNDEZ MARCH, A. (2005): *Nuevas metodologías docentes*. Disponible en: www.usal.es/~ofeees/NUEVAS_METODOLOGIAS/nuevas_metodologias_docentes.doc

- Promoción de las competencias sociales de los alumnos, mediante el fomento de las relaciones interpersonales, la dinámica de grupo, la toma de decisiones y la solución de problemas.
- Posible utilización desde cualquier campo del conocimiento, de la técnica y de las artes.
- Desarrollo de una relación de ayuda entre los alumnos.
- Incremento del grado de motivación.
- Aumento del nivel de compromiso y de responsabilidad de los alumnos.
- Aumento del grado de autonomía intelectual, personal y moral de los alumnos.
- Establecimiento de un grado elevado de persistencia en el trabajo.
- Descubrimiento de los recursos propios y ajenos.
- Entrenamiento en las competencias profesionales.
- Incremento de la frecuencia y la calidad del contacto con el profesor y de las interacciones con los compañeros.
- Constancia del tiempo para asimilar los contenidos.

Capítulo XXXVI. Innovación Docente: Elemento Clave En La Mejora De La Calidad De La Enseñanza De Las Universidades Y Su Repercusión En La Carrera Profesional Del Docente Universitario

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO¹

*Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SEJ-117)
Universidad de Córdoba*

Resumen

La calidad de la enseñanza universitaria es uno de los ejes claves del proceso de Bolonia. Dicha calidad se consigue con mejoras en el proceso de enseñanza-aprendizaje, a través de nuevos métodos de enseñanza, aprendizajes basados en competencias y nuevo rol del profesorado. La innovación docente se entiende como una mejora de la calidad de la enseñanza como consecuencia de la necesidad de introducir mejoras en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Pero para que la innovación sea de calidad y tenga efectos a largo plazo exige apoyo institucional, formación del profesorado y mejora en el impacto que la docencia tiene en el currículo profesional del docente.

1. ANTECEDENTES EN LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LA DOCENCIA Y DESARROLLOS RECIENTES DE CARA AL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

La Universidad está inmersa desde finales de la década de los noventa del siglo veinte en un profundo cambio, debido a circunstancias socio-culturales ligados a la sociedad del conocimiento y a las circunstancias socio-políticas y económicas de nuestro entorno, que ha apresurado la necesidad de un cambio cultural o de modelo de Universidad, hacia una más moderna, tanto en el plano educativo, como investigador y de gestión², para adaptarla a la sociedad globalizada y tecnológica del siglo veintiuno.

En Junio de 1999, un año después de la Declaración “Sorbonne”³, ministros responsables de la Educación Superior, procedentes de 29 países europeos, firmaron la Declaración de Bolonia, cuyos objetivos fueron posteriormente concretados y actualizados en sucesivas conferencias de los ministros responsables de la Educación Superior. Desde entonces, la calidad de la educación superior ha sido el corazón del

¹ Actualmente es Coordinadora Específica del Proyecto “Implantación de nuevas técnicas de enseñanza-aprendizaje relacionada con la gestión práctica y el desarrollo de las competencias en las aulas universitarias”, dentro del Programa de la Universidad de Córdoba de Proyectos Coordinados de la Titulaciones (PICETOS), para el curso 2015/2016 (Res. Del Consejo de Gobierno de la UCO de 30-10-2015). Dicho proyecto se está desarrollando en la Facultad de Ciencias del Trabajo desde el curso 2013/2014. Ha sido Coordinadora de diversos proyectos de innovación docente en la Universidad de Córdoba: “Herramientas informáticas para la enseñanza del Derecho del Trabajo: un nuevo sistema de autoevaluación para el aprendizaje cognitivo de la rama social del derecho” (curso 2012/2013); “El aprendizaje autónomo a través de mapas conceptuales interactivos para el estudio del derecho individual del trabajo” (curso 2010/2011).

² RODRIGUEZ-MORENO, M.L. “Las demandas sociales y el mercado laboral ante la integración europea del conocimiento universitario”. *Cuadernos de Investigación Europea*. Vol. 2, 2005, pág. 5.

³ Declaración de La Sorbona. Declaración conjunta para la armonización del diseño del Sistema de Educación Superior Europeo (a cargo de los cuatros ministros representantes de Francia, Alemania, Italia y el Reino Unido). La Sorbona, París, 25 de mayo de 1998. Disponible en la dirección web: <http://tecnologiaedu.us.es/mec2011/htm/mas/2/21/15.pdf> (consultado el 22/12/2015).

establecimiento del área de Educación Superior Europea⁴. Los ministros responsables de ésta se comprometieron, en diferentes reuniones mantenidas en 2001 y 2003⁵, a apoyar el desarrollo de la calidad a niveles institucionales, nacionales y europeos. Señalaron la necesidad de desarrollar criterios compartidos y metodologías dirigidas a la garantía de la calidad, que la garantizaran en el EEES, tanto a nivel nacional como internacional.

Así pues, la garantía de calidad se convierte en la primera responsabilidad que tienen que asumir las instituciones, lo que proporcionaría la base para la responsabilidad del sistema académico en el marco de calidad nacional. En base a ello, acordaron que para 2005 los sistemas de garantía de calidad nacionales deberían incluir:

- Definición de las responsabilidades de los cuerpos e instituciones involucradas.
- Evaluación de programas o instituciones, incluyendo asesoramiento interno, revisiones externas, participación de estudiantes y la publicación de los resultados.
- Sistemas de acreditación, certificación o procedimientos similares.
- Participación internacional, cooperación y networking.

En 2005, en otra de las reuniones mantenidas por los ministros europeos de Educación Superior⁶, se constata que casi todos los países habían adoptado las medidas necesarias para aplicar un sistema de garantía de calidad basado en los criterios acordados en Berlín y que se había llevado a cabo un alto grado de cooperación y formación de redes.

Al día de hoy, los objetivos perseguidos por la Declaración de Bolonia siguen estando plenamente vigentes y, dado que muchos de sus objetivos están en proceso, han sido asumidos por la Estrategia Europa 2020 como parte de la creación de una Europa del conocimiento. Junto con el crecimiento sostenible y el integrador, el crecimiento inteligente, basado en inversiones más eficaces en educación, investigación e innovación, permitirá generar las condiciones óptimas para la creación de una economía más competitiva que genere más empleo. Como han puesto de relieve los ministros de educación europeos⁷, hasta 2020 la educación superior europea tiene una contribución vital en la realización de una Europa del conocimiento que sea altamente creativa e innovadora. Ante el desafío de una población envejecida Europa sólo puede tener éxito

⁴ “Educación Superior Europea” Comunicado de la Conferencia de Ministros responsables de la Educación Superior, mantenida en Berlín el 19 de Septiembre de 2003. Disponible en la dirección web: <http://tecnologiaedu.us.es/mec2011/htm/mas/2/21/3.pdf> (consultado el 22/12/2015).

⁵ “Hacia el Área de la Educación Superior Europea”. Declaración del encuentro de los Ministros Europeos en funciones de la Educación Superior en Praga, 19 de mayo del 2001. Disponible en la dirección web: <http://tecnologiaedu.us.es/mec2011/htm/mas/2/21/11.pdf> (consultado el 22/12/2015).
- “Educación Superior Europea”. Comunicado de la Conferencia de Ministros responsables de la Educación Superior, mantenida en Berlín el 19 de Septiembre de 2003. Disponible en la dirección web: <http://tecnologiaedu.us.es/mec2011/htm/mas/2/21/3.pdf> (consultado el 22/12/2015)

⁶ “El Espacio Europeo de Educación Superior-Alcanzando las metas”. Comunicado de la Conferencia de Ministros Europeos responsables de Educación Superior. Bergen, 19-20 de Mayo de 2005. Disponible en la dirección web: <http://tecnologiaedu.us.es/mec2011/htm/mas/2/21/2.pdf> (consultado el 22/12/2015).

⁷ EUROPEAN MINISTERS RESPONSIBLE FOR HIGHER EDUCATION (2009). “*The Bologna Process 2020-The European Higher Education Area in the new decade*”. Leuven and Louvain-la-Neuve, 28-29 april. Disponible en la dirección web: <http://tecnologiaedu.us.es/mec2011/htm/mas/2/21/8.pdf> (consultado el 22/12/2015).

en esta empresa si se maximiza el talento y las capacidades de todos sus ciudadanos⁸ y se involucra plenamente el aprendizaje a lo largo de toda la vida, así como en la ampliación de la participación en la educación superior.

Las prioridades de la educación superior para esta década, hasta el 2020, siguen siendo la lucha por la excelencia en todos sus aspectos, lo que supone un enfoque constante en su calidad. Todos los estudiantes y el personal de las Instituciones de educación superior deben estar equipados para responder a las cambiantes demandas de la sociedad en rápida evolución⁹. Aspiración plenamente aplicable a nuestro país, inserto desde 1999 en el Plan Bolonia¹⁰.

2. INVERSIÓN EN INNOVACIÓN DOCENTE POR PARTE DE LAS UNIVERSIDADES COMO FORMA DE MEJORAR LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA

Ya se ha puesto de manifiesto cómo la calidad de la enseñanza es una de las directrices sobre las que se asienta el EEES. La calidad se predica de todos los agentes implicados en el proceso de enseñanza-aprendizaje: instituciones educativas, gestión, profesorado. A nivel nacional, ello se constata en el Título V de la LOU en el que la garantía de calidad se predica de todos los niveles, mediante diferentes medias de evaluación, dirigidas a certificar y acreditar las actuaciones llevadas a cabo por los actores que participan en el proceso educativo de enseñanza superior, vía Agencia Evaluadora de la Calidad de la Enseñanza (ANECA), en base a criterios objetivos y principios de competencia técnica, científica y de transferencia¹¹.

Pero ¿qué se entiende por calidad?. Resulta necesario entender su significado para entender qué elementos determinan su obtención y cuáles se han alcanzado ya.

El primer problema que plantea el concepto de “calidad” es que nos encontramos ante un concepto polisémico¹², socialmente determinado, dado que se lee de acuerdo con los patrones históricos y culturales que tienen que ver con una realidad específica,

⁸ Tema ya abordado en un trabajo anterior: “La cualificación profesional como elemento esencial para mantener la empleabilidad de los jóvenes: líneas de actuación seguidas por la Unión Europea”. *XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Junta de Andalucía. 2014. Disponible en la dirección web:

https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportal-portlets/documentos?nombre=33_1449_3.pdf

⁹ EUROPEANMINISTERS RESPONSIBLE FOR HIGHER EDUCATION (2009). “*The Bologna Process 2020-The European Higher Education Area in the new decade*”. Leuven and Louvain-la-Neuve, 28-29 april. Disponible en la dirección web:

<http://tecnologiaedu.us.es/mec2011/htm/mas/2/21/8.pdf> (consultado el 22/12/2015).

¹⁰ En España, la adhesión al Proceso de Bolonia se llevó a cabo en 1999. La aprobación de la Ley Orgánica de Universidades (LOU), primero, a través de la LO 6/2001, de 21 de diciembre y su posterior modificación en 2007, por la LO 7/2007 (LOM), supuso la asunción de los principios y objetivos del Espacio Europeo de Educación Superior. De este modo, la garantía de calidad de la enseñanza universitaria se concreta en el Título V de la LOU, a través de la creación de una Agencia Evaluadora de la Calidad (art. 32 LOU), evaluaciones positivas de la actividad a todos los niveles (arts. 50 y 52 LOU) y exigencia de acreditación por parte de los sujetos implicados en el proceso de enseñanza aprendizaje (art. 57, 59 y 60 LOU).

¹¹ FIDALGO REDONDO, R./ GARCIA SERRANO, J.N. “Las directrices del EEES en el Marco legislativo del sistema universitario español”. *Aula Abierta*, vol. 35, núms. 1 y 2.2007.

¹² ANTUNEZ, S. “La autonomía de los centros escolares, factor de calidad educativa y requisitos de innovación”. *Revista de educación*, nº 204. 1994, págs.92-93.

con una formación social concreta, en un país concreto y en un momento concreto¹³. La dificultad a la hora de hallar un consenso sobre lo que significa la *calidad en la enseñanza* deviene del hecho de que el significado que pueda dársele a esta expresión dependerá de las concepciones que se tengan de la propia enseñanza¹⁴, e, incluso, la diferente perspectiva de los agentes implicados implica una concepción distinta del término. Aquellos que no son educadores profesionales, como pueden ser los políticos o los empresarios, tenderán a interpretar la calidad de la enseñanza en términos ajenos al proceso educativo, mientras que los profesionales de la educación entenderán la calidad como un valor intrínseco dentro de un proceso educativo global¹⁵.

En la práctica, el problema etimológico o conceptual enmascara otro más importante: el hecho de que la utilización del término *calidad de la enseñanza*, tenga un sentido u otro, sirve para ocultar otro tipo de análisis, de intereses y de realidades, ajenos en amplia medida a la mejora del proceso de enseñanza-aprendizaje. Se descubre como un discurso bien articulado, que ofrece legitimidad a cambio de un conjunto de supuestos con importantes implicaciones prácticas y que se encamina, en una sola dirección: por un lado, se dota al término de una gran ambigüedad y, por otro, en el marco del discurso que lo recubre, se produce un cierre categorial, se impone una determinada concepción de calidad, excluyéndose otras posibles, y al menos, tan legítimas como ellas¹⁶.

A continuación, debemos preguntarnos cuál es dicha concepción y si verdaderamente responde a la búsqueda de la mejora del proceso educativo. Para ello debemos partir de la base de que el énfasis en la calidad de la enseñanza deviene de la asunción de las Teorías del Capital Humano de los años 60 del siglo XX, que introducen la función económica en la definición de calidad, de modo que los sistemas educativos debían ser eficientes y coadyuvar en la mejora del desarrollo económico a través de la mejora de la competitividad de los mercados. La enseñanza se entiende de calidad cuando contribuye a formar a personal cualificado que pueda elevar la competitividad de las empresas en las que se insertará en el futuro. En esta concepción de la calidad es donde aparece la noción de “estandar” para referirse a la calidad, que tan presente está actualmente en todos los procesos de evaluación de la calidad de la enseñanza universitaria.

¿Podemos afirmar que actualmente nos encontramos lejos de esta concepción mercantilista de la educación, que obedece a criterios económicos y empresariales de competitividad, más que de una educación que tiene como objetivo el desarrollo del individuo y de la especie humana?. Lamentablemente, la respuesta ha de ser negativa.

Tomemos como referente para comprender la asunción de un concepto mercantilista y económico del término *calidad en la educación*, los elementos que según la

¹³ BLANCO, R. “Innovación educativa y calidad de la educación”. *Curso Taller: Investigación y Sistematización de Innovaciones Educativas 2005-2006*. Disponible en la dirección web: <http://www.innovemosdoc.cl/publicaciones/1Modulo%20de%20Formacion.%20Calidad%20de%20a%20educacion.pdf> (consultado el 15/12/2015).

¹⁴ ALVAREZ MENDEZ, J.M. “La ética de la calidad”. *Cuadernos de Pedagogía*, nº 199, 1992, pág.8.

¹⁵ CARR, W. “Calidad de la enseñanza e Investigación- Acción”. Sevilla. Diada. 1993, pág.7.

¹⁶ AGUILAR HERNANDEZ, L. “las definiciones de calidad en educación: ubicuidad, ambigüedad, discurso”. *Tarbiya*, nº 32, pág 36.

UNESCO, determinan que la educación sea de calidad¹⁷: el respeto de los derechos de las personas, la equidad en el acceso, procesos y resultado y la pertinencia de la educación. Todas estas dimensiones están entrelazadas y su conjunción es lo que define una educación de calidad, sea a nivel escolar o universitario.

La utilización del criterio de la pertinencia de la educación trae de la mano la necesidad de que, para que sea de calidad, la educación debe ser coherente con las finalidades que se le asignan y con los significados y valores que se consideran deseables por la sociedad en cada momento histórico. Ello deja la puerta abierta, sin duda, a la consideración de la educación como elemento que contribuye al desarrollo económico y del capital humano, que debe medirse con indicadores y estándares que han de determinar su calidad, entendida ésta como parámetro que mide la probabilidad que la persona pueda acceder a trabajos más productivos.

Llegados a este punto, manifestamos nuestra negativa a considerar la calidad de la enseñanza en términos de teoría económica y abogamos por la calidad entendida como beneficio de la escolaridad o de la educación recibidas por cada estudiante¹⁸. Adoptamos en este punto, la concepción de la OCDE adoptada en los años 90 del siglo XX, en el sentido de que no puede realizar una definición universal de *calidad de enseñanza*, y la búsqueda de la misma “puede concebirse en términos tan amplios como para implicar potencialmente a todos los análisis y actividades relacionadas con el funcionamiento de las escuelas (o Universidades, añadimos nosotros) y la preparación de las políticas educacionales”, requiriéndose así una cierta limitación a su alcance con el objetivo de obtener una concentración operativa¹⁹.

Abogamos por la utilización de parámetros de calidad que estén centrados, fundamentalmente en el proceso de enseñanza-aprendizaje, de tal manera que la calidad se valore en función de haberse logrado o no los objetivos y los resultados de aprendizaje perseguidos desde el inicio.

Este es precisamente el gran reto que actualmente presentan los estudios universitarios: la evaluación de los resultados del aprendizaje²⁰. La dificultad estriba en que la obtención de dichos resultado es el fruto de múltiples factores, tanto del clima del aula, como de la competencia profesional del profesor, pasando por la motivación del alumno, entre otros muchos más. Todos ellos elementos intrínsecos y extrínsecos al propio proceso de enseñanza-aprendizaje que no son fácilmente conectables con parámetros de calidad que solo valoran la calidad de la enseñanza en la medida en que permite a los estudiantes encontrar un empleo.

¹⁷ UNESCO. Informe de seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo. El imperativo de la calidad. París. 2005.

¹⁸ En esta línea se mantiene también AGUILAR HERNANDEZ, L. Op. Cit. Pág. 39

¹⁹ OCDE. “Education at a Glance. OCDE Indicators”. París. 1993, pág.15.

²⁰ VAN GRIEKEN, R. “Innovación educativa en las Universidades españolas”. Disponible en la dirección web:

<http://www.um.es/documents/1277604/1815913/La+innovaci%C3%B3n+educativa+en+las+universidades+espa%C3%B1olas.pdf/5187920f-a575-44a6-ab32-d91319e88226> (consultado el 01/01/2016).

3. FACTORES QUE INCIDEN EN LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA: LA FORMACIÓN DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO Y LA INNOVACIÓN DOCENTE

La mejora de la calidad de la enseñanza no es una aspiración nueva, pero ha cobrado en los últimos años una renovada atención, debido a un cambio en la comunidad universitaria sobre el sentido de la formación y el papel de las Universidades y de la docencia en el desarrollo profesional y del estudiante²¹. La docencia debe entenderse como un proceso permanente y dinámico, que exige, para alcanzar un determinado nivel de calidad del servicio, la aplicación de un permanente proceso de innovación educativa, lo que implica que la innovación debe responder a los parámetros definidos del desarrollo social integral en el que inserta todo proceso educativo. Debe ser un proceso planificado, no algo aislado, considerando los contenidos y orientaciones de todo proceso educativo y el momento histórico dado²².

Actualmente las Universidades están apostando por la mejora de la calidad de la enseñanza superior mediante una conjunción entre la innovación docente y la formación del profesorado, aunque ambas no están siendo abordadas con el mismo empuje institucional. Si bien la innovación está siendo objeto de un importante despliegue de programas institucionales, que fomentan el espíritu innovador de los profesores universitarios, no lo está siendo tanto el diseño de programas orientados a promover el desarrollo profesional del profesorado en aspectos esenciales para mejorar la calidad de sus actuaciones en el aula.

Siendo ambas imprescindibles (innovación docente y formación del profesorado), no cabe duda que no cabe duda que ninguna innovación es posible sin un programa paralelo de formación del profesorado²³, máxime cuando se hace recaer sobre el profesor universitario el papel de motor del cambio.

4. LA RELACIÓN DIRECTA ENTRE INNOVACIÓN DOCENTE Y CALIDAD DE LA ENSEÑANZA

El concepto de innovación es un concepto polisémico, con diversos significados dependiendo del contexto al que se refiera. En sentido amplio, innovar “consiste en desarrollar una nueva idea y ponerla en práctica. La innovación trata de dar respuesta a los cambios que se producen en las vidas de las personas mediante la modificación y adaptación de productos y servicios y de las tecnologías que los producen, comercializan y distribuyen”²⁴. En el contexto educativo, la innovación adquiere matices particulares. Rivas la conceptúa como la acción consistente en el proceso de

²¹ ZABALZA, M.A. “Innovación en la enseñanza universitaria”. *Contextos educativos*, nº. 6-7. 2003-2004, pág.115.

²² BARTRA GROS, F. “Innovación y calidad de la docencia universitaria: hacia un desarrollo docente universitario en la PUCP”. *Educación*. Vol.VI. Nº 11. 1997, pág. 32.

²³ ZABALZA, M.A. “Innovación en la enseñanza universitaria”. *Op. Cit.* Pág. 127.

²⁴ PORTO CASTRO, A.M. “La comercialización de los resultados de la innovación”, en (Cajide, J. Coord.) *Innovación y transferencia: reflexiones desde la universidad y la empresa*. Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. 2011, pág.73,

incorporación de algo nuevo en el sistema de la institución educativa, de tal manera que mejore sus efectos en orden al logro de los objetivos educativos²⁵.

En nuestra opinión, la clave para entender qué debe entenderse por “innovar” en educación se centra en la finalidad de dicha innovación: innovar es introducir cambios, pero no necesariamente introducir novedades. Cambios que deben ser planificados, justificados²⁶. Innovar para cambiar, para mejorar el proceso de enseñanza-aprendizaje, introduciendo aquellos cambios justificados que permitan alcanzar los objetivos y los resultados que se han pretendido desde el inicio del proceso. Esta diferenciación entre cambio y novedad, creemos que es clave para entender qué ha de entenderse por innovación en el campo educativo. Innovar no es hacer solo cosas distintas, sino cosas mejores, planificadas. Para que una innovación sea considerada como tal necesita que sea duradera, tener un alto índice de utilización, estar relacionada con la práctica profesional y generar o implicar un verdadero cambio. Estos elementos son los que permiten diferenciar las simples novedades de la auténtica innovación²⁷.

Opinamos con Zabalza²⁸, que para innovar en docencia es necesario aplicar tres condiciones en todo ejercicio profesional: apertura, actualización y mejora.

La apertura requiere de un proceso de flexibilidad; la introducción de cambios flexibles que permitan el compromiso activo por parte del docente y del alumnado. La actualización ha de ser entendida como la introducción de nuevos modelos y/o formas de actuación docente; no se trata de inventarse o improvisar algo nuevo, sino de poner al día los sistemas de enseñanza, incorporando los nuevos conocimientos y recursos disponibles. La mejora, por último, está implícita en toda innovación, es inherente a la actividad docente. Se entiende como una mejora continua en el desarrollo profesional.

Asimismo, para que la innovación permita alcanzar los parámetros de calidad deseados, que no siempre habrán de ser los fijados por la institución universitaria, sino que dependerán de que se hayan alcanzado los objetivos y resultados del proceso de enseñanza-aprendizaje, según nuestra tesis, la doctrina baraja otros muchos parámetros como fundamentales para promover la innovación, tales como equipos docentes sólidos y una comunidad educativa receptiva; la institucionalización de la innovación; la existencia de redes de intercambio y de cooperación, entre otras.

De entre todos, creemos que son fundamentales aquellos parámetros que tienen que ver con la práctica innovadora realizada por el docente, que constata que el cambio introducido ha permitido obtener los resultados de aprendizaje pretendidos, tales como la realización de innovaciones que sean viables y prácticas, que no se queden en meras palabras, sino que den lugar a resultados tangibles; la documentación y evaluación de

²⁵ RIVAS, M. *Innovación educativa. Teoría, procesos y estrategias*. Madrid. Síntesis. 2000, citado por PORTO CASTRO, A.M./ MOSTEIRO GARCIA, M.J. “Innovación y calidad en la formación del profesorado universitario”. *Revista electronica interuniversitaria de formación del profesorado*. 17 (3), pág.144.

²⁶ ZABALZA, M.A. “Innovación en la enseñanza universitaria”. Op. Cit. Pág. 120.

²⁷ BARREIRO, F./ ZAMORA, E.T. “Innovación en la Universidad”, en (Cajide, J. Coord.) *Innovación y transferencia: reflexiones desde la universidad y la empresa*. Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. 2011, pág. 41.

²⁸ ZABALZA, M.A. “Innovación en la enseñanza universitaria”. Op. Cit. Pág. 120.

los cambios realizados, y la incorporación del curriculum formativo de las innovaciones que se han constatado eficaces²⁹.

En el ámbito universitario, actualmente las principales áreas de innovación son la introducción de las tecnologías de la información y la comunicación, los procesos de I+D+I, los procesos de enseñanza-aprendizaje, los procesos de mejora continua y de formación del profesorado. Es precisamente esta última, la más importante y la más necesitada de desarrollo en el ámbito del EEES.

5. LA FORMACIÓN DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO Y LA EVALUACIÓN DE LA CALIDAD DOCENTE COMO ELEMENTOS CLAVE PARA EL DESARROLLO DE LA CARRERA PROFESIONAL UNIVERSITARIA

Para la OCDE, las áreas clave en el empeño de la calidad abarcan desde el currículo a los profesores, pasando por la organización de la escuela (o de los centros educativos en general), la evaluación y los recursos³⁰. Es precisamente respecto del profesorado sobre el que ha recaído una de las labores más ingentes a la hora de contribuir a la implantación del EEES, dado que se le coloca en una posición clave a la hora de hacer realidad las aspiraciones del proceso de Bolonia. Concretamente, las implicaciones directas que el EEES tiene respecto de la función pedagógica del profesorado, son³¹:

- Asunción del sistema de créditos ECTS, basado en la carga de trabajo del estudiante.
- Asunción de los objetivos de aprendizaje basados en competencias.
- Necesidad de lograr un desarrollo del alumnado, tanto en competencias específicas, propias de la especialización, como de las competencias generales o transversales comunes.

Partiendo de esta idea, la implantación del EEES supone hacer del profesorado uno de los ejes clave en la consecución de la mejora en la calidad de la enseñanza, dado que la puesta en marcha del nuevo entorno educativo diseñado por el proceso de Bolonia le sitúa al frente del cambio, exigiéndole una reforma profunda del modelo pedagógico y de enseñanza-aprendizaje que se ha venido realizando en los últimos siglos.

El profesorado tiene, pues, una enorme responsabilidad en la calidad del sistema educativo, dado que es el responsable de la docencia, considerada ésta como un proceso organizado intencional y sistemático, que orienta los procesos de enseñanza-aprendizaje, lo cual exige en el profesor, no solo el dominio de su especialidad, sino también del conocimiento de las estrategias, técnicas y recursos psico-pedagógicos que promueven la interacción didáctica y los aprendizajes significativos en los usuarios³². El papel del profesor se transforma en relación con sus roles tradicionales y sus competencias profesionales, demandándose del mismo nuevos roles: instructor, tutor,

²⁹ ZABALZA, M.A. "Innovación en la enseñanza universitaria". Op. Cit. Pág. 120.

³⁰ OCDE. Op. Cti. Pág.73-ss.

³¹ FIDALGO REDONDO, R./ GARCIA SANCHEZ,J.N. "Las directrices del EEES en el marco legislativo del sistema universitario español". Aula Abierta vol. 35, nums. 1 y 2. 2007, pag. 45.

³² BARTRA GROS, F. Op.Cit. Pág. 32.

programador, evaluador, mediador en el proceso de aprendizaje, sin dejar de ser el elemento clave en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

Tejada Fernández identifica tres tipos de roles en los que el profesor debe destacar, cuales son³³: a) Programador, Director y Coordinador de procesos de aprendizaje con medios interactivos; b) Transmisor de información e impulsor de la ejercitación de conocimiento, procedimientos y actitudes; c) Motivador y lazo de conexión entre los objetivos a alcanzar y el alumno.

Como se ha apuntado³⁴, con el nuevo protagonismo que adquiere el docente, necesita nuevas competencias que le permitan desarrollar su labor en el aula. Dichas competencias habrán de ser de variados tipos: tecnológicas (saber utilizar las nuevas herramientas educativas), sociales y de comunicación (feedback, procesos de grupo y trabajo en equipo, negociación, relaciones interpersonales, etc.), teóricas (nuevos conocimientos y nuevas teorías de aprendizaje en situaciones profesionales) y competencias psicopedagógicas (métodos de enseñanza que utilicen las TICs, métodos de tutorías y monitorización en situación de autoformación, orientación profesional, métodos de individualización del aprendizaje, etc.). Si a todo ello le unimos que muchas de dichas competencias se desarrollan en el contexto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), podremos llegar a comprender la gran transformación que se exige al profesorado inserto en el Espacio Europeo de Educación Superior.

La asunción de todas estas competencias supone la transformación del perfil profesional del docente universitario³⁵, de tal manera que se le exige que sea más colaborador, que fomente la participación, que reconozca el hecho de que no posee todo el conocimiento, que tenga habilidades organizativas importantes, que esté abierto a la experimentación y capacidad para modificar su metodología.

Dado que tradicionalmente la Universidad no ha considerado necesaria la formación docente del profesorado, al entenderse que el dominio de una materia permitía comunicarla eficazmente, el ejercicio mismo de la docencia no ha sido considerado como mérito a valorar en la carrera profesional del docente universitario, que se ha decantado más por cuidar su carrera investigadora, no ha tenido necesidad de ser objeto de formación continua que la mejorase. Ideas ambas que han de ser desechadas en el nuevo enfoque de la Universidad del siglo XXI.

Actualmente, la formación docente del profesorado se considera como un elemento más, junto a la innovación, de la calidad de las Universidades, aunque ello no repercute, como apuntaremos más adelante, en una mejora de su carrera universitaria. Para que sea participe de la mejora de la calidad de la enseñanza, se le exige que, además de ser experto en su disciplina, tenga una serie de competencias básicas, tales como ³⁶: el conocimiento del proceso de aprendizaje del estudiante en contextos académicos, no formales y e informales; la planificación de la enseñanza y de la interacción didáctica; la utilización de métodos y técnicas didácticas adecuadas; la gestión de interacción

³³ TEJADA FERNANDEZ, J. "El docente universitario ante los nuevos escenarios: Implicaciones para la innovación docente". *Acción pedagógica*. Vol. 11, nº 2.2002. Pág. 35.

³⁴ TEJADA FERNANDEZ, J. Op. Cit. Pág. 36.

³⁵ SANGRA A. "Enseñar y aprender en la virtualidad". *Educación*. 28. 2001, pág. 117.

³⁶ MADRID IZQUIERDO, J.M. "La formación y la evaluación docente del profesorado universitario ante el espacio europeo de educación superior". *Educatio*, nº. 23. 2005, pág.60.

didáctica y de las relaciones con los estudiantes; la evaluación, el control y la regulación de la docencia y del aprendizaje; el conocimiento de las normas legales sobre derechos y deberes del profesor y del estudiante; gestión del desarrollo profesional del docente...

Toda esta amplia gama de competencias deben partir de una sólida formación del profesorado, unas buenas condiciones laborales y un constante proceso de evaluación del mismo para detectar en qué medida está cumpliendo con el trabajo que se le ha encomendado³⁷; de eso no cabe duda. Pero, el problema actual con el que se enfrentan las Universidades que, actualmente hay fallos importantes en materia de formación y condiciones laborales de los docentes, que, sin embargo, están sometidos a permanente evaluación.

Estamos de acuerdo en que la necesidad de mejorar la actividad docente, como elemento para la mejora de la calidad de la enseñanza universitaria, pasa por una mejora continua de la misma. La innovación docente es entendida, precisamente, como ese elemento de mejora necesario. Para ello nada mejor que la formación docente del profesorado universitario, tanto en un nivel inicial como de forma continua a lo largo de su carrera profesional, que le dote de las competencias profesionales en relación con la docencia que se le están exigiendo actualmente. Pero también creemos del todo necesario que ello tenga reflejo en la carrera profesional del docente, que permita del “desarrollo de una carrera equilibrada y coherente, mediante la creación de nuevas figuras contractuales y la introducción de incentivos”, tal y como dispone la LOU-LOMLOU.

6. POSIBLES MECANISMOS PARA REORIENTAR EL CENTRO DE ATENCIÓN DE LOS PROFESORES, RECONOCIENDO Y RECOMPENSANDO LA EXCELENCIA EN LA ENSEÑANZA

Como hemos planteado, el nuevo papel que el Espacio Europeo de Educación Superior impone al docente universitario determina la necesidad de reorientar el centro de atención de los profesores. La revalorización de la docencia como elemento indispensable en el nuevo papel que han de desempeñar las Universidades del siglo XXI pasa por dotar a los docentes de mecanismos que potencien la excelencia en la enseñanza y de reconocer ésta como mérito a valorar de forma cualificada en el desarrollo de su carrera universitaria.

Desde nuestro punto de vista, la calidad de la enseñanza universitaria depende de la calidad de los aprendizajes que realizan los alumnos en el aula, esto es, de que se alcancen los resultados de aprendizaje previstos al inicio del proceso formativo. La innovación docente y la formación docente del profesorado son claves en este proceso. Reavivar la formación inicial y permanente del profesorado universitario les permitirá alcanzar las competencias necesarias para innovar. Junto a ello, debe crearse entre todos una cultura docente responsable, prestigiada y comprometida con las buenas prácticas³⁸, que tenga peso en el desarrollo profesional del profesorado universitario.

Igualmente, debe producirse un cambio en la concepción de la docencia desde las instituciones educativas, pasando a tener un reconocimiento e incentivación equiparable a la investigación. Si queremos una enseñanza de calidad, los docentes deben ser el centro de atención, lo cual requiere una formación adaptada a sus necesidades docentes y un

³⁷ GARCIA MORIYON, F. “La condición docente y la calidad de la educación”. *Tarbiya* nº. 32, pág. 110.

³⁸ MADRID IZQUIERDO, J. Op. Cit. Pág. 61.

reconocimiento de su esfuerzo y dedicación al mismo nivel que el destinado a la investigación. Es precisamente en este punto en el que se debe prestar una especial atención por parte de las Universidades; recompensar la excelencia en la enseñanza de los profesionales cualificados, que imparten una docencia de calidad, debe ser una máxima a seguir por parte de aquéllas si quieren obtener una enseñanza de calidad ofrecida por profesionales comprometidos y dispuestos a la mejora continua. La recompensa debe pasar por una mejora en la redefinición de los tiempos dedicados a la docencia y a la formación continua del docente, a la mejora de las condiciones salariales y de estabilidad contractual, al enlace entre la promoción profesional y los óptimos resultados por parte de los estudiantes a su cargo en relación con los objetivos de aprendizaje.

Sin perjuicio de lo dicho, creemos que debe resaltarse, que la relación entre la calidad total del sistema de enseñanza universitaria y la calidad docente pasa, no solo por una capacitación del profesorado basado en criterios de excelencia, sino por la conjunción de otros factores, tales como la elevación de los niveles de calidad del proceso de enseñanza-aprendizaje y por las funciones, recursos y estructuras que conlleva su desarrollo³⁹. Hacer recaer sobre el profesorado todo el peso de la calidad de la enseñanza nos parece, cuanto menos, titánico e inalcanzable, por su complejidad y por no tener en cuenta los factores intrínsecos y extrínsecos aplicables al propio proceso de enseñanza-aprendizaje que dificultan alcanzar la meta pretendida desde Bolonia.

³⁹ BARTRA GROS, F. Op. Cit. Pág. 33.

Resumen

En los últimos años, además de la formación de profesionales y el desarrollo y creación de nuevo conocimiento a través de la investigación, ha tomado auge la denominada tercera misión de las universidades que implica la contribución al desarrollo socioeconómico del entorno a través de la transmisión y transferencia de dicho conocimiento a la sociedad, del desarrollo tecnológico, la innovación y el emprendimiento. La creación de spin-offs universitarias se presenta como una oportunidad de desarrollo profesional para las mujeres, que presentan tasas inferiores a los hombres en la creación y participación en dichas empresas. La mayoría de las spin-offs tienen una base tecnológica, con origen en estudios e investigación dentro del ámbito de las tecnologías, áreas en las que tradicionalmente las mujeres tienen menos presencia. Se hace necesario, por tanto, fomentar la creación de empresas con alto valor añadido por parte de las mujeres en el ámbito universitario, así como desde aquellas disciplinas más alejadas de los campos de investigación tecnológicos.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas las universidades se han ido posicionando como agentes fundamentales en el desarrollo de la economía del conocimiento¹. Así, a las que han venido siendo las actividades nucleares sobre las que tradicionalmente las universidades han estado más centradas, esto es, la docencia e investigación, en los últimos años ha tomado gran auge la tercera misión, la transferencia de conocimiento a la sociedad que permita un mejor y mayor desarrollo económico y social a través de la creación de valor². Esto ha contribuido a la generación de un debate público sobre el papel de las universidades en la sociedad³, en un contexto en el que la transferencia y difusión del conocimiento ha adquirido tanta importancia como la generación de dicho conocimiento⁴. Algunos autores apuntan una doble vertiente de esta tercera dimensión, una primera cultural y social y una segunda de explotación económica del conocimiento⁵. Surge así un nuevo marco donde conceptos como el de universidad

¹ COMISIÓN EUROPEA: Entrepreneurship Education: A road to success. A compilation of evidence on the impact of entrepreneurship education strategies and measures, Final Report, 2015.

² BUENO CAMPOS, E.: “La tercera misión de la universidad”, *Boletín Intellectus*, vol. 12, 2007, págs. 9-17; SHANE, S.A.: *Academic Entrepreneurship: University Spinoffs and Wealth Creation*, Cheltenham UK, Edward Elgar, 2004; VESPERI, W., REINA, R. Y GENTILE, T.: “Academic Knowledge Vs Entrepreneurship: The Spin off way”, *16ª European Conference on Knowledge Management*, Udine, Italia, 3-4 septiembre 2015.

³ WRIGH, M., CLARYSEE, B., MUSTAR, P. Y LOCKETT, A.: *Academic Entrepreneurship in Europe*, Cheltenham UK, Edward Elgar, 2007.

⁴ Bueno Campos, E., 2007, op.cit.

⁵ Vesperi, W., Reina, R. y Gentile, T., 2015, op.cit.

empresadora y spin-offs universitarias toman relevancia⁶, y en el que se muestran como una de las vías de transferencia de conocimiento de los grupos de investigación⁷.

Por otro lado, las mujeres en general, y en el ámbito universitario en particular, presentan menores tasas de actividad empresadora que los hombres⁸ y representan un porcentaje menor que los hombres sobre el total del personal docente e investigador (PDI) en plantilla en las universidades españolas, habiendo diferencias de género tanto en los distintos tramos de edad como por categorías profesionales⁹. Las mujeres en el ámbito universitario se caracterizan por una menor presencia en áreas y campos de investigación relacionados con la tecnología¹⁰, áreas más propensas a la creación de spin-offs universitarias, por lo que entre otras razones, las tasas de emprendimiento universitario femenino son muy bajas¹¹. Las mujeres además afrontan con mayor dificultad que los hombres el desarrollo de su carrera universitaria como académicas, llegando en algunos casos al abandono de la carrera investigadora¹². Así, en este contexto, la orientación de las mujeres pertenecientes al PDI de las universidades españolas hacia comportamientos más emprendedores, poniendo en valor sus resultados de investigación y creando alguna spin-off, podría ser una nueva vía de promoción profesional.

El objetivo de este trabajo, por tanto, será reflexionar sobre el fenómeno del emprendimiento universitario y el papel que desempeñan las mujeres en el ámbito universitario en dicho proceso. Para ello, además de este primer epígrafe a modo de introducción, se definirá y caracterizará en un segundo apartado el fenómeno de las spin-offs universitarias, en un tercer punto se analizará el emprendimiento femenino, en cuarto lugar se abordará el papel de las mujeres en el ámbito universitario, y por último se presentarán una serie de reflexiones a modo de conclusiones.

⁶ CLARK, B.: *Creating Entrepreneurial Universities: Organizational Pathways of transformation*, UK, Elsevier Science, 1998; ETZKOWITZ, H.: *MIT and the rise of entrepreneurial science*, London, Routledge, 2002; ETZKOWITZ, H.: "Innovation in innovation: the Triple Helix of university-industry-government relations", *Social Science Information*, vol. 42, nº 3, 2003(b), págs. 293-337.

⁷ BAINS, W.: "How Academics can Make (Extra) Money out of their Science?", *Journal of Commercial Biotechnology*, vol. 11, nº 4, 2005, págs. 353-373; JONES-EVANS, D.: Universities, technology transfer and spin-off activities – academia entrepreneurship in different European Regions, Final Report, Targeted Socio-economic Research Project No. 1042, University of Glamorgan y Comisión Europea, 1998; LANDRY, E., AMARA, N. Y RHERRAND, I.: "Why are some university researchers more likely to create spin-offs than others? Evidence from Canadian universities", *Research Policy*, vol. 35, nº 10, 2006, págs. 1599-1615; NILSON, A.S., RICKNE, A. Y BENGTTSSON, L.: "Transfer of academic research: uncovering the grey zone". *Journal Technology Transfer*, Vol. 35, 2010, págs. 617-636.

⁸ BRUNETICART, I. Y RODRÍGUEZ SOLER, J.: "Empresas spin-off y género: diferencias entre hombres y mujeres en la creación de empresas de base tecnológica", *Comunitaria Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias sociales*, nº 6, 2013, págs. 9-36; FERNÁNDEZ LÓPEZ, S., RODEIRO PAZOS, D., RODRÍGUEZ GULÍAS, M. Y VIVEL BÚAS, M.: *¿Mujeres emprendedoras en la Universidad?*, LÓPEZ DÍAZ, A.J. (COORD.): *Emprender, Una perspectiva de género*, A Coruña, Servizo de Publicacións da Universidade da Coruña, 2013, págs. 111-126; GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR (GEM): *Informe GEM España 2014*, Santander, Editorial de la Universidad de Cantabria, 2015b.

⁹ INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (IMIO): *Personal Docente e Investigador Universitario*, Estadísticas Educación, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2015.

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA: *She Figures 2012. Gender in Research and Innovation*, Statistics and Indicators, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2013.

¹¹ Fernández López, S., Rodeiro Pazos, D., Rodríguez Gulías, M. y Vivel Búas, M., 2013, op.cit.

¹² COMISIÓN EUROPEA: *Meta-analysis of gender and science research*, Synthesis Report, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2012.

2. LAS SPIN-OFF UNIVERSITARIAS: IMPORTANCIA Y DEFINICIÓN

Aunque el origen de las spin-offs universitarias podemos situarlo en Alemania en el siglo XIX¹³, es en EEUU donde este fenómeno toma gran auge como consecuencia, en gran parte, por el cambio producido en el modelo de financiación de las universidades¹⁴.

La importancia creciente de las spin-offs universitarias se pone de manifiesto tanto desde el punto de vista económico, como del académico y político. En primer lugar, son muchos los autores que destacan el papel relevante de las spin-offs universitarias en el desarrollo territorial, en la generación de riqueza y la creación de empleo¹⁵. Suelen ser empresas muy eficientes que generan altos niveles de valor añadido, que tienen la capacidad de atraer inversiones del sector privado y que tienden a localizarse cerca de las universidades que las crearon, por lo que contribuyen a impulsar el desarrollo económico local y evitar la deslocalización¹⁶. En segundo lugar, desde el ámbito académico, las spin-offs ayudan a explotar mejor las tecnologías y conocimientos generados por los investigadores, que de otra manera podrían quedarse sin desarrollar comercialmente¹⁷. Además, el mayor conocimiento de la realidad empresarial y del mercado que poseen los investigadores-emprendedores podrá redundar en una mejora de su producción científica¹⁸, lo que tendrá un efecto positivo sobre las funciones de docencia y, por tanto, sobre la formación de los estudiantes, así como suponer un incentivo para atraer y retener a investigadores de élite¹⁹. El auge de la tercera misión de la universidad, y el fomento y desarrollo del emprendimiento, están conduciendo hacia a nuevos modelos universitarios²⁰. No obstante, la orientación emprendedora de la universidad debe complementarse con la visión tradicional de la misma, ya que una universidad emprendedora no podría existir sin los recursos y capacidades de la universidad tradicional²¹. Por último, desde el punto de vista político hay que señalar que el emprendimiento universitario está formando parte cada vez más de la agenda de los gobiernos y las instituciones públicas ante la toma de conciencia de la importancia de este fenómeno por parte de las mismas, poniéndose de manifiesto la necesidad de realizar esfuerzos coordinados por parte de todos los agentes implicados en el proceso, es decir, la industria, las instituciones de educación superior y los gobiernos e instituciones públicas²².

La importancia de las spin-offs universitarias ha despertado también el interés de los investigadores como campo de investigación, de manera que se ha producido un

¹³ Vesperi, W., Reina, R. y Gentile, T., 2015, op.cit.

¹⁴ Wrigh, M., Clarysee, B., Mustar, P. y Lockett, A., 2007, op.cit.

¹⁵ ETZKOWITZ, H.: "The norms of entrepreneurial science: cognitive effects of the new university-industry linkages", *Research Policy*, vol. 27, nº 8, 1998, Págs. 823-833; SHANE, S.A., 2004, op.cit.

¹⁶ SHANE, S.A., 2004, op.cit.

¹⁷ SHANE, S.A., 2004, op.cit.

¹⁸ ETZKOWITZ, H.: "Research groups as 'quasi-firms': the invention of the entrepreneurial university", *Research Policy*, vol. 32, nº 3, 2003(a), págs. 109-121; SAMSOM, K.J. Y GURDON, M.A.: "University scientists as entrepreneurs: a special case of technology transfer and high-tech venturing", *Technovation*, vol. 13, nº 2, 1993, págs. 63-71.

¹⁹ SHANE, S.A., 2004, op.cit.

²⁰ ETZKOWITZ, H., 2002, op.cit.

²¹ Landry, E., Amara, N. y Rherrand, I., 2006, op.cit.

²² COMISIÓN EUROPEA: *Entrepreneurship in Higher Education, especially within non-business studies*, Final Report of the Expert group, 2008; ETZKOWITZ, H., 2003(b), op.cit.

desarrollo creciente, fundamentalmente a partir de la década de 1990, de trabajos y publicaciones científicas sobre las spin-offs universitarias en revistas con índice de impacto, e incluso *special issues* en algunas de ellas²³.

No obstante, haciendo una revisión de la literatura, tratar de definir las es una tarea compleja ya que no sólo existen diferentes definiciones, sino también distintas denominaciones para el mismo fenómeno²⁴, encontrando diferentes términos como spin-off universitaria, spin-off académica, spin-off tecnológica, spin-off basadas en el conocimiento, spin-out o start-up²⁵. Existen diversas definiciones que aluden a las spin-offs universitarias como empresas de base tecnológica, sin embargo, aunque un alto porcentaje de ellas tienen su base en el desarrollo tecnológico y la aplicación de conocimiento técnico, estas definiciones excluyen a otras muchas áreas de investigación que pueden ser potencialmente creadoras de spin-offs universitarias²⁶. Así, para Pirnay et al.²⁷, las spin-offs universitarias son “nuevas empresas creadas para explotar comercialmente algún conocimiento, tecnología o resultado de investigación desarrollado en el seno de una universidad”. Definición amplia también la ofrecida por Beraza y Rodríguez²⁸, quienes entienden que para que una empresa creada sea considerada una spin-off universitaria debe cumplir dos condiciones: 1) ser una nueva empresa que tenga personalidad jurídica propia y 2) que haya sido creada para explotar conocimientos desarrollados por actividades de investigación de la universidad.

No obstante, dentro de las spin-offs universitarias encontramos las denominadas spin-offs académicas, “creadas básicamente para explotar algunos resultados prometedores obtenidos por los investigadores universitarios”, y las spin-offs de estudiantes “normalmente creadas para explotar una oportunidad de negocio que pocas veces se basan en amplias actividades de investigación”²⁹. Así, según la OCDE³⁰, se pueden considerar spin-offs universitarias aquellas que cumplan alguna de las tres siguientes características: 1) que uno de sus fundadores sea un empleado de la universidad, 2) que explote una tecnología con licencia proveniente de la universidad o 3) que la universidad participe en el capital. Quedarían excluidas, por tanto, las empresas creadas por los estudiantes ya que plantean dos problemas: es difícil rastrear estas empresas una vez que los alumnos han egresado y podrían producir una distorsión al alza en el volumen de tecnología y conocimientos realmente transferidos³¹. Por tanto, en adelante se hará referencia a las spin-offs académicas.

²³ ROTHARMEL, F., AGUNG, S. Y JIANG, L.: “University Entrepreneurship: a Taxonomy of the Literature”, *Industrial and Corporate Change*, vol. 16 n° 4, 2007, págs.691-791.

²⁴ BERAZA GARMENDIA, J.M. Y RODRÍGUEZ CASTELLANOS, A.: “Conceptualización de la spin-off universitaria. Revisión de la literatura”, *Economía Industrial*, n° 384, 2012, págs. 143-152; PIRNAY, F., SURLEMONT, B. Y NLEMVO, F.: “Toward a Tipology of University Spin-offs”, *Small Business Economics*, vol. 21, n° 4, 2003, págs.355-369; VESPERI, W., REINA, R. Y GENTILE, T., 2015, op.cit.

²⁵ Beraza Garmendia, J.M. y Rodríguez Castellanos, A., 2012, op.cit.

²⁶ Beraza Garmendia, J.M. y Rodríguez Castellanos, A., 2012, op.cit.; Vesperi, W., Reina, R. y Gentile, T., 2015, op.cit.

²⁷ Pirnay, F., Surlemont, B. y Nlemvo, F., 2003, pág. 356, op.cit.

²⁸ Beraza Garmendia, J.M. y Rodríguez Castellanos, A., 2012, op.cit.

²⁹ Pirnay, F., Surlemont, B. y Nlemvo, F., 2003, pág. 356, op.cit.

³⁰ OCDE (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO): “Special issue on fostering high-tech spinoffs: a public strategy for innovation”, *Science technology industry review*, n° 26, París, OECD Publications Service, 2001.

³¹ OCDE, 2001, op.cit.

A su vez, las spin-offs académicas pueden ser tipificadas en función del vínculo que tengan con la institución y del prestigio y calidad del grupo de investigación, el modelo de negocio seguido y de la configuración de recursos que posea³². Nicolau y Birley³³ las clasifican en tres tipos: ortodoxas, híbridas y tecnológicas. Las spin-offs ortodoxas son aquellas creadas por uno o varios académicos que dejan la institución para dedicarse a la gestión de la empresa y llevan consigo la tecnología desarrollada. En las spin-offs híbridas, se transfiere la tecnología fuera y algunos académicos pueden permanecer en la universidad y desempeñar algún cargo en la empresa, mientras que otros abandonan la universidad y se dedican completamente a la misma. Por último, las spin-offs tecnológicas son aquellas en las que se externaliza la tecnología y los investigadores siguen en su trabajo en la institución de origen y no mantienen relación con la gestión de la nueva empresa creada, aunque pueden participar como socios o actuar como consultores de la misma.

Como se ha comentado anteriormente, los investigadores juegan un papel fundamental en el emprendimiento universitario, ya que son los protagonistas en el proceso de generación y expansión del conocimiento a la sociedad³⁴. En este contexto, a través de la creación de spin-offs, los grupos de investigación ponen en valor sus investigaciones y pueden ser entendidos como “quasi-empresas”³⁵. No obstante, el proceso no está exento de problemas ya que, por un lado, los investigadores suelen carecer de conocimientos y competencias comerciales teniendo que competir en un entorno empresarial muy distinto al contexto universitario, lo que puede suponer un importante obstáculo para la supervivencia de la empresa y la obtención de rendimiento económico³⁶. Por otro lado, también pueden verse inmersos en una situación de conflicto de intereses y otras cuestiones éticas entre los distintos agentes implicados tales como la universidad, el emprendedor académico, la dirección de la empresa, o los proveedores de la financiación³⁷, cuestión que debería encauzarse hacia la búsqueda de la confluencia de dichos intereses distintos³⁸.

3. MUJERES Y EMPRENDIMIENTO

El género es un tema que está tomando gran relevancia en la literatura del emprendimiento, y se presenta como uno de los más importantes en este campo³⁹, existiendo informes específicos realizados por expertos internacionales que analizan el

³² Wrigh, M., Clarysee, B., Mustar, P. y Lockett, A., 2007, op.cit.

³³ NICOLAU, N. Y BIRLEY, S.: “Academic Networks in a trichotomous categorisation of university spinouts”, *Journal of Business Venturing*, vol. 18, 2003, págs. 333-359.

³⁴ AUDRETSCH, D.B., LEHMANN, E.E. Y WARNING, S.: “University Spillover and new firm location”, *Research Policy*, vol. 34, 2005, págs.1113-1122.

³⁵ ETZKOWITZ, H., 2003(a), op.cit.

³⁶ FERNÁNDEZ-ALLES, M., CAMELO-ORDAZ, C. Y FRANCO-LEAL, N.: “Key resources and actors for the evolution of academic spin-offs”, *Journal of Technology Transfer*, vol. 40, nº 6, 2015, págs. 976-1002; VOHORA, A., WRIGHT, M. Y LOCKETT, A.: “Critical junctures in the development of university high-tech spinout companies”, *Research Policy*, vol. 33, nº 1, 2004, págs. 147-175.

³⁷ Vohora, A., Wright, M. y Lockett, A., 2004, op.cit.

³⁸ ETZKOWITZ, H., 2003(a), op.cit.

³⁹ JUSTO, R.: “La mujer emprendedora”, DE CASTRO, J. O., JUSTO, R. Y MAYDEU, A. (EDS): *La naturaleza del proceso emprendedor en España en el contexto internacional*, cap. 7, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, págs. 191-202.

fenómeno del emprendimiento femenino⁴⁰. Muchos de los estudios realizados en el campo de investigación del emprendimiento tratan de analizar las diferencias entre hombres y mujeres en la creación de un negocio, así, aunque hay algunos que no encuentran diferencias entre ambos sexos en relación a la orientación emprendedora⁴¹, en otros las mujeres parecen tener menos propensión a crear una nueva empresa⁴².

En España, el informe realizado por el observatorio internacional *Global Entrepreneurship Monitor* estima anualmente la Tasa de Actividad Emprendedora (TEA) de la población entre 18 y 64 años que mide el porcentaje de población de dicho rango de edad involucrada en actividades emprendedoras de reciente creación. Como puede observarse en la tabla 1, la TEA femenina se ha mantenido, durante los últimos 10 años, por debajo de la masculina, situándose la TEA de mujeres en el 4,6% en el año 2014, mientras que la de los hombres es del 6,4%. No obstante, aunque sigue existiendo diferencias entre las tasas de ambos géneros, ésta ha disminuido desde el año 2012, situándose en un 1,8%⁴³.

Tabla 1: Evolución de la TEA por género en España 2005-2014

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
TEA Mujer (%)	4,2	5,7	5,5	6,0	3,9	3,2	4,5	4,0	4,2	4,6
Tea Hombre (%)	7,2	8,8	9,7	8,1	6,3	5,4	7,1	7,4	6,2	6,4

Fuente: GEM⁴⁴

El observatorio GEM señala dos motivaciones distintas hacia el emprendimiento, la primera de las motivaciones surge de la necesidad de autoempleo ante la falta de otras alternativas, y la segunda por la intención de aprovechar una oportunidad de negocio detectada en el mercado, encontrando una relación positiva entre el TEA y la capacidad para detectar oportunidades para comenzar un negocio⁴⁵. En España, si bien las mujeres parecen mostrar una menor capacidad para detectar oportunidades⁴⁶, la gran mayoría de los ya emprendedores, tanto hombres como mujeres, lo son por oportunidad, no existiendo diferencias significativas entre ambos géneros en sus motivaciones por emprender⁴⁷. Lo que sí apuntan los distintos informes es la influencia del entorno cultural y social sobre la intención emprendedora, constatando la existencia de diferencias sociales, económicas y culturales que afectan a ambos géneros en sus

⁴⁰ GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR (GEM): *Women's Entrepreneurship, Special Report*, 2015a. OCDE(ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO): *Women in Business - Policies to support women's entrepreneurship development in the MENA region*, OECD Publishing, 2012.

⁴¹ ATHAYDE, R.: "Measuring enterprise potential in young people", *Entrepreneurship, Theory and Practice*, vol. 33, nº 2, 2009, págs. 481-500; MOEN, J.A., RAHMAN, I.H.A. Y SALLEH, M.F.: "A study on entrepreneurial attitudes among youths in Malaysia. Case study: Institute Kemahiran Belia Negara, Malaysia", *Journal of American Academy of Business*, vol. 4 ½, 2004, págs. 192-197.

⁴² CRANT, J.M.: "The proactive personality scale as a predictor of entrepreneurial intentions", *Journal of Small Business Management*, vol. 34, nº 3, 1996, págs. 42-49; GUPTA, V.K., TURBAN, D.B., WASTI, S.A. Y SIKDAR, A.: "The role of gender stereotypes in perceptions of entrepreneurs and intentions to become an entrepreneur", *Entrepreneurship, Theory and Practice*, vol. 33, nº 2, 2009, págs. 397-417; MINNITI, M. Y LANGOWITZ, N.: "The entrepreneurial propensity of women", *Entrepreneurship, Theory and Practice*, vol. 31, nº 3, 2007, págs. 341-364; RUIZ-NAVARRO, J. CAMELO-ORDAZ, C. Y CORDURAS-MARTÍNEZ, A.: "Mujer y desafío emprendedor en España: características y determinantes", *Economía industrial*, No 383, 2012, págs. 13-22.

⁴³ GEM, 2015b, op.cit.

⁴⁴ GEM, 2015b, op.cit.

⁴⁵ GEM, 2015a, op.cit.

⁴⁶ Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.

⁴⁷ GEM, 2015b, op.cit.

motivaciones para emprender, por lo que en algunos países las mujeres se encuentran con trabas importantes mientras que en otros apenas existen⁴⁸.

Si bien algunos trabajos indican que no hay diferencias significativas en el éxito de las empresas dirigidas por mujeres emprendedoras frente a las dirigidas por hombres⁴⁹, ni en el perfil psicológico de los mismos⁵⁰, sí que existen algunas cuestiones que pueden afectar a la propensión de las mujeres a emprender y al éxito de sus negocios. En primer lugar hay que señalar las diferencias industriales y sectoriales de los negocios creados y dirigidos por mujeres, ya que suelen concentrarse en negocios de ventas al por menor y en industrias de servicios educativos y personales y este tipo de empresas, por lo general, tienen menores ratios de crecimiento y menos éxito que los negocios en otras industrias con mayor valor añadido⁵¹. En España, más del 70% de las iniciativas femeninas en el año 2009 se ubicaron en el sector orientado al consumo, seguido a gran distancia por el sector servicios y el industrial y con porcentajes mucho más bajos en el sector primario, mientras que los hombres, aunque con el mismo esquema, su actividad proporcionalmente mayor en los sectores industrial y de servicios⁵². Un segundo aspecto señalado en la literatura es el relativo a la innovación, que tradicionalmente señala comportamientos menos innovadores en las mujeres, debido a los estereotipos sociales de género⁵³, pero que sin embargo, parece haber cambiado la tendencia mostrándose las mujeres más innovadoras que los hombres tanto a nivel internacional como en España⁵⁴. En tercer lugar, si bien no se encuentran diferencias significativas entre hombres y mujeres emprendedores en cuanto al nivel académico de formación en España⁵⁵, la literatura señala diferencias entre los géneros en cuanto a las áreas de estudios, ya que las mujeres estarían más centradas en disciplinas relacionadas con el arte y las humanidades y menos con las relacionadas con las disciplinas más técnicas, ingenierías y las relacionadas con los negocios⁵⁶. Esto, junto a una menor confianza en sí mismas y para emprender⁵⁷, una menor propensión al riesgo⁵⁸, así como un mayor miedo al fracaso y una menor implicación de las mujeres emprendedoras españolas en la formación específica sobre emprendimiento⁵⁹, incidirá no sólo en la propensión a emprender sino en el desarrollo y rendimiento futuro de la empresa creada⁶⁰. La experiencia previa, es otro elemento importante que señala la literatura y analiza el

⁴⁸ GEM, 2015a, op.cit.; Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.

⁴⁹ CHELL, E. Y BAINES, S. (1998): "Does gender affect business performance? A study of microbusiness in business services in the UK", *Entrepreneurship and Regional Development*, vol. 10, 1998, págs. 117-135; KALLEBERG, A.L. Y LEICHT, K.T.: "Gender and organizational performance: determinants of small business survival and success", *Academy of Management Journal*, vol. 34, n° 1, 1991, págs. 136-161; STOREY, D.J.: *Understanding the small business sector*, UK, Thomson, 2004.

⁵⁰ BRUSH, C.G.: "Research on women business owners: past trends, a new perspective and future directions", *Entrepreneurship Theory and Practice*, vol. 16, n° 4, 1992, págs. 5-30.

⁵¹ GEM, 2015a, op.cit.; Kalleberg, A.L. y Leicht, K.T., 1991, op.cit.; Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.; Storey, D.J., 2004, op.cit.

⁵² Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.

⁵³ Kalleberg, A.L. y Leicht, K.T., 1991, op.cit.

⁵⁴ GEM, 2015a, op.cit.; Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.

⁵⁵ Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.

⁵⁶ JUSTO, R., 2008, op.cit.

⁵⁷ Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.; Storey, D.J., 2004, op.cit.

⁵⁸ Brush, C.G., 1992, op.cit.

⁵⁹ Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.

⁶⁰ ROSTI, L. Y CHELLI, F.: "Gender discrimination, entrepreneurial talent and self-employment". *Small Business Economics*, vol. 24, 2005, págs. 131-142.

observatorio GEM, y que en el caso de las emprendedoras españolas, presentan tasas menores que los hombres tanto en experiencia directiva como en el sector de actividad de la empresa creada⁶¹. Un quinto aspecto a señalar es el relacionado con los niveles de renta y la financiación de las empresas, factor crítico, no sólo para el nacimiento de la empresa, sino también para su supervivencia y desarrollo futuro⁶². Algunos autores constatan que las mujeres, por cuestiones de género, perciben y se enfrentan a mayores barreras para conseguir la financiación adecuada para sus negocios⁶³ y están discriminadas, además, en cuestión de salarios respecto a los hombres, lo que las aboca a centrarse en negocios que requieran poca inversión⁶⁴.

También se encuentran diferencias de género en relación a los contactos y redes sociales, y cuya importancia sobre el emprendimiento y sobre el rendimiento emprendedor se pone de manifiesto en la literatura⁶⁵, ya que las mujeres emprendedoras españolas cuentan con menor promedio de personas a las que acudir para consultar dudas profesionales y del negocio⁶⁶. Por último, un factor esencial cuando se habla del emprendimiento femenino son las responsabilidades familiares, que les restan tiempo que necesitarían dedicar al negocio⁶⁷. Algunos autores señalan que el emprendimiento es utilizado por algunos emprendedores como vehículo para poder conciliar la vida laboral y familiar⁶⁸. Sin embargo, los datos muestran que realmente crear una empresa no ayuda a solucionar los problemas relacionados con las responsabilidades familiares. Así, el 60% de las mujeres emprendedoras españolas (frente al 44,6% de los hombres) creen que su vida personal dificulta su carrera, identificando como las principales barreras la conciliación familiar en el 53% de los casos (hombres 27,9%), y dentro de este grupo el 54 % menciona el cuidado de los hijos (hombres 37%), y el 10,4% las tareas domésticas, frente al 1% de hombres⁶⁹.

Todavía existen importantes diferencias en el tiempo dedicado por hombres y mujeres al cuidado de los hijos y a las tareas domésticas, en general, y entre los emprendedores y emprendedoras en particular. A nivel mundial, de media las mujeres emprendedoras dedican entre 2 y 10 veces más tiempo al cuidado de los hijos y entre 1 y 3 horas más al día a las tareas del hogar⁷⁰. Para los hombres en cambio, los principales problemas son la falta de tiempo para dedicarse de lleno al negocio, la falta de recursos, sobre todo financieros, y los problemas de salud, aspectos no directamente relacionados con la familia. En cuanto a la figura del cónyuge, los emprendedores y emprendedoras españoles dicen estar apoyados por sus parejas, aunque cuando el emprendedor es él, la mujer le presta más apoyo en las tareas domésticas que en las propias del negocio y cuando es ella la que emprende, el apoyo del marido es más alto en tareas relacionadas

⁶¹ Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.

⁶² GEM, 2015a, op. cit.; MARLOW, S. Y PATTON, D. (2005): "All credit to men? Entrepreneurship, finance, and gender". *Entrepreneurship, Theory and Practice*, vol. 29 (6), pp. 717-735.

⁶³ Marlow, S. y Patton, D.: 2005, op.cit.; Storey, D.J., 2004, op.cit.

⁶⁴ Rosti, L. y Chelli, F., 2005, op.cit.; Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.

⁶⁵ GEM, 2015a, op. cit.; COPE, J., JACK, S. Y ROSE, M.B.: "Social capital and entrepreneurship. An introduction", *International Small Business Journal*, vol. 25, nº 3, 2007, págs. 213-219.

⁶⁶ Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op. cit.

⁶⁷ STOREY, D.J., 2004, op.cit.

⁶⁸ BENNETT, R.: "Business lecturers' perceptions of the nature of entrepreneurship", *International Journal of Entrepreneurial Behaviour and Research*, vol. 12, nº 3, 2006, págs. 165-188.

⁶⁹ Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op. cit.

⁷⁰ GEM, 2015a, op.cit.

con el negocio que con el hogar. Finalmente, si el emprendimiento no es individual sino con algún socio, el 31,5% de las mujeres emprendedoras españolas cuenta con su cónyuge como socio-gestor, proporción que casi duplica a la de los hombres (16,2%) que tienden a buscar otro tipo de socios, mayoritariamente varones⁷¹.

4. MUJERES Y UNIVERSIDAD

Una vez analizadas las figuras de las spin-offs en la universidad y el papel de las mujeres en el fenómeno emprendedor, el objetivo de este punto es analizar la presencia de la mujer en los distintos ámbitos universitarios así como su contribución e implicación en la creación de spin-offs académicas.

En primer lugar, en España, según los datos ofrecidos por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (IMIO)⁷², el porcentaje de mujeres entre el personal docente investigador (PDI) de la universidad española durante el curso 2013-2014, como se muestra en la tabla 2, es del 39,9%, frente al 60,1% de hombres. No obstante, dicho porcentaje baja al 35,37% en el caso de funcionarias y sube al 43,21% en el caso de personal contratado. Los datos muestran una leve tendencia ascendente de la presencia de mujeres en las distintas categorías profesionales, excepto en el caso de las Catedráticas de Escuela Universitaria y Titulares de Escuela Universitaria que son figuras en extinción. La menor presencia de mujeres en la investigación se constata también a nivel europeo. En la Europa de los 27 (EU-27) sólo el 33% del total de investigadores son mujeres⁷³. No obstante, el crecimiento en la proporción de investigadoras en el periodo 2002-2009 ha sido mayor en las mujeres que en los hombres, situándose en el 5,1% anual frente al 3,3% de los hombres. Sin embargo, el porcentaje es bastante más bajo en la máxima categoría profesional, representando las mujeres sólo el 20,66% del total de catedráticos de universidad. Según la Comisión Europea⁷⁴, no son razones de conciliación de la vida laboral y familiar las que expliquen esta segregación vertical por género ya que ni el matrimonio y los hijos parecen tener influencia sobre la productividad científica de las mujeres, sino que las razones estarían más bien en la falta de apoyo informal a la promoción profesional que las conduce al desaliento, y el sesgo o prejuicios en los procedimientos de evaluación del rendimiento de las mujeres.

⁷¹ Ruiz-Navarro, J. Camelo-Ordaz, C. y Corduras-Martínez, A., 2012, op.cit.

⁷² IMIO, 2015, op. cit.

⁷³ Comisión Europea, 2013, op.cit.

⁷⁴ Comisión Europea, 2012, op.cit.

Tabla 2: Porcentaje de mujeres PDI Universitario según categoría

Curso Académico	13-14	12-13	11-12	10-11	09-10	08-09	07-08	06-07	05-06	04-05
Personal funcionario	35,37	35,20	34,98	34,73	34,31	33,78	33,90	33,70	33,50	33,50
Catedráticas Universidad	20,66	20,29	19,53	18,38	16,80	15,25	14,99	14,29	14,00	13,86
Titulares de Universidad	39,72	39,68	39,34	38,92	38,12	37,28	37,10	36,59	36,38	36,33
Catedráticas Escuela Univ.	29,28	29,21	29,19	29,39	30,16	30,57	31,73	32,92	32,74	33,48
Titulares de Escuela Univ.	41,14	40,89	41,10	41,40	41,58	41,26	41,39	41,39	41,27	41,34
Otro personal funcionario	37,50	34,36	32,11	30,89	35,47	34,38	28,44	22,86	31,01	26,12
Personal emérito	24,72	25,00	21,63	30,39						
Personal contratado	43,21	42,38	41,46	40,81	39,61	39,10	38,74	38,41	37,49	37,23
TOTAL	39,90	39,26	38,64	38,10	37,17	36,58	36,38	36,05	35,43	35,26

Fuente: Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades⁷⁵

En cuanto al régimen de dedicación, apenas varían los porcentajes entre dedicación a tiempo completo (40,27%) y a tiempo parcial (39,29%)⁷⁶. Sin embargo, según la Comisión Europea⁷⁷ las mujeres investigadoras pueden ser más propensas a trabajar en régimen de dedicación a tiempo parcial, lo que podría explicar las diferencias en el empleo científico por género.

También existe una diferencia importante cuando el análisis se realiza por edad según muestran los datos recogidos en la tabla 3. Excepto en el rango de edad inferior a 29 años, en el que el porcentaje de mujeres es del 59,01%, lo que indica una mayor incorporación de mujeres jóvenes a las plantillas de PDI en las universidades españolas, en el resto de rangos de edad el porcentaje de mujeres es menor que el de los hombres, ya que en ningún caso superan el 50%. Dichos porcentajes, además, van disminuyendo hasta el 25,92% del rango de edad superior a 60 años. También puede observarse un incremento de la presencia de mujeres en todos los rangos de edad desde el curso 2005-06 hasta el curso 2013-14⁷⁸. Además de un “efecto generacional” que pueden explicar estos datos⁷⁹, hay que señalar que las mujeres jóvenes afrontan muchas dificultades para progresar en una carrera académica que implica un proceso de formación largo, con altas exigencias de productividad y movilidad, en edades en las que las necesidades personales familiares y de maternidad están muy presentes, terminando por creer que la ciencia es incompatible con la vida familiar y optando por abandonar el mundo académico⁸⁰. En el contexto europeo, existe una mayor presencia de mujeres investigadoras en los rangos de edad correspondientes a menores de 35 años y mayores

⁷⁵ IMIO, 2015, op. cit.⁷⁶ IMIO, 2015, op. cit.⁷⁷ Comisión Europea, 2013, op.cit.⁷⁸ IMIO, 2015, op. cit.⁷⁹ Comisión Europea, 2013, op.cit.⁸⁰ Comisión Europea, 2012, op.cit.

de 55⁸¹. Sin embargo, al utilizar rangos de edad distintos en España y en Europa, resulta difícil la comparación de los datos aportados.

Tabla 3: Porcentaje de mujeres PDI Universitario según grupo de edad

Curso Académico	13-14	12-13	11-12	10-11	09-10	08-09	07-08	06-07	05-06
<29	59,01	56,40	56,62	54,99	52,97	50,00	49,12	48,32	46,90
30-39	48,69	47,53	46,42	45,74	45,19	44,53	44,31	43,61	42,36
40-49	42,21	41,41	40,34	39,47	38,69	37,88	37,65	37,23	36,78
50-59	36,40	35,61	34,87	34,19	33,14	32,34	31,50	30,75	29,66
>60	25,92	25,25	24,63	24,76	23,68	23,20	22,02	21,11	19,99
TOTAL	39,90	39,26	38,64	38,10	37,17	36,58	36,38	36,05	35,43

Fuente: IMIO⁸²

En los puestos de dirección universitaria, las mujeres tienen todavía una presencia menor. Sólo el 8% de los rectores de las universidades españolas en el año 2014 eran mujeres⁸³, porcentaje por debajo de la media de la UE-27 que en el año 2010 se situaba en el 10%⁸⁴.

En cuanto a los distintos campos de investigación hay que señalar que el 45% de los que obtuvieron el grado de doctor en el año 2010 en la UE-27 fueron mujeres, superando en porcentaje a los hombres en todos los campos científicos excepto en las ciencias, matemáticas y computarización (40%) y en las ingenierías, producción y construcción (26%)⁸⁵, áreas que suponen un importante nicho de creación de spin-offs⁸⁶. Por el contrario, donde encontramos los mayores porcentajes de mujeres entre el profesorado a tiempo completo es en las áreas de humanidades (28,4%) y ciencias sociales (19,4%) y las menores en ingenierías y tecnología (7,9%)⁸⁷.

Finalmente, en relación a la participación e implicación de las mujeres en el fenómeno del emprendimiento universitario, hay que mencionar en primer lugar la escasez de trabajos que estudien este aspecto especialmente en el ámbito español. No obstante, los estudios analizados muestran una participación mucho menor de las mujeres en la creación de spin-offs universitarias en España, cuyos ratios de oscilan alrededor del 10%, frente a más del 80% en el caso de los hombres⁸⁸. Fernández et al.⁸⁹ señalan además una alta polarización de las mismas en función del género, es decir, la gran mayoría de las spin-offs han sido creadas sólo por hombres o sólo por mujeres. Bobillo⁹⁰ menciona una escasa participación de las mujeres en los programas de capacitación en emprendimiento llevados a cabo en las distintas universidades participantes en el estudio y una menor participación de las mujeres conforme se va avanzando en el proceso emprendedor. Para Fernández et al.⁹¹, los factores que pueden

⁸¹ Comisión Europea, 2013, op.cit.

⁸² IMIO, 2015, op. cit.

⁸³ IMIO, 2015, op. cit.

⁸⁴ Comisión Europea, 2013, op.cit.

⁸⁵ Comisión Europea, 2013, op.cit.

⁸⁶ BOBILLO VARELA, M.: Mujeres Emprendedoras en la Universidad Iberoamericana: casi todo por hacer, Informe RedEmprendia, Santiago de Compostela, 2015.

⁸⁷ Comisión Europea, 2013, op.cit.

⁸⁸ Bobillo Varela, M., 2015, op. cit.; BrunetIcart, I. y Rodríguez Soler, J., 2013, op.cit.; Fernández López, S., Rodeiro Pazos, D., Rodríguez Gulías, M. y Vivel Búas, M., 2013, op.cit.

⁸⁹ Fernández López, S., Rodeiro Pazos, D., Rodríguez Gulías, M. y Vivel Búas, M., 2013, op.cit.

⁹⁰ Bobillo Varela, M., 2015, op. cit.

⁹¹ Fernández López, S., Rodeiro Pazos, D., Rodríguez Gulías, M. y Vivel Búas, M., 2013, op.cit.

explicar estos resultados son la menor concentración de mujeres en las áreas de investigación más técnicas⁹², la mayor aversión al riesgo que presentan las mujeres⁹³, la falta de referentes femeninos de liderazgo, y las dificultades a las que se enfrentan las mujeres en el desarrollo de su carrera profesional que hacen que concentren sus esfuerzos en obtener el rendimiento necesario para su promoción profesional, quedando en un segundo plano la necesidad de explotar el conocimiento generado. A estos factores habría que añadir además, los problemas de conciliación laboral y familiar⁹⁴ comunes al resto de mujeres emprendedoras fuera del ámbito académico.

5. CONCLUSIONES

Para terminar, se plantean en este último epígrafe las principales conclusiones que pueden ser extraídas de este trabajo. En primer lugar, como está sucediendo en el ámbito internacional, parece irreversible el proceso de orientación de las universidades españolas hacia el emprendimiento como una de las vías de transferencia del conocimiento generado a la sociedad, como consecuencia de la toma de conciencia de la importancia de este fenómeno y del debate generado al respecto. Cada vez son mayores los esfuerzos realizados por las instituciones universitarias en este sentido. En segundo lugar, la mayor parte de las spin-offs académicas creadas tienen una importante base tecnológica. No obstante, las investigaciones realizadas en el ámbito universitario tienen un espectro mucho más amplio y comprende otras muchas áreas de investigación que, sin embargo, tienen infraexplotado el conocimiento generado. En un mismo sentido puede plantearse una reflexión relativa al género. Al igual que entre la población general, las mujeres investigadoras muestran tasas de emprendimiento mucho más bajas que los hombres debido, además de a su menor presencia en los porcentajes entre el PDI universitario y a su mayor presencia en áreas de conocimientos no tecnológicas, a distintos condicionantes económicos, sociales y personales que dificultan su carrera académica. Por tanto, serían necesarios mayores esfuerzos por parte de los distintos agentes implicados para conseguir una difusión del fenómeno emprendedor a aquellas áreas de investigación no tecnológicas y al colectivo de mujeres investigadoras. Sin duda, la creación de spin-offs académicas puede suponer una nueva vía de desarrollo profesional para las mujeres universitarias investigadoras.

⁹² Bobillo Varela, M., 2015, op. cit.; Comisión Europea, 2013, op.cit.

⁹³ BRUSH, C.G., 1992, op.cit.

⁹⁴ BrunetIcart, I. y Rodríguez Soler, J., 2013, op.cit.

Capítulo XXXVIII. Clasificación y Promoción Profesional del Profesorado de Universidades de Titularidad Privada

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad San Pablo - CEU*

Resumen

La emergencia de universidades privadas en un escenario que hasta hace apenas cuarenta años estaba monopolizado por las universidades estatales, junto a la vinculación laboral que por definición éstas tienen con su profesorado, supuso algunos problemas de encaje que aún no están resueltos. Uno de ellos es el de la clasificación y promoción profesional de su profesorado, que los convenios colectivos del sector no resuelven ni de forma homogénea ni satisfactoriamente. Queda por resolver una cuestión nada baladí en el mundo académico, como la de una nomenclatura común para las categorías académicas de los profesores de universidades de titularidad privada, y para el sistema universitario español. El sistema de acreditación nacional para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes universitarios, previsto en la Ley Orgánica 4/2007 e introducido por el Real Decreto 1312/2007, abrió la puerta al establecimiento de criterios homogéneos y rigurosos en el sistema de clasificación y promoción promocional de los profesores de universidades de titularidad privada. Sin embargo, algunas interpretaciones –a nuestro juicio voluntaristas– que se están haciendo del Real Decreto 415/2015 ponen en peligro esa además vulnerar de derechos fundamentales.

Abstract

The emergence of private universities in a scene that until just forty years ago was monopolized by state universities, with the employment relationship by definition they have with their professors, caused some problems that are unresolved. One of them is the professional classification and the career ladder of its professors, that collective agreements don't just solve. It must be resolved an important issue, like a common nomenclature for academic categories of professors of private universities, and for the spanish university system. The national accreditation system for access to the corps of university educational civil servants, established by the Organic Law 4/2007 and the Royal Decree 1312/2007, opened the door to homogeneous and rigorous rules in the system. However, some interpretations about the Royal Decree 415/2015 endanger the possibility, and involve the violation of fundamental rights.

1. Introducción

Junto a las universidades públicas existen otras de titularidad privada. Nos referimos tanto a las universidades privadas en sentido estricto, a las que se refiere el artículo 4 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de noviembre, de Universidades, como a las universidades de la Iglesia, nacidas al amparo de los acuerdos entre la Iglesia y el Estado Español. A su vez, entre las universidades de la Iglesia hay que distinguir entre universidades eclesásticas, que están ordenadas a la “investigación de las disciplinas sagradas o de otras relacionadas con éstas, y a la instrucción científica de los estudiantes en estas materias” (canon 815 Código de Derecho Canónico), y universidades católicas, que son creadas por la Iglesia para contribuir “al incremento de la cultura superior y a una promoción más plena de la persona humana, así como el cumplimiento de la función de enseñar de la misma (canon 807)¹.

¹ Sobre la tipología de universidades privadas, MALDONADO MONTOYA, J. P.: *El contrato de trabajo del profesor de universidad*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2008, págs. 35-47.

El asunto de la clasificación y promoción profesional del profesorado de universidades privadas y universidades católicas presenta claras similitudes, lo que permite abordar su estudio conjuntamente. En esencia, ambos tipos de universidades forman parte del sistema universitario español, y –sin pretensión de cercenar la libertad de creación de centros docentes de nivel superior– afrontan el reto de incardinar su estructura y funcionamiento en dicho sistema. Tintes particulares adopta la cuestión en el ámbito de las universidades eclesiásticas, en las que, dada la idiosincrasia de sus estudios, su estructura y funcionamiento pueden permanecer ajenos al devenir de las restantes universidades española, donde se cursan estudios civiles.

Precisamente, uno de los aspectos de permanente discusión en una universidad privada cualquiera es el de las categorías académicas y la promoción profesional de sus profesores.

2. Clasificación profesional

Como es sabido, el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores dispone que “mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales”. Respetando lo establecido en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores, los convenios colectivos del sector de las universidades privadas recogen sistemas de clasificación profesional.

Hay que destacar dos convenios colectivos: el XIII Convenio de ámbito estatal para los Centros de Educación Universitaria e Investigación (XIII CCUUPPsin)², que “afecta a todo el personal en régimen de contrato de trabajo que preste sus servicios en Centros de Educación Universitaria, oficialmente reconocidos, sin finalidad de lucro, que no sean de titularidad o participación pública, y sus centros de investigación” (art. 2 XIII CCUUPPsin), y el VI Convenio colectivo nacional de Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados y Centros de Formación de Postgraduados (VI CCUUPPcon)³, que es “de aplicación en las universidades y centros universitarios privados que no estén creados o dirigidos por entidades sin ánimo de lucro”, así como “en centros de formación de postgrado que formen parte de aquéllas y, en los centros universitarios extranjeros privados reconocidos, cuyas titulaciones sean automáticamente homologadas o convalidadas en el territorio español” (art. 2 VI CCUUPPcon).

Adviértase cómo la negociación colectiva a nivel supra-empresarial de las universidades de titularidad privada se desdobra en dos sectores. Curiosamente, esos sectores no son –como una aproximación sistemática pudiera pronosticar– universidades privadas en sentido estricto y universidades católicas, sino que la negociación colectiva distingue entre centros universitarios de titularidad privada con ánimo de lucro, a los que es de aplicación un convenio colectivo, y los centros universitarios de titularidad privada sin ánimo de lucro, a los que es de aplicación otro distinto. No podemos dejar de manifestar nuestra discrepancia con esta extraña división a efectos laborales entre centros de trabajo según tengan o no ánimo de lucro, que no solo encontramos en este ámbito.

² Publicado en BOE de 21 de julio de 2012, por Resolución de la Dirección General de Empleo de 4 de julio de 2012.

³ Publicado en BOE de 22 de abril de 2010, por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 13 de abril de 2010.

Es cierto que el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”, como lo es que la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987, de 22 de julio, entiende que “el principio de igualdad no obliga (...) a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una Empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y, por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo” (FJ 5). Pero también es cierto que –como esa misma sentencia indica– no es posible romper el ámbito normal de la negociación colectiva para introducir una desigualdad discriminatoria entre quienes realizan el mismo trabajo (STC 136/1987, FJ 6). Habida cuenta que no se aprecian diferencias entre el trabajo del personal docente (como del no docente) de centros con o sin ánimo de lucro, para llegar a una conclusión habría que cotejar las condiciones de trabajo establecidas en uno y otro convenio colectivo.

En todo caso, la existencia o inexistencia de ánimo de lucro es algo que sólo se predica respecto del empleador, pero no de sus trabajadores, que por definición, en cuanto asalariados, sí la tienen. Desde otra perspectiva, más bien académica, no parece conveniente que dentro del sistema universitario español, que afronta el reto de integrarse en un espacio universitario supranacional, haya particulares regímenes jurídico-laborales que no estén plenamente justificados.

A nuestro juicio, la única división del sector que cobraría sentido sería entre centros con ideario y centros sin ideario, a fin de introducir previsiones específicas en relación con el mismo (en el escaso margen que parece posible)⁴, pero no en los aspectos patrimoniales de la relación laboral. El origen de tan extraña división seguramente hay que buscarlo en la dificultad de aceptación en el sistema universitario que en un primer momento tuvieron las entidades con ánimo de lucro.

El artículo 10 del XIII CCUUPPsin clasifica el personal comprendido en su ámbito de aplicación en dos grandes grupos profesionales, que a su vez comprenden diversos subgrupos profesionales: a) Grupo I, personal docente e investigador, integrado por el subgrupo I (personal docente-investigador), subgrupo II (personal investigador), subgrupo III (personal de enseñanzas no oficiales) y subgrupo IV (profesores eméritos, visitantes e invitados); b) Grupo II, personal de administración y servicios, integrado por el subgrupos I (personal titulado), subgrupo II (personal administrativo) y subgrupo III (personal de servicios y oficios).

El mismo precepto permite que los distintos centros universitarios, “atendiendo a lo establecido en sus Estatutos y Reglamentos”, establezcan “categorías dentro de los grupos y subgrupos profesionales en función de los méritos acreditados, las aptitudes profesionales y de las titulaciones académicas o profesionales necesarias para ejercer la prestación laboral”. Es posible por tanto que cada centro prevea la clasificación de sus profesores en distintas categorías académicas, extremo éste que habrá de estar recogido en sus normas internas de funcionamiento.

Aunque el convenio colectivo permite establecer “categorías profesionales” dentro de los grupos, es claro que el convenio colectivo no resucita las viejas categorías

⁴ Hemos desarrollado esta posibilidad en MALDONADO MONTOYA, J. P.: “Significación laboral del ideario de una institución educativa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 142, págs. 339 a 373.

profesionales. Por si quedara alguna duda, expresamente advierte que “no quedará dentro de la movilidad funcional establecida en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores la que se produzca entre personal del mismo grupo profesional” (art. 10 XIII CCUUPPsin).

El artículo 11 del XIII CCUUPPsin enumera las funciones del personal docente e investigador: a) La docencia y creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura, b) La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística; c) La investigación, la difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida y del desarrollo económico; d) La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida, y e) Las tareas de gobierno, dirección, representación y gestión que cada Centro asigne a su profesorado, tengan o no reconocido complemento o plus económico por cargo.

Recoge incluso el convenio (art. 11 XII CCUUPPsin) un catálogo de posibles categorías, “a título enunciativo”, de tal manera que cada centro universitario es muy libre de establecer otras “categorías” (con los requisitos que estime oportunos) o incluso de no hacerlo. Como expresamente indica el artículo 13 del convenio, “las categorías especificadas en los artículos anteriores tienen carácter enunciativo y no suponen la obligación de tener provistas todas ellas si el volumen de la actividad del Centro y sus necesidades no lo requieren y las disposiciones legales no lo exigen. Teniendo en cuenta la diversidad de los Centros afectados por el presente Convenio podrán existir otras categorías de acuerdo con la legislación vigente y los Estatutos y Reglamentos propios de cada Centro”.

Según reza el artículo 11 XII CCUUPPsin, el subgrupo I, personal docente-investigador, puede ser clasificado (recordemos que a mero título enunciativo):

a) “Profesor/a Ordinario/a o Catedrático/a”. Es el que habiendo cumplido los requisitos exigidos por los Estatutos o Reglamentos del Centro y por la legislación vigente, ejerce funciones docentes, de investigación y dirección de estudios de su especialidad, desarrollando los programas según la orientación del Centro y asumiendo la tutoría de los alumnos y la coordinación de los estudios, de acuerdo con las directrices señaladas por el Centro.

b) “Profesor/a Agregado/a o Titular”. Es el que habiendo cumplido los requisitos exigidos por los Estatutos o Reglamentos del Centro y por la legislación vigente, lleva a cabo la docencia e investigación de una disciplina especializada, colaborando con el Profesor/a Ordinario/a o Catedrático/a en las tareas que le asignen los respectivos Centros o Departamentos.

c) “Profesor/a Adjunto/a”. Es el que habiendo cumplido los requisitos exigidos por los Estatutos o Reglamentos del Centro y por la legislación vigente, ejerce las funciones docentes y de investigación que le asigne la dirección del Centro colaborando y ayudando a los Profesores/as Ordinarios/as o Catedráticos/as y Agregados/as o Titulares, sustituyéndole en sus ausencias y pudiendo desempeñar la enseñanza que se le confíe bajo las directrices y orientaciones de la Dirección del Centro o del Departamento, o de algún Profesor/a de categoría superior.

d) “Profesor/a Contratado/a Doctor/a”. Es el que, reuniendo las condiciones exigidas por los Estatutos o Reglamentos del Centro y por la legislación vigente,

es contratado, entre Doctores/as, para el desarrollo de tareas de docencia y de investigación.

e) “Profesor/a Colaborador/a Licenciado/a o Graduado/a”. Es el que, reuniendo las condiciones exigidas por los Estatutos o Reglamentos del Centro y por la legislación vigente, es contratado, entre Licenciados/as, Ingenieros/as o Arquitectos/as, para el desarrollo de tareas de docencia.

f) Profesor/a Ayudante Doctor/a. Es el que, reuniendo las condiciones exigidas por los Estatutos o Reglamentos del Centro y por la legislación vigente, es contratado, entre Doctores/as, para el desarrollo de tareas de docencia y de investigación, por un máximo de cuatro años improrrogables.

g) “Profesor/a Auxiliar o Ayudante”. Es el que, estando al menos en posesión del título de Licenciado/a, Ingeniero/a o Arquitecto/a ha sido contratado para colaborar en las tareas científicas del Centro, pudiéndose encargar interinamente de la enseñanza de alguna asignatura o parte de ella.

h) “Profesor/a Asociado/a”. Es contratado entre especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera de la Universidad. Los contratos serán a tiempo parcial y con carácter temporal.

Según el artículo 11 XIII CCUUPPs, el subgrupo II, “personal investigador”, puede comprender, a título enunciativo, las categorías siguientes:

a) Investigador/a: Es el Doctor/a con experiencia, que, aisladamente o en colaboración con los profesores, lleva a cabo con la máxima responsabilidad, trabajos y proyectos de investigación, dirigiéndolos como investigador/a principal y asumiendo la dirección del personal colaborador y auxiliar necesario.

b) Investigador/a Colaborador/a: Es el Doctor/a que, sin asumir la dirección o responsabilidad plena o parcial en los distintos proyectos de investigación, colabora con los Profesores/as o Investigadores/as en la realización de los mismos.

c) Ayudante de Investigación: Es el Graduado/a o Licenciado/a que se inicia en la investigación, colaborando con los Profesores/as, Investigadores/as o Colaboradores/as en las tareas de investigación propias de los distintos proyectos.

Por otro lado, según el mismo precepto, los trabajadores del subgrupo III, “profesorado de enseñanzas no oficiales”, esto es, el encargado de impartir mayoritariamente las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos o diplomas que no tienen la consideración de títulos oficiales y con validez en todo el territorio nacional, puede tener, a título enunciativo, las siguientes categorías:

a) Profesor/a Contratado/a Doctor/a. Es el que, reuniendo las condiciones exigidas por los Estatutos o Reglamentos del Centro y por la legislación vigente, es contratado, entre Doctores/as, para el desarrollo de tareas de docencia y de investigación.

b) Profesor/a Colaborador/a Licenciado/a o Graduado/a. Es el que, reuniendo las condiciones exigidas por los Estatutos o Reglamentos del Centro y por la legislación vigente, es contratado, entre Licenciados/as, Ingenieros/as o Arquitectos/as, para el desarrollo de tareas de docencia.

c) Profesor/a Colaborador/a Diplomado/a. Es el que, reuniendo las condiciones exigidas por los Estatutos o Reglamentos del Centro y por la legislación vigente, es contratado, entre Diplomados/as, para el desarrollo de tareas de docencia.

d) Profesor/a Auxiliar o Ayudante. Es el que, estando al menos en posesión del título de Licenciado/a, Ingeniero/a, Arquitecto/a, Ingeniero/a Técnico, Arquitecto/a Técnico o Diplomado/a ha sido contratado para colaborar en las tareas científicas del Centro, pudiéndose encargar interinamente de la enseñanza de alguna asignatura o parte de ella.

e) Profesor/a Asociado/a. Es contratado entre especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera de la Universidad. Los contratos serán a tiempo parcial y con carácter temporal.

Y los del subgrupo IV, “profesores eméritos, visitantes e invitados”, las siguientes:

a) Profesor/a Emérito/a. Se nombra, con carácter temporal, de acuerdo con las condiciones exigidas por los Estatutos y Reglamentos del Centro, entre profesores jubilados que hayan prestado servicios destacados a la Universidad.

b) Profesor/a Visitante e Invitado. Podrán ser contratados, temporalmente, entre profesores e investigadores de reconocido prestigio, procedentes de otras Universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros.

Aspecto a destacar es que “por las especiales características de los Centros de Educación Universitaria y de Investigación, los cargos de gobierno tales como Rector/a, Vicerrector/a, Secretario/a General, Decano/a, Vicedecano/a, Director/a, Subdirector/a, Director/a de Instituto de Investigación, Jefe/a de Estudios, Jefe/a o Director/a de Departamento y Secretario/a no se considerarán categorías profesionales sino cargos temporales cuyos titulares serán nombrados y cesarán en el desempeño de sus funciones de conformidad con lo establecido en los Estatutos o Reglamentos de los Centros respectivos” (art. 11 XIII CCUUPPsin). Nótese que una promoción académica excesivamente dificultosa o llena de trabas puede acabar siendo sustituida de facto por una carrera en cargos de gestión académica. La previsión del convenio, al salir al paso ante dicha tentación, pone en evidencia que se trata de una confusión no poco habitual.

En la medida en que el convenio colectivo es fuente de la relación laboral y no contradiga derecho necesario establecido en la ley, las categorías de “catedrático” o “profesor titular” pueden ser asignadas por un centro universitario de titularidad privada a sus profesores, si así lo estima oportuno, quedando limitada en su caso por las reglas de las que ese mismo centro haya querido dotarse, por muy caprichosas incluso que sean. De la misma manera, el profesor clasificado por su universidad como –valgan de ejemplo– “catedrático” o “profesor titular”, es catedrático o titular respectivamente, y está en su legítimo derecho de usar esa categoría académica. Obviamente, dependerá de la seriedad con que cada centro haga esta clasificación y de los requisitos que exija para que el empleo de estas denominaciones sea más o menos respetado extramuros de dicho centro.

Si decimos y postulamos que el convenio colectivo es fuente de la relación laboral habrá que admitir la asignación de categorías de este tipo en el ámbito de las universidades privadas y de las católicas. Surgen sin embargo naturales reticencias y comprensibles críticas desde el ámbito de las universidades públicas, muy especialmente entre su profesorado funcionario, ya sea del cuerpo de catedráticos de universidad, ya del cuerpo de profesores titulares de universidad, que para ingresar en dichos cuerpos han tenido que superar pruebas, concursos, oposiciones en los que han tenido que demostrar sus méritos y capacidad.

Sin embargo, admitida la creación de universidades privadas, no parece posible cercenar a sus profesores el derecho a su promoción profesional, para lo que parece preciso acudir a categorías académicas comúnmente reconocidas, como son las de “catedrático” –muy especialmente– y “profesor titular”. Es cierto que el artículo 11 XIII CCUUPPsin muestra el camino al uso de denominaciones alternativas; así, “profesor ordinario” en vez de “catedrático”, y “profesor agregado” en vez de “profesor titular”.

Pero esas categorías académicas alternativas, que el convenio colectivo ofrece, plantean algunos problemas. Por una parte, no acaban de satisfacer la legítima aspiración profesional de los profesores de universidades de titularidad pública. Por otro lado, en la medida en que se trate de denominaciones que deben tener cierto arraigo en el ámbito académico, son inevitables connotaciones y agravios comparativos. Así ocurre con la denominación “profesor ordinario”, que fuera de España y dentro del espacio europeo de enseñanza superior es empleada en lugar de “catedrático”, que en esos otros lugares tiene un alcance genérico. Algo parecido ocurre con la denominación de “profesor agregado”, categoría académica creada por la Ley de Ordenación Universitaria de 1943 y extinguida con la Ley Orgánica 11/1983, de 23 de agosto, de reforma universitaria, que integró a los profesores agregados de universidades públicas con plaza en propiedad en el cuerpo de catedráticos (Disp. Ad. 7ª.2), que parece un tanto arcaica y confusa.

Más drástico es el VI Convenio colectivo nacional de Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados y Centros de Formación de Postgraduados, que es el que se aplica en las universidades de titularidad privada sin ánimo de lucro. También distingue dos grandes grupos profesionales: Grupo I, personal docente, y grupo II, personal no docente, a su vez divididos en diversos subgrupos y categorías (art. 9), sin hacer mención en ningún caso a las categorías de “catedrático” y “profesor titular”. Según el artículo 11 del VI CCUUPPcon, el grupo de trabajadores docentes engloba (a título enunciativo):

a) Profesorado de Facultades, Escuelas Técnicas Superiores

Profesor Director: Es el Doctor que desarrolla actividades docentes e investigadoras, dirige estudios de su especialidad o interdisciplinarios y colabora en el diseño e implantación de nuevos programas de estudios o investigación que el centro decida llevar a cabo. Asimismo, se encarga de la dirección de tesis doctorales, dirige y coordina el desarrollo de las actividades de los profesores de otras categorías que su departamento pueda asignarle, dirige y coordina la enseñanza de una o varias asignaturas de los planes de estudio que correspondan a su departamento y tiene a su cargo la tutoría de grupos de alumnos.

Profesor Agregado: Es el doctor que desarrolla actividades docentes e investigadoras, desarrolla estudios de su especialidad o interdisciplinarios y colabora con el Profesor Director para la ejecución de las actividades que a éste encomiende el centro. Asimismo, se encarga de la dirección de tesis doctorales y puede dirigir o coordinar la enseñanza de una o varias asignaturas de los planes de estudios que correspondan a su departamento, a requerimiento del director de éste, cuando no exista Profesor Director encargado de esta tarea. Tiene a su cargo la tutoría de grupos de alumnos.

Profesor Adjunto: Es el Doctor que desarrolla actividades docentes e investigadoras, desarrolla estudios de su especialidad o interdisciplinarios, se encarga de la dirección de tesis doctorales y puede coordinar la enseñanza de una o varias asignaturas de los planes de estudios que correspondan a su

departamento cuando no exista Profesor Director o Profesor Agregado encargados de esta tarea. Tiene a su cargo la tutoría de grupos de alumnos.

Profesor Asociado: Es el titulado universitario de grado superior que desarrolla actividades docentes y coordina a varios profesores que imparten la misma o distintas asignaturas de los planes de estudio que corresponden a su departamento. Pueden tener, además, a su cargo la tutoría de grupos de alumnos.

Profesor Ayudante: Es el titulado universitario de grado superior que desarrolla actividades docentes y tiene a su cargo la tutoría de grupos de alumnos. Cuando la naturaleza de la disciplina científica lo permita y expresamente la legislación vigente lo autorice para un área de conocimiento específica, podrá ser suficiente estar en posesión del título académico de Diplomado, Ingeniero Técnico o Aparejador para ostentar la categoría de Profesor Asociado.

Profesor Colaborador: Es el titulado universitario de grado superior o medio que accede por primera vez al ejercicio de la docencia y al que se le encomienda la docencia de una o varias asignaturas bajo la supervisión de un profesor de superior categoría. Podrá asignársele la tutoría de grupos de alumnos. Al segundo año de docencia pasará a la categoría de profesor ayudante.

b) **Profesorado de Escuelas Universitarias o Centros de Postgrado:**

Profesor Agregado: Es el titulado universitario que, reuniendo las condiciones legales, ejerce funciones docentes en una escuela universitaria o centro para postgraduados, dirige estudios de su especialidad y colabora en la confección de los programas de estudio. Al mismo tiempo, dirige y coordina la labor de los profesores auxiliares a él adscritos y atiende la tutoría de sus alumnos. En caso que el trabajador contratado con esta categoría posea el título de Doctor, disfrutará de las condiciones económicas establecidas en el presente convenio para la categoría de Profesor Agregado de Facultades y Escuelas Técnicas superiores.

Profesor Adjunto: Es el titulado universitario que ejerce la docencia en los estudios conducentes a una diplomatura y tutela a un grupo de alumnos.

Profesor auxiliar: Es el titulado universitario que colabora en las tareas docentes de su departamento.

c) **Profesores especiales:** Visitantes, que son los procedentes de otras Universidades o empresas que, en virtud de acuerdos de colaboración, desempeñen funciones docentes en la Universidad, Centros o Escuelas Universitarias. Sus condiciones se determinarán en los convenios específicos que suscriban las entidades implicadas.

Nótese cómo este convenio, aunque solo con efectos enunciativos, evita las categorías de “catedrático” y “profesor titular”, para acudir en su lugar a las de “profesor director” y “profesor agregado”. No obstante, nada impide que las normas internas de una universidad de titularidad privada con ánimo de lucro emplee esas otras categorías de “catedrático” y “profesor titular”, pues como el artículo 9 del VI CCUUPP con advierte, “las categorías laborales especificadas en los distintos Grupos y Subgrupos son meramente enunciativas y no implica obligación de tener todas ellas establecidas”.

3. Promoción profesional

El artículo 27 del XIII CCUUPP sin deja el sistema de promoción y ascensos de los profesores de las universidades sin ánimo de lucro en manos de cada una de ellas: “Los centros afectados por el presente Convenio, de acuerdo con sus Estatutos y

Reglamentos, podrán establecer planes de promoción o desarrollo profesional para sus trabajadores que faciliten e incentiven su progreso personal y profesión (...) La promoción del profesorado de las Facultades y Escuelas Superiores se ajustará a lo dispuesto en los Estatutos, Reglamentos y normas propias de cada Centro. Dichos planes deberán ser públicos de forma que puedan ser conocidos por los afectados”.

La redacción del precepto, al remitir a “los Estatutos, Reglamentos y normas internas de cada centro”, invita a interpretar que el empresario universitario puede imponer unilateralmente el sistema de promoción profesional que tenga por conveniente, sin límites. Sin embargo, esa interpretación contraviene lo establecido en el artículo 24.1 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual “los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

Se ha de entender por tanto que para que un centro tenga un sistema de promoción propio, éste ha de ser negociado y pactado con los representantes de los trabajadores. En ese caso, hay que tener presente que además el artículo 24.1 del Estatuto de los Trabajadores ordena que “en todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario”. Hay que resaltar esa llamada a las facultades organizativas del empresario, lo que parece excluir sistemas de promoción automáticos que neutralicen el poder de dirección del empresario. En ese contexto hay que situar la aclaración que el artículo 13 XIII CCUUPPsin hace: “La posesión de títulos o diplomas académicos no modifica por sí solo la clasificación profesional de quienes los ostentan o posean”. Desde luego el centro puede restringir ascensos por razones organizativas y económicas, siempre que no responda a un móvil discriminatorio.

Lo que sí puede hacer unilateralmente el empresario y forma parte de su natural y legítimo poder de dirección es establecer, como prevé el 27 del XIII CCUUPPsin, planes de promoción o desarrollo profesional para sus trabajadores que faciliten e incentiven su progreso personal y profesión. No hay que confundir los sistemas de promoción profesional, que exigen pacto con los representantes de los trabajadores, con los planes de promoción o desarrollo profesional, que no exigen pacto con los representantes de los trabajadores, pero sobre los que, conforme a lo contemplado en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores, el comité de empresa (y en su caso las secciones sindicales) sí tiene derecho a ser informado y consultado por el empresario.

Ese mismo precepto, artículo 27 del XIII CCUUPPsin, establece que, en defecto de sistema de promoción propio (este será el caso cuando no se haya negociado y pactado con los representantes de los trabajadores), los puestos que deban cubrirse en las categorías superiores del Grupo I, “personal docente e investigador”, serán cubiertos preferentemente entre el personal de categorías inferiores del mismo subgrupo, combinando la capacidad y aptitud con la antigüedad en el Centro. De no existir, a juicio del titular del Centro, personal idóneo, dichas vacantes podrán ser cubiertas libremente por el Centro. En este caso los Centros procurarán que accedan a dichas plazas profesores con contrato de duración determinada o a tiempo parcial y quienes estén contratados como interinos, siempre que reúnan las condiciones requeridas. Reiteramos aquí el imperativo establecido en el inciso final del artículo 24.1 del Estatuto de los Trabajadores: “En todo caso los ascensos se producirán teniendo en

cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario”.

Asimismo, el artículo 27 del XIII CCUUPPsin prevé que “los Profesores/as Ayudantes Doctores/as que, al llegar al término de los cuatro años que puede permanecer como máximo en la categoría, hayan recibido la evaluación positiva de su actividad docente e investigadora a que se refiere el 2 del artículo 72 de la Ley Orgánica de Universidades por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o del órgano externo que la Ley de la Comunidad Autónoma determine, podrán ser promovidos a la categoría de Profesor/a Contratado/a Doctor/a”.

Más parco es el artículo 15 del VI CCUUPPcon: “El ascenso de los docentes a la categoría inmediata superior se efectuará por la empresa teniendo en cuenta criterios objetivos (antigüedad, publicaciones, titulación, cupos de plantillas, pruebas específicas, trabajos de investigación, formación, etc.), según las aptitudes del candidato”. Ha de tenerse en cuenta también aquí el inciso final del artículo 24.1 del Estatuto de los Trabajadores: “En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario”.

4. Imbricación con el sistema de acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios

Estando así las cosas, la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, vino a establecer un mecanismo que en apariencia permitiría poner cierto orden en el asunto de las categorías académicas dentro del sistema –de todo el sistema– universitario español. La Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, estableció un sistema de habilitación nacional, que se hacía depender de un número previo de plazas, en función de las necesidades de cada universidad pública. Este sistema no tenía pues por finalidad evaluar la existencia de una capacidad determinada, sino de seleccionar a los mejores candidatos. La Ley Orgánica 4/2007, modifica el texto de la Ley Orgánica de Universidades para sustituir ese mecanismo de habilitación por un sistema de acreditación, que ya no se hace depender de un número de plazas concreto. Se establece por lo tanto ya no un mecanismo de selección del mejor para integrar los cuerpos de catedráticos y profesores titulares de universidad, sino de selección previa. Como el Preámbulo del Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios, aclara, “se pretende con ello una previa valoración de los méritos y competencias de los aspirantes que garantice su calidad, a fin de que la posterior selección del profesorado funcionario se lleva a cabo en las mejores condiciones de eficacia, transparencia y objetividad”.

Paradójicamente, aunque el sistema –de acreditación nacional– no contemplaba en modo alguno los sistemas de clasificación y promoción profesional de las universidades de titularidad privada, sino tan sólo el de las públicas, el nuevo sistema cambiaba por completo el panorama de aquéllos. Por un lado, para las universidades de titularidad privada se abría la posibilidad de poner en valor sus categorías académicas propias, al poder concurrir sus profesores a los sistemas de acreditación pública. Por otro lado, a los profesores de dichas universidades se les abría la puerta de prestigiarse profesionalmente y romper recelos por el uso de las categorías académicas más elevadas, además de mejorar su empleabilidad. Podemos afirmar que, si bien la transparencia del mecanismo no es la mejor y que existen no pocas suspicacias sobre el

mismo (lo que por otro lado afecta también a profesores de universidades públicas), el funcionamiento del procedimiento de acreditación nacional ha sido razonable. Por dicho motivo, algunas universidades privadas han modificado el sistema de clasificación y promoción profesional de su profesorado, de tal manera que la acreditación nacional se valora como mérito o incluso se exige como requisito, según los casos.

La versión original del RD 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a cuerpos docentes universitarios, permitía, sin mayores complicaciones, que los profesores de las universidades privadas se presentaran a los procedimientos de acreditación nacional. Así, el artículo 12 del RD 1312/2007, que en este punto sigue intacto, para optar a la acreditación para profesor o profesora titular de universidad tan sólo exige como “requisito indispensable estar en posesión del título de Doctor”, sin perjuicio de la posterior evaluación de sus méritos académicos, profesionales, docentes e investigadores, y de gestión académica y científica. Y el artículo 13 del mismo real decreto, que en este punto sí ha sido luego modificado, si bien restringía a los profesores titulares de universidad pública la posibilidad de optar a la acreditación para catedrático o catedrática de universidad, eximía de este requisito a quienes acreditasen “tener la condición de doctor con, al menos ocho años de antigüedad y obtengan, con carácter previo a la solicitud de acreditación, el informe positivo de su actividad docente e investigadora del Consejo de Universidades”. De esta forma, hasta ahora, los profesores de universidades de titularidad privada y los profesores de universidades de otros países han podido presentarse directamente a la acreditación nacional para el acceso al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad, y, tras conseguir la exención del Consejo de Universidades, para la que la acreditación como profesor titular allanaba el camino, hacer lo mismo para el acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad.

Desde la perspectiva del profesorado de las universidades de titularidad privada se ha criticado que éstas exijan sistemas de acreditación nacional, con base en las distintas condiciones de trabajo respecto a sus compañeros de universidades públicas. La reivindicación consistiría en que para poder aplicar similares criterios de evaluación a profesores de universidades públicas y privadas, las condiciones de trabajo debieran ser similares. Hay que tener en cuenta que en algunas universidades privadas hay profesores que imparten un número excesivo de clases. De hecho los convenios colectivos del sector permiten un desequilibrado reparto del tiempo de trabajo entre las distintas funciones del profesor universitario, sin establecer límite máximo al número de horas lectivas o créditos (XIII CCUUPPs) o al permitir un número excesivo de horas de docencia (el art. 18 del VI CCUUn establece que el profesor puede dedicar a la docencia en sentido estricto hasta 15 horas semanales, según la distribución realizada por la empresa, límite que el art. 23 del mismo convenio permite elevar hasta 22 horas de clase a la semana, teniendo en ese caso el trabajador derecho a un complemento salarial llamado “complemento especial docente”). A todas luces, un profesor con dedicaciones docentes tan elevadas difícilmente podrá desarrollar una actividad investigadora que alcance los niveles exigidos para alcanzar una evaluación positiva en los procesos de acreditación nacional.

Pero el RD 415/2015, de 29 de mayo, ha modificado sustancialmente el RD 1312/2007 y, con ello, la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios. Por lo que a nosotros aquí ocupa, el RD 415/2015 ha dejado intacta la posibilidad de optar a la acreditación al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad contemplada en el artículo 12 del RD 1312/2007. Sin embargo, ha introducido

significativas alteraciones en el texto del artículo 13 del RD 1312/2007, que establece los requisitos para optar a la acreditación nacional al Cuerpo de Catedráticos de Universidad.

En su nueva redacción, el artículo 13.2 del RD 1312/2007 establece:

“La exención del requisito de pertenecer al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad a que se refiere el art. 60.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, se concederá a quienes acrediten tener la condición de doctor con, al menos, ocho años de antigüedad, y hayan obtenido informe positivo en la acreditación para profesor titular de universidad con la calificación de «Excepcional» (A) en la evaluación de su actividad investigadora”.

La alarma que la nueva redacción ha suscitado entre profesores de universidades es lógica, toda vez que una lectura apresurada del precepto podría llegar a deducirse que todos los que no pertenezcan al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad deben haber obtenido previamente la calificación de “Excepcional” de su actividad investigadora en el proceso de acreditación para el acceso a dicho cuerpo de funcionarios, lo que sobre el papel parece reservado a personal exclusivamente dedicado a la actividad investigadora, y, desde luego, imposible de facto para profesores que además tengan que haber atendido actividad docente –como es normal– y de gestión.

Por otra parte, ahora, el artículo 13.4 del RD 1312/2007, en la redacción dada por el RD 415/2015, dispone:

“Podrá solicitar la acreditación a catedrático sin necesidad de solicitar la acreditación a profesor titular ni de pertenecer al cuerpo de profesores titulares, siempre que acredite tener la condición de doctor con, al menos, ocho años de antigüedad:

- a) El personal funcionario perteneciente a cuerpos o escalas de personal investigador para cuyo ingreso se exija estar en posesión del título de Doctor.
- b) El profesorado de las universidades de los Estados miembros de la Unión Europea que haya alcanzado en aquellas una posición equivalente, al menos, a la de profesor titular de universidad.”

Esta nueva redacción es cuanto menos equívoca. También aquí, una apresurada lectura podría llevar a la conclusión de que la exención de pertenencia al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad no alcanza a profesores que presten servicios en universidades españolas de titularidad pública.

Sin embargo, una correcta hermenéutica deshace con facilidad interpretaciones de este tipo. Para empezar, si acudimos a la interpretación literal, el profesorado de universidades privadas tiene cabida dentro del colectivo *b)* del nuevo artículo 13.4 del RD 1312/2007, porque, qué sepamos, el Reino de España sigue siendo miembro de la Unión Europea. Desde esta perspectiva, bastará haber alcanzado en una universidad de titularidad privada una posición equivalente a la de profesor titular de universidad para tener derecho a optar a la acreditación para el Cuerpo de catedráticos de universidad, sin necesidad de haber alcanzado la calificación de “excelente” de la actividad investigadora. Esa posición “equivalente” es clara para quienes en universidades privadas hayan alcanzado las categorías de –tomamos en consideración las distintas

denominaciones recogidas en el XIII CCUUPPsin y el VI CCUUPPcon– “catedrático”, “profesor ordinario”, “profesor director” o “profesor agregado” que a su vez hayan obtenido informe positivo para optar a la acreditación para el Cuerpo de profesores titulares de universidad. Resulta más problemática para quienes no hayan obtenido ese informe positivo (con independencia de si la investigación ha sido o no evaluada específicamente, o de si ha obtenido o no la calificación de “excepcional”), pues nada garantiza el rigor de que los criterios internos de su universidad. Pero esta última posibilidad, suspicacia que también puede afectar a profesores procedentes de universidades del resto de Europa, es algo que parece precisamente es lo que la ANECA –que tras el RD 415/2015 sustituye al Consejo de Universidades en la concesión de la exención– debe valorar.

También induce a error el apartado 4 de la Disposición Transitoria Única del RD 415/2015: “Las acreditaciones obtenidas de acuerdo con las previsiones anteriores a este real decreto conservarán su carácter universal; los acreditados podrán optar a la exención de pertenecer al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad en las condiciones que establece el nuevo artículo 13.3”, según el cual, “quienes hubieran obtenido la acreditación para el Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad sin haber alcanzado la calificación de «Excepcional» (A) en la evaluación de su actividad investigadora podrán solicitar una nueva evaluación para optar a esa calificación, siempre que hayan transcurrido al menos 18 meses desde la obtención de la acreditación”.

Considerando los razonamientos ya expuestos con anterioridad, hay que entender que el apartado 4 de la Disposición Transitoria Única, que añade eventualmente un tercer colectivo exento de pertenecer al Cuerpo de profesores titulares de universidad, no afecta a todos los profesores que hubieran obtenido acreditación a dicho Cuerpo, sino tan solo a los que no pertenezcan a ninguno de los otros dos colectivos exentos, contemplados en el artículo 13.4 del RD 1312/2007 en la nueva redacción dada por el RD 415/2015. De hecho, no descartamos que la remisión que la Disposición Transitoria hace al nuevo artículo 13.3 sea un error material –que habría que rectificar– lo antes posible y que la remisión querida sea al artículo 13.4.

A nuestro juicio, una interpretación literal hace pensar que el requisito introducido en el nuevo artículo 13.2 del RD 1312/2007 reza tan solo para doctores con al menos ocho años de antigüedad que no hayan alcanzado en una universidad de la Unión Europea una posición equivalente a la de profesor titular. Cualquier otra interpretación se apartaría de la finalidad de la norma a interpretar y resultaría además contraria al resto del ordenamiento jurídico y a la misma Constitución.

El preámbulo del RD 415/2015 explica los objetivos la modificación del sistema de acreditación nacional persigue:

- “Garantiza que cuantos obtengan una acreditación en una rama de conocimiento hayan sido evaluados conforme a criterios semejantes y estándares análogos”.
- “Importante simplificación es la del procedimiento de exención del requisito de ser profesor titular de universidad para solicitar la acreditación para el cuerpo de catedráticos. La solicitud de exención constituye una vía cada vez más utilizada por los usuarios del sistema de acreditación, a pesar de que hasta ahora no se había conseguido establecer criterios claros y aplicados de manera estable, coherente y homogénea, capaz de aportar seguridad a los solicitantes”.

- “Un aspecto esencial de la reforma se refiere a los criterios y baremos de evaluación; con los nuevos baremos se aspira a conseguir una evaluación más equilibrada en lo relativo a los aspectos cuantitativos y cualitativos de los méritos del solicitante, permitiendo una valoración más justa y ponderada de la docencia e investigación del profesorado universitario”.

Si bien los preámbulos de las leyes no tienen valor de fuente del derecho, sí sirven a la interpretación de las normas, muy especialmente al interpretar las normas conforme a un criterio teleológico. Como su preámbulo deja claro, el RD 415/2015 responde a tres finalidades, que obviamente condicionan la interpretación de la norma: igualdad (“criterios semejantes y estándares análogos”), simplificación y valoración ponderada de méritos. Nada de esto se cumpliría en una interpretación distinta a la que de lectura de la norma deducimos. Una interpretación teleológica, a la luz del preámbulo del Real Decreto, lo impide. Si el propósito del legislador era dificultar excepcionalmente el acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad a los profesores procedentes de universidades privadas, desde luego el preámbulo del Real Decreto no lo confiesa. Una motivación de ese porte sería por otra parte inconfesable.

Con claridad, el artículo 60 de la LOU dice que “quedarán eximidos del requisito de pertenecer al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad quienes acrediten tener la condición de Doctor con, al menos, ocho años de antigüedad y obtenga el informe positivo de su actividad docente e investigadora, de acuerdo con el procedimiento que establezca el Gobierno”. La exigencia de una calificación “excelente” de la actividad investigadora que el RD 415/2015 introduce parece exigir bastante más que la ley. Sólo cobra sentido en casos en los que el candidato no ha desarrollado actividad docente, es decir, ha estado exclusivamente dedicado a la investigación. En ese caso, sí, la ausencia de actividad docente a valorar se suple y queda compensada con una actividad investigadora excepcional. De otra forma, el Real Decreto estaría restringiendo y vulnerando el artículo 60 de la LOU.

En fin, una interpretación que exigiese a los profesores de universidades de titularidad privada una actividad investigadora excelente vulneraría el derecho que todos los ciudadanos tienen “a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”. Quedaría también quebrantado el artículo 103 de la Constitución, que consagra el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. A esta conclusión se llega no sólo por el diferente trato que podrían recibir profesores de universidades acreditados para el acceso al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad frente a los que perteneciesen a ese Cuerpo, que –paradójicamente– conforme a las reglas y baremo introducidos por el RD 415/2015 podrían –no ya acceder a la acreditación sino– reunir méritos suficientes para acreditarse como catedráticos con una actividad investigadora meramente “buena” (B) e incluso “compensable” (C), sino también por el diferente trato frente al personal funcionario perteneciente a cuerpos o escalas de personal investigador para cuyo ingreso se exija estar en posesión del título de Doctor, así como ante el profesorado de universidades de “otros” (advirtase que el RD no introduce ese adjetivo) Estados de la Unión.

En cualquier caso, una interpretación según la cual, para acreditarse como catedráticos, al profesorado de universidades privadas tuviera que poseer una actividad investigadora desproporcionadamente superior a la de otros profesores universitarios, sería perniciosa para el sistema universitario español, al impedir la imbricación de los

sistemas de clasificación profesional de universidades de titularidad privada con las categorías académicas al uso en las universidades privadas, al menos para la de catedrático. Obviamente, las exigencias de acreditación como catedrático de universidad pública para promocionar a la categoría de catedrático en una universidad privada pierde todo su sentido y resulta inviable a la luz del derecho a la promoción profesional.

5. CONCLUSIONES

En la medida en que el convenio colectivo es fuente de la relación laboral, en tanto no se contravenga derecho necesario establecido en la ley, las categorías de “catedrático” o “profesor titular” pueden ser asignadas por un centro universitario de titularidad privada a sus profesores, si así lo estima oportuno, con independencia del rigor y exigencia con que se haya procedido. De la misma manera, el profesor que en su universidad haya obtenido categorías como –valgan de ejemplo– “catedrático” o “profesor titular”, está en su legítimo derecho de usar esa nomenclatura. Obviamente, dependerá de la seriedad con que cada centro haga esta clasificación y de los requisitos que exija para que el empleo de estas denominaciones sea más o menos respetado extramuros de dicho centro. Desde el espíritu universitario, parece prudente contar con mecanismos que introduzcan una cierta homogeneidad o –al menos– conexión tanto en los sistemas de clasificación profesional como en los de promoción, no sólo entre universidades de titularidad privada, sino en todo el sistema universitario español.

Para que un centro universitario tenga un sistema de promoción propio, éste ha de ser negociado y pactado con los representantes de los trabajadores. En su defecto hay que estar al menos a los establecido –más bien poco– en los convenios del sector. Lo que sí puede hacer unilateralmente el empresario universitario –y forma parte de su natural y legítimo poder de dirección– es establecer planes de promoción o desarrollo profesional para sus trabajadores que faciliten e incentiven su progreso personal y profesión.

La sustitución del sistema de habilitación por el de acreditación nacional (LO 4/2007 y RD 1312/2007) abrió la puerta a una cierta imbricación de los sistemas de clasificación y promoción de las universidades de titularidad privada con la acreditación nacional para optar a los Cuerpos de catedráticos y profesores titulares. A nuestro juicio, sólo una lectura apresurada o voluntarista de la reciente modificación del sistema de acreditación nacional, operada por el RD 415/2015 pone en peligro esa posibilidad. Una correcta interpretación, que tenga en cuenta la literalidad de la norma, el sentido de la misma y el resto del ordenamiento jurídico, lleva a la conclusión de que la exigencia de una calificación “excelente” de la actividad investigadora para optar a la acreditación como catedrático sólo cobra sentido en casos en los que el candidato no ha desarrollado actividad docente, es decir, ha estado exclusivamente dedicado a la investigación. Sólo en ese caso la ausencia de actividad docente a valorar se suple y queda compensada con la exigencia de una actividad investigadora excepcional. Con base en los criterios hermenéuticos antedichos, el profesorado de universidades de titularidad privada entra en la exención que del requisito de actividad investigadora excelente hace el artículo 13.4 b) RD 1312/2007, en la redacción dada por el RD 415/2015, siempre que aquél acredite tener la condición de doctor con, al menos, ocho años de antigüedad y haya alcanzado en su universidad una posición equivalente, como mínimo, a la de profesor titular de universidad, aspectos éstos que la ANECA debe comprobar y valorar.