

ESTUDIOS

El Derecho Internacional del Empleo frente a la crisis
Jean-Michel Servais

¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho “al trabajo” en la “sociedad del riesgo”?
José Luis Monereo Pérez

Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial
Nora María Martínez Yáñez

El voluntariado: de fórmula de participación social a instrumento para el empleo
Juana M^a Serrano García

Política empresarial previa y supresión de la expectativa de privacidad: una reflexión crítica sobre las facultades de control del ordenador utilizado por el trabajador
Iván Antonio Rodríguez Cardo

MERCADO DE TRABAJO

La concertación social en Andalucía, 1993-2013. Balance económico y discusión sobre el modelo regional
Marcial Sánchez Mosquera

INFORMES Y DOCUMENTOS

La imposible retroactividad plena de los convenios colectivos: el caso del sector de hostelería de la provincia de Sevilla
Luis Ocaña Escolar

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Córdoba
Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y pérdida de vigencia del convenio estatutario
M^a Inmaculada Benavente Torres

Universidad de Granada
El copago en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia
Manuela Durán Bernardino

Universidad de Huelva
Protección de los trabajadores titulares de un contrato de Profesor Asociado en las Universidades Españolas
Emilia Castellano Burguillo

Universidad Pablo de Olavide
La necesaria concurrencia de una causa justificativa en la jubilación forzosa de los médicos
María José Gómez-Millán Herencia

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
M^a Dolores Rubio de Medina

126

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
126/2014 - Tercer Trimestre

TEMAS LABORALES 2014

126

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

126

Junta de Andalucía
Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

VOCALES

LUIS NIETO BALLESTEROS	Viceconsejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ANTONIO GONZÁLEZ MARÍN	Secretario General de Empleo
MANUEL GABRIEL PÉREZ MARÍN	Director General de Relaciones Laborales
FCO. JAVIER ZAMBRANA ARELLANO	Director General de Seguridad y Salud Laboral
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 126/2014
Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- El Derecho Internacional del Empleo frente a la crisis 13
JEAN-MICHEL SERVAIS
- ¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho “al trabajo”
en la “sociedad del riesgo”? 47
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
- Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del
trabajo a tiempo parcial 91
NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ
- El voluntariado: de fórmula de participación social a instrumento para
el empleo 131
JUANA M^a SERRANO GARCÍA
- Política empresarial previa y supresión de la expectativa de privacidad:
una reflexión crítica sobre las facultades de control del ordenador
utilizado por el trabajador 167
IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

2. MERCADO DE TRABAJO

- La concertación social en Andalucía, 1993-2013. Balance económico y
discusión sobre el modelo regional 201
MARCIAL SÁNCHEZ MOSQUERA

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

- La imposible retroactividad plena de los convenios colectivos: el caso
del sector de hostelería de la provincia de Sevilla 235
LUIS OCAÑA ESCOLAR

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL
Universidad de Córdoba
Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y pérdida de
vigencia del convenio estatutario 251
M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	
Universidad de Granada	
El copago en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia	273
MANUELA DURÁN BERNARDINO	
DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO	
Universidad de Huelva	
Protección de los trabajadores titulares de un contrato de Profesor Asociado en las Universidades Españolas	283
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO	
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad Pablo de Olavide	
La necesaria concurrencia de una causa justificativa en la jubilación forzosa de los médicos	295
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA	
5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN	
Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	317
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Diritti lavori mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationale Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista *Temas Laborales* pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.cem.junta-andalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesusacruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista –que puede consultarse en detalle en el espacio web <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/>-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (Keywords) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga, no obstante, el informe también podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
Nº 126/2014
Third Trimester

INDEX

1. STUDIES

- International Employment Law and crisis 13
JEAN-MICHEL SERVAIS
- What juridical sense does guarantee the right “to work” in the “risk society”? 47
JOSÉ LUIS MONEREO PÉRE
- Complementary hours as flexible part-time work management tool 91
NORA MARÍA MARTÍNEZ YAÑEZ
- Volunteering: formula for social participation to instrument for employment 131
JUANA M^a GARCÍA SERRANO
- Prior warning of the employer and expectation of privacy: a critical reflection about the control of the computer used by the employee 167
IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ THISTLE

2. LABOUR MARKET

- Social concertation in Andalusia, 1993-2013. Economic balance and discussion on the regional model 201
MARCIAL SÁNCHEZ MOSQUERA

3. REPORTS AND DOCUMENTS

- Impossible full retroactivity for collective agreements: the case of catering trade (hospitality sector) of the province of Seville 235
LUIS OCAÑA ESCOLAR

4. JUDICIAL COMMENTS

- MANAGEMENT POWER
University of Cordoba
Substantial modification of the conditions of work and loss of statutory agreement 251
M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES
- SOCIAL SECURITY PENSIONS
University of Granada
The co-payment system for autonomy and dependency care 273
MANUELA BERNARDINO DURÁN

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW	
University of Huelva	
Protection of regular workers in a contract associate professor in Spanish universities	283
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO	
THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT	
University Pablo de Olavide	
The necessary concurrence of a justificatory cause in the forced retirement of doctors	295
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA	
5. LEGISLATIVE REMARKS	
Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia	317
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

EL DERECHO INTERNACIONAL DEL EMPLEO FRENTE A LA CRISIS

JEAN-MICHEL SERVAIS*

Ex-Director de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT)

EXTRACTO

Palabras clave: Derecho del empleo, normas internacionales, crisis económica y paro

En este ensayo se analiza la efectividad del derecho del empleo como instrumento en la lucha contra el paro. A tales efectos se repasan los principales estándares mínimos establecidos por los Convenios y Resoluciones de la OIT a lo largo de su historia en la práctica totalidad de las materias relativas al mercado de trabajo, incentivos, formación, contratación y hasta normas de protección social, pues sin obviar la necesidad de una adecuada política económica se resaltarán la interconexión de todas las acciones posibles.

La principal conclusión a extraer será que una política y un derecho eficaces del empleo no se conciben sin una administración del trabajo moderna, abierta a colaboraciones con instituciones privadas, y organizada de una manera eficiente que evite las competencias acumulativas.

ABSTRACT

Key words: Right to employment, international standards, economic crisis and unemployment

This essay analyzes the effectiveness of the right to employment as an instrument in the fight against unemployment. For such purposes studies the main minimum standards established by the conventions and resolutions of the ILO throughout its history in virtually all matters relating to the labour market, incentives, training, recruitment, and up to standards of social protection, are reviewed as without obviating the need for an appropriate economic policy the interconnection of all possible actions will be highlighted.

The main conclusion to be drawn is that a right and effective employment policy are not conceived without a modern labour administration, open to collaborations with private institutions, organized in an efficient manner that avoids the cumulative powers.

* Profesor invitado en las Universidades de Gerona y de Lieja. Presidente de honor de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL DILEMA DE LA FLEXIBILIDAD Y DE LA PROTECCIÓN
2. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL EMPLEO
 - 2.1. Políticas sociales y estimulación del trabajo
 - 2.2. Servicios de empleo
 - 2.3. Despido
 - 2.4. Beneficios por desempleo y empleo
3. PUESTA EN VALOR DE LAS CAPACIDADES PROFESIONALES
 - 3.1. Una visión moderna del desarrollo de los recursos humanos
 - 3.2. Derecho internacional sobre formación y orientación profesionales
 - 3.3. Alcance de las normas
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: EL DILEMA DE LA FLEXIBILIDAD Y DE LA PROTECCIÓN

Ni la Organización internacional del Trabajo (OIT) ni sus normas pueden ayudar directamente a los gobiernos en la promoción del empleo. La creación de puestos de trabajo depende ante todo de una situación económica que arrastre a las empresas privadas y, cuando el dinero lo permita, al sector público a contratar. La Organización ofrece, sin embargo, un amplio análisis del malestar social reciente por las tendencias de los mercados de trabajo, evaluando las perspectivas probables. Pone de relieve los riesgos de que el empleo experimente otra caída relacionada con las estrategias que ponen excesivo énfasis en las preocupaciones a corto plazo de los mercados financieros. Demuestra que es posible una recuperación sostenible y creadora de empleo, siempre que se aborden los factores que han llevado a la crisis¹. En resumen, subraya que ciertas políticas socio-económicas y legislativas favorecen más la reactivación de los negocios con creación de empleo.

Tentativas de ir más allá del dilema tradicional entre mantenimiento de las protecciones del asalariado y flexibilización del mercado de trabajo han surgido en el seno de la OIT con el concepto de “trabajo decente” y dentro de la Unión europea con el de “flexiseguridad”. Las dos nociones tienen mucho en común si bien la segunda se dirige a un grupo de países más homogéneo.

He identificado en el concepto de trabajo decente² una dimensión ética que se enfoca en la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo, consagrados por la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el

¹ Instituto internacional de Estudios Laborales, *Informe sobre el Trabajo en el Mundo 2011*, Ginebra, OIT, 2012.

² J. M. Servais, “El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, *Revista de Relaciones laborales* (Madrid), núm. 15-18, agosto de 2012, págs. 150-159.

Trabajo adoptada por la Conferencia internacional del trabajo en 1998. Otra Declaración, votada en 2008 y titulada “sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa”, confirma la primacía de la defensa de los derechos civiles en el trabajo frente a las normas técnicas sobre las condiciones de empleo.

La noción de trabajo decente contiene además un componente de solidaridad que ha conducido, por ejemplo, a la adopción en 2012 de una recomendación sobre la seguridad social en el sentido amplio de la palabra. Es un texto no obligatorio que manifiesta, como las declaraciones citadas, la tendencia de preferir instrumentos de *soft law* a los convenios con efectos jurídicos contundentes. El “pacto” mundial para el empleo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2009 constituye otro documento incentivador sin valor jurídico. Esta observación no significa que estos documentos no tengan un impacto: constituyen la promoción racional, a través de compromisos políticos, de determinados programas. Han permitido una implicación más profunda de la OIT en el debate mundial sobre el desarrollo económico, como lo ejemplifica su participación en las reuniones recientes del G.8 y del G.20.

No es fácil, desde el punto de vista de una política social, conseguir un equilibrio óptimo entre *soft* y *hard law*, entre lograr una cierta conducta y fomentarla, por una parte, y, por la otra, imponerla con sanciones. Aquí, como en el campo de la educación, se necesita utilizar el palo y la zanahoria. Constatado, sin embargo, que los textos sin valor jurídico no han demostrado una eficacia significativa frente a la presente crisis. Observo a este respecto que en sus primeras intervenciones, el recientemente elegido Director General de la OIT parece poner un énfasis particular sobre el corpus completo de las normas obligatorias³.

El término «flexiseguridad» viene de los Países Bajos y de una legislación que ha tratado de encontrar el equilibrio entre la flexibilidad laboral y la necesaria protección de los empleados. Una ley del 1º de enero de 1999, basada en un acuerdo informal entre los actores sociales, ha estabilizado la posición de los trabajadores temporales⁴. La fórmula provee cierta seguridad a los empleados interesados, en el sentido que pueden beneficiarse completamente, transcurrido un tiempo, de la ley laboral y de la seguridad social, mientras

³ Véase Conferencia internacional del trabajo, *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito*, Memoria del Director General, 102.ª reunión, 2013, informe i (a), Ginebra, OIT, 2013, §§ 103 y siguientes.

⁴ G Heerma van Voss, “The “Tulip Model” and the New Legislation on Temporary Work in the Netherlands”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1999, no.15 (4), pp. 80-4; T. Jaspers, “Flexiguridad: ¿ es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo? Una perspectiva holandesa” in J.P. Landa Zapirain (ed.), *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, pp. 25-56; OIT, “Combining flexibility and security for decent work”, *Document GB.306/ESP/3/1*, Ginebra, Noviembre, 2009, §4.

mantengan la requerida movilidad. Parece haber sido bien aceptado por todas las partes involucradas.

El concepto ha tomado un significado más amplio en el debate público europeo⁵. Se refiere a una política social que apunte a lograr el equilibrio óptimo entre flexibilidad en el mercado de trabajo y protección social. Constituye el objetivo de la estrategia europea de empleo (EEE), que intenta conciliar una política activa de empleo con la defensa de la protección social. Se diferencia en los países nórdicos (como Dinamarca) de los países del sur de Europa como España, Francia e Italia. En los primeros, el despido es relativamente sencillo, pero los beneficios por desempleo son bastante generosos, financiados por una alta tributación; las políticas de empleo son activas y exitosas. Los segundos han adoptado un tipo de políticas completamente diferente, la terminación de las relaciones de trabajo se presenta difícil, pero las políticas activas de reintegración son menos eficaces y los beneficios por desempleo, limitados; la tributación y las deducciones sociales también son menos elevadas⁶.

La estrategia referida se realiza de nuevo a través de una regulación de *soft law*, como el método abierto de coordinación. Favorece el dialogo social, incluso dándole la primacía al derecho “heterónimo”, es decir impuesto por las instancias públicas⁷. Acuerdos marco entre las asociaciones empresariales y sindicales han sustituido a menudo a directivas en el campo del trabajo; a veces si bien menos frecuentemente que en el pasado, se apoyan sobre una directiva que refuerza su valor obligatorio.

En consecuencia notamos un énfasis renovado sobre los derechos civiles en el trabajo. Esta tendencia se hace eco de las preocupaciones de pensadores anglo-sajones, deseosos de consolidar la protección de los más desfavorecidos, que insisten en la defensa de los derechos de los trabajadores como un aspecto de la salvaguardia de los derechos civiles en los países en los cuales domina el

⁵ Se puede leer una síntesis de esta discusión en European Industrial Relations Observatory on-line *EU Countries: Flexicurity and industrial relations*, 30 Septiembre 2008, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2008/09/index.htm>. Véase también F. Hendrikx (coord.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-Disciplinary Reflection*, Mortzel, Intersentia, 2008; R. Blanpain, J.P. Landa and B. Langille (coord.), «Employment Policies and Multilevel Governance», *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Países Bajos, Kluwer), no. 71, 2009; B. Conter, *La stratégie européenne pour l'emploi: de l'enthousiasme à l'effacement*, Bruselas, CRISP, 2013.

⁶ B Palier, « Refonder la Protection Sociale: les Experiences européennes », *Esprit*, 2006, pp.53-78; D. Anxo and H. Nicklasson, « The Swedish model in turbulent times: Decline or renaissance? » *International Labour Review*, 2006, no. 145(4), pp.379.

⁷ Artículos 152, 154 y 155 del Tratado sobre el funcionamiento de la UE.

voluntarismo en las relaciones laborales⁸. La Comisión europea se concentra sobre cuestiones de negociación colectiva y de igualdad, especialmente de género⁹. La Corte europea de los derechos humanos juzga un papel más amplio en la defensa de los derechos sociales fundamentales¹⁰ cuando el Tribunal de Justicia de la UE trata de conciliar los últimos con las libertades económicas, como en las famosas sentencias *Laval*, *Viking*, *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo*, intensamente comentadas.

Eso es todo y no es mucho frente a la crisis que conocen muchos países, principalmente ahora en Europa¹¹. El nivel de desempleo ha alcanzado niveles cumbre en España, Grecia u otros países del sur del continente, no entro a valorar la situación de países de África, Asia o América latina. Aún más grave: según la OIT, el 40 por ciento de los desempleados en el mundo son jóvenes¹². A escala mundial, se estima que hay 73 millones de jóvenes desempleados de entre 15 y 24 años en 2013. Según las proyecciones actuales, en las economías desarrolladas y la Unión Europea, la tasa de desempleo de los jóvenes no bajará del 17 por ciento antes de 2016¹³.

Es verdad que las perturbaciones no tocan igualmente a todos y que los empleos perdidos aquí, se ganan a veces allá. Alemania y Brasil buscan a ingenieros cuando la huida de los cerebros afecta incluso a países industrializados. No son ahora los trabajadores menos formados, sino los que más formación han recibido quienes frecuentemente se van del país que ha gastado en ese fin buena parte de su presupuesto.

Para empezar, examinaremos el derecho del empleo adoptado OIT. Observaremos su actualidad para elaborar una política de desarrollo económico creadora de empleo. Después insistiremos sobre una categoría particular de este derecho, es decir las normas internacionales sobre la formación y el reciclaje profesionales. Subrayaremos su papel indispensable para ajustar los mercados

⁸ Véase, por ejemplo, Committee on Monitoring International Labor Standards, *Monitoring International Labor Standards. Techniques and Sources of Information*, Washington DC, The National Academies Press, 11 mai 2004, en particular pp. 224 et ss ; Ph. Alston (dir. de publ.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2005. Comp. C.Fenwick and T. Novitz (eds), *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation*, Portland, Hart Publishing, 2010; J. Fudge, "The new discourse of labor rights: from social to fundamental rights?", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, automne 2007, vol. 29(1), págs. 29-66.

⁹ Véase ec.europa.eu/policies/employment_social_rights_es.htm, 16 Nov 2012.

¹⁰ Véase F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 10^e ed., 2011.

¹¹ B. Canter, *La stratégie européenne pour l'emploi : de l'enthousiasme à l'effacement*, Bruxelles, CRISP, 2013 ; *Pauvreté et inégalités*, Problèmes économiques, n°3070, Junio de 2013.

¹² Véase también "Les jeunes, une génération sacrifiée?", Problèmes économiques, núm. (especial) 3036 del 1 de febrero de 2012; Conferencia internacional del trabajo, *La crisis del empleo juvenil: Un llamado a la acción*, 101.a reunión, 2012, informe V, Ginebra, OIT, 2012.

¹³ OIT, *Tendencias mundiales del empleo juvenil 2013*, Ginebra, 2012.

de trabajo a las realidades actuales, antes de terminar evocando la necesidad de irse más de las palabras y declaraciones y de hacer estas normas y políticas realmente eficientes.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL EMPLEO

La prevención del desempleo está mencionada en la Parte XIII del Tratado de Versalles, que vio el establecimiento de la OIT. Una redacción más elaborada es utilizada en la Declaración de Filadelfia, votada al final de la Segunda Guerra Mundial y anexada la Constitución de la OIT.

La promoción del empleo descansa en el corazón de los programas y políticas sociales de la OIT adoptados por sus miembros, sean ellos países en desarrollo o industrializados¹⁴. Para los programas de la OIT, la pobreza no puede ser eliminada “salvo que la economía genere oportunidades de inversión, empresas, creación de puestos de trabajo y medios de vida sustentables”¹⁵. La estrategia para eliminar la pobreza propuesta por la OIT tiene un número de componentes, todos relacionados de un modo u otro al empleo y a las normas laborales internacionales: desarrollar habilidades para una subsistencia sustentable; invertir en trabajos y la comunidad (a través de programas intensos de trabajo); promover las empresas, hacer trabajar al dinero (utilizando la microfinanzas), construyendo desarrollo local a través de cooperativas; superando la discriminación y trabajando para eliminar el trabajo infantil; asegurando los ingresos y seguridad social básica; trabajando de modo seguro (a través de la implementación de pasos adecuados a fin de prevenir accidentes y enfermedades del trabajo).

El paro forzoso también tiene un impacto devastador en los países industrializados, tanto entre los desempleados como en las empresas obligadas a suspender trabajadores. Los despidos forzosos dejan cicatrices en los mecanismos internos de las empresas y en el espíritu de los trabajadores. Obviamente, una compañía no puede deshacerse de una parte de su personal sin perder su experiencia y su know how. Esas capacidades no se reconstruyen fácilmente, especialmente desde que, por definición, el tiempo no está destinado a ser utilizado para formar a aquellos trabajadores que permanecen empleados. Y todavía, en estas situaciones es cuando el empleador debería reaccionar, adaptar e innovar.

¹⁴ Alfredo Sánchez-Castañeda «Los alcances del derecho del empleo: su lugar en la legislación internacional y nacional», *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 1, núm. 1, enero-marzo de 2013.

¹⁵ J. Somavía, *Salir de la pobreza*, Informe del Director General a la sesión 91ª de la CIT (2003) (Ginebra), OIT, 2003, p. 7 *et seq.*

Las cicatrices son también psicológicas. En Europa occidental y en Japón, las relaciones de empleo eran habitualmente de tiempo indeterminado, por ejemplo, por un largo período, y en Japón sobre todo, por toda la vida laboral del asalariado. Un vínculo moral de lealtad se forjaba entre el empleador y el trabajador. Los despidos rompen ese vínculo, desestabilizando a aquéllos que permanecen. Los trabajadores despedidos por cuestiones económicas a veces tienen prioridad en la re-contratación, pero esto hace poca diferencia. Aunque aquéllos que permanecen pueden tratar de trabajar mejor de modo de protegerse de los despidos, su percepción del trabajo cambia: no se comprometen o cambian sus prioridades por actividades fuera del trabajo (o toman un segundo trabajo). ¿Vamos a pensar que esto no afecta el rendimiento?

Las repercusiones del desempleo van mucho más lejos que los simples casos de reducción de personal. El fenómeno es serio. Empuja a la gente, especialmente a los jóvenes buscadores de trabajo, a consumir drogas y alcohol y puede tener efectos psicosomáticos. Si la tasa de desempleo crece, la fábrica social que mantiene al país unido puede volverse fina y romperse.

La declaración de Filadelfia reconoce que la OIT tiene la obligación de promover entre las naciones del mundo la implementación de los programas cuyos objetivos enumera en detalle. Ellos incluyen: pleno empleo y elevación de los niveles de vida; el empleo de trabajadores en ocupaciones en las que pueden tener la satisfacción de dar lo mejor de sus habilidades; la provisión de facilidades para formación y transferencia de trabajo, incluyendo migración. ¿Cómo hacen las normas internacionales del trabajo para promover el logro de esos objetivos? La respuesta es compleja porque se encuentra en el terreno gris entre el derecho y la economía. Más razones, entonces, para ser específicos e indagar en cada disciplina.

La promoción del empleo completo, productivo y libremente elegido debería ser observada, como lo establece una recomendación de la OIT¹⁶, como el medio de dar efecto práctico al derecho al trabajo. Este derecho es programado antes que inmediatamente factible, al menos en los países con economías de mercado. Está mencionado también en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁷ en la Carta Social Europea¹⁸ y en varias constituciones nacionales; es político, “promocional”, antes que directamente exigible. El trabajador, debería agregarse, tiene un derecho, no un deber, de trabajar.

El derecho a trabajar también es habitualmente construido como no imponiendo al Estado la obligación de proveer un trabajo a cualquiera que quiera

¹⁶ Recomendación sobre la política de empleo (disposiciones complementarias), 1984 (No. 169), para. 1.

¹⁷ Artículo 6.

¹⁸ Artículo 1.

trabajar. El Estado tiene un deber de actuar, no de tener éxito. Se compromete a idear y a adoptar una política de empleo – y las visiones sobre el valor de tales políticas varían– que aplicará utilizando métodos económicos y sociales. En términos de medidas económicas, en todo caso, los compromisos no se encuentran bajo ninguna obligación especial. Sin embargo, un cierto derecho subjetivo a obtener y retener un trabajo que se corresponda con las habilidades de uno, a veces existe para grupos determinados de trabajadores (los minusválidos, veteranos, mujeres embarazadas, etc.).

Expertos anglosajones en particular incluyen el derecho a trabajar en la categoría de los derechos reflexivos, haciendo posible, en caso de duda, elegir la solución más cercana a favorecer el logro del derecho.

No importa cuál sea el caso, en las economías de mercado, las disposiciones relativas al derecho a trabajar tienden a ser programáticas por naturaleza. Establecen obligaciones de medios, no de resultado. Las normas internacionales pertinentes obligan a los Estados ratificantes a justificar sus políticas al respecto. El Convenio No. 122 sobre política de empleo, de 1964, contiene tal obligación, aunque no menciona expresamente “el derecho a trabajar”. La Recomendación No. 164, sin embargo, menciona, como ya lo he indicado, ese derecho con el mismo contenido.

Va sin decirlo que ningún texto legal acabará completamente con el desempleo: sólo una política económica puede hacerlo. Una política tal apuntará, por ejemplo, a reestructurar compromisos y el sistema de producción nacional (regional) según se necesite. Pero las normas legales pueden ayudar a encontrar una solución si, de un lado, sientan objetivos a lograr, recomiendan políticas y programas específicos, crean canales apropiados para esas políticas y esos programas y, de otro, proveen al mercado de trabajo medidas tangibles y medios para evaluar su efectividad.

Existen dos tipos de medidas: las primeras son a corto plazo, las otras están dirigidas a preparar el terreno para una política activa de empleo en el más largo plazo. Todas ellas, sin embargo, buscan descubrir lo que se considera un equilibrio satisfactorio entre los intereses divergentes de los empleadores y los buscadores de trabajo.

En estas páginas daremos una mirada a los instrumentos adoptados con ese fin. Consideran las normas de la OIT sobre políticas sociales y estimulación del trabajo (1), servicios de empleo (2), terminación del empleo (3), y el rol de la seguridad social en una política de empleo (4). Veremos que los beneficios de la seguridad social (algunas veces concebidos como una compensación si el derecho a trabajar no puede ser logrado “en especie”) pueden estar atados a una obligación de aceptar cualquier empleo adecuado.

2.1. Políticas sociales y estimulación del trabajo

El Convenio No. 122 de 1964 es el principal instrumento de referencia de la OIT sobre política social. Se suplementa con dos recomendaciones: la Recomendación No. 122 adoptada el mismo año y la Recomendación No. 169 adoptada en 1984. Además, varios otros instrumentos se refieren de un modo u otro a la formulación e implementación de la política de empleo: el Convenio No. 142 y la Recomendación No. 150 (1975) sobre el desarrollo de los recursos humanos; el Convenio No. 88 y la Recomendación No. 83 (1948) sobre servicio de empleo; y el Convenio No. 168 y Recomendación No. 176 (1988) sobre promoción del empleo y protección contra el desempleo.

Los instrumentos son muy amplios en su alcance e interesan “a todas las personas disponibles y que busquen trabajo”, para citar al Convenio No. 122.¹⁹ El objetivo principal que fija para los Estados ratificantes es una política activa designada a fin de promover empleo completo, productivo y libremente elegido. Pide a los Estados que tomen las medidas necesarias –incluyendo la consulta a los círculos interesados– para hacer esa política efectiva.

Las dos recomendaciones sucesivas especifican los objetivos generales de una política de empleo. La primera –No. 122– enumera las medidas generales y selectivas que propone y destaca las políticas a ser adoptadas (inversión e ingreso; promoción del empleo industrial y rural, crecimiento de la población, acción por parte de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, acción internacional). Contiene un anexo con sugerencias sobre métodos de aplicación. La Recomendación No. 169 completa el cuadro con disposiciones sobre empleo de personas jóvenes y desamparadas o grupos de gente, sobre tecnología y políticas de desarrollo regional, sobre el sector informal y pequeños negocios, inversión programas de trabajos públicos. Contiene también párrafos sobre política poblacional, cooperación económica internacional y migración.

En 1998, la OIT adoptó otra Recomendación, No. 189, sobre creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas. La Recomendación trata sucesivamente de la política y el marco legal, del desarrollo de la cultura de empresa y de un servicio efectivo de infraestructura así como –temas recurrentes de la OIT– del papel de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de la cooperación internacional.

Como podemos ver, la mayoría de las normas propuestas son macroeconómicas. De allí la dificultad de supervisar su aplicación. La forma de preparar los informes periódicos sobre la aplicación del Convenio No. 122 comprende preguntas sobre las relaciones entre los objetivos de las políticas de empleo y

¹⁹ Artículo 1, párrafo 2.

otros objetivos sociales y económicos. Se refiere expresamente a políticas generales y sectoriales de desarrollo y a medidas adoptadas, por ejemplo, en términos de inversiones, políticas fiscal y monetaria, comercio, precios, ingresos, salarios y desarrollo regional. También considera temas relativos a políticas de educación, formación y de mercado de trabajo.

Esto confirma que numerosos aspectos de la política de empleo se encuentran más allá de la inmediata competencia de las administraciones del trabajo y que es sensato comprometer otras administraciones gubernamentales e instituciones (planificación económica, finanzas, estadísticas, etc.) en la aplicación de un convenio.

Las dificultades económicas actuales, los últimos desarrollos económicos, la creciente interdependencia de las economías nacionales, todo hace más difícil lograr los objetivos del Convenio No. 122. En muchos casos, la internacionalización de las estructuras económicas limita el margen de maniobra de los gobiernos. Pero no los paraliza y ellos siempre pueden tomar iniciativas para mejorar las calificaciones y adaptarlas a las nuevas tecnologías. Dicho esto, una política de empleo es más que sólo términos jurídicos. Los indicadores, criterios claramente económicos de progreso, son necesarios para analizar los programas del mismo tipo.

Otros convenios tratan más abiertamente la política social e impulsan a los Estados a tomar una acción sistemática y a lanzar programas de empleo coordinados de manera apropiada. Lo hacen para un sector particular, como las plantaciones, los arrendatarios y aparceros y las cooperativas, o de modo general.

El convenio No. 117 de 1962 se refiere a normas y objetivos básicos. Fija el principio general relativo a que cualquier política debería estar dirigida al bienestar de la gente, al desarrollo y a la promoción del deseo de su parte del progreso social. El mejoramiento del nivel de vida es el principal objetivo en la planificación del desarrollo económico, y enumera una serie de medidas prácticas a ese fin. Contiene disposiciones sobre la fijación de los salarios mínimos y la protección de esos salarios, sobre la no discriminación, y acerca de educación y formación profesional, hay también varios artículos sobre trabajadores migrantes.

La Recomendación No. 193 de 2002 considera que una sociedad equilibrada requiere la existencia de sectores, público y privado, fuertes, de un importante sector cooperativo, mutualista, y de otras organizaciones sociales no gubernamentales. Fija objetivos; las cooperativas deberían servir en particular para: “a) crear y desarrollar actividades generadoras de ingresos y empleo decente y sostenible; b) desarrollar capacidades en el campo de los recursos humanos y fomentar el conocimiento de los valores del movimiento cooperativo, así como de sus ventajas y beneficios, mediante la educación y la formación; c) desarrollar su potencial económico, incluidas sus capacidades empresaria-

les y de gestión; d) fortalecer su competitividad y acceder a los mercados y al financiamiento institucional; e) aumentar el ahorro y la inversión; f) mejorar el bienestar social y económico, tomando en cuenta la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación; g) contribuir al desarrollo durable, y h) establecer y expandir un sector social distintivo de la economía, viable y dinámico que comprenda las cooperativas y responda a las necesidades sociales y económicas de la comunidad ²⁰.”

La Recomendación propone un marco legal y destaca el rol de los gobiernos, de las organizaciones profesionales y de las cooperativas. Sugiere métodos de implementación de las políticas para promover tales instituciones y alienta la cooperación internacional.

Dos instrumentos de la OIT versan sobre los servicios sociales para los trabajadores y la vivienda. La Recomendación No. 102 de 1956 discute las facilidades que deben ser otorgadas a los asalariados de empresas públicas y privadas²¹ en términos de comidas, descanso (asientos y salas de descanso), recreación y transporte. La Recomendación No. 115 de 1961 se aplica a la vivienda “de los trabajadores manuales y no manuales, incluidos los trabajadores independientes y las personas de edad avanzada, las acogidas al retiro o la jubilación y las físicamente incapacitadas”. Define los objetivos de una política nacional de vivienda y la responsabilidad de las autoridades públicas a ese respecto. Trata sucesivamente las cuestiones relativas a la vivienda provista por empleadores, el financiamiento de los programas de vivienda, el nivel de las viviendas, medidas para promover la eficacia en la industria de la construcción, el vínculo entre la construcción de la vivienda y la estabilización del empleo y la planificación en el pueblo, el país y la región. Contiene sugerencias sobre los métodos de aplicación de los principios que establece.

2.2. Servicios de empleo

Al principio, los servicios públicos de empleo se dedicaban esencialmente a la orientación profesional y a los desempleados. Desarrollándose, sus actividades se volvieron más sistemáticas: clasificación de las profesiones, análisis de los puestos de trabajo, búsqueda y distribución de información sobre reclutamiento. En la medida que el Estado asumió, en varios países, un rol más significativo en los terrenos económicos y sociales, se adoptaron nuevas vías de acción. Luego de la Segunda Guerra Mundial en particular, el objetivo de muchos gobiernos fue el pleno empleo y esto los impulsó a actuar –o a tratar de hacerlo - como reguladores del mercado de trabajo; en realidad, los resultados fluctuaron con la salud económica de cada país. En los años sesenta, los

²⁰ Parágrafo 4.

²¹ Excluyendo trabajadores de la agricultura y del transporte marítimo

Estados expandieron sus campos de acción e integraron esas actividades en sus políticas y programas generales²².

Las normas laborales redactadas por la OIT en este tema reflejan esos desarrollos. En 1948, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio No. 88 sobre servicio de empleo y la Recomendación suplementaria No. 83; ambos instrumentos consideran al pleno empleo como el resultado natural de un mercado de trabajo racionalmente organizado. En 1964, el Convenio No. 122 y la Recomendación No. 122 sobre política de empleo invitaron a los Estados a asumir programas de acción de largo alcance. La tendencia continuó, colocando el acento de modo creciente en la política global y activa. La Recomendación No. 158 de 1978 sobre la administración del trabajo destacó la necesidad de coordinación entre los servicios de empleo, los programas para crear y promover empleos, la orientación y la formación profesionales y los regímenes de prestaciones por desempleo. Aunque en cierta medida repitió los términos de los instrumentos de 1948, la Recomendación enfatizó que los servicios, sistemas y programas debían ser implementados por medio de políticas generales. La Recomendación No. 169 de 1984 completó el arsenal de medidas adelantadas por la OIT.

En los años noventa, sin embargo, la tendencia del Estado ha sido la de retirarse. Esto encendió nuevamente la discusión acerca de si las agencias de colocación debían ser gestionadas pública o privadamente. El punto nunca fue verdaderamente decidido aunque aquellos que están a favor de prohibir las oficinas privadas por una cuestión de principios dominaron y la situación hoy se ha revertido. En 1933 –durante la gran crisis económica– la OIT adoptó un convenio (el No. 34) sobre agencias retribuidas de colocación en el que se estipulaba que tales agencias debían ser abolidas a los tres años de la entrada en vigencia del Convenio para el Miembro interesado. El Convenio, sin embargo, fue considerado demasiado rígido y revisado en 1949 por un nuevo convenio (el No. 96) que dejó a los Estados ratificantes la opción de prohibir la existencia de tales agencias (Parte II) o de regular su actividad (Parte III). Durante gran parte del siglo XX, en consecuencia, las autoridades públicas jugaron una participación activa en la colocación de trabajadores de modo de poner un freno, inicialmente, a abusos bien conocidos. Muchos países prohibieron las agencias privadas de empleo, dando al Estado un monopolio.²³

²² S. Ricca, *Introduction to public employment services* (Ginebra), OIT, 1994, p. 5 *et seq.*; OIT, *Strategies developed by the Public Employment Service in response to structural changes in the labour market*, Acts of the Interregional Technical Meeting (WAPES/ILO, 23–24 enero 1997), OIT, Ginebra, 1997.

²³ Documento GB.25/2/1 del Consejo de Administración, Noviembre 1992, para. 88 *et seq.*; Conferencia internacional del Trabajo (81a sesión, 1994), *The role of private employment agencies on the functioning of labour markets*, informe VI (Ginebra), OIT, 1994

El debate continuó. Las dudas expresadas sobre la eficacia de ciertas agencias públicas de empleo fueron obviamente un aspecto, las prácticas de ciertas agencias privadas otro. En 1997, la Conferencia Internacional del Trabajo finalmente adoptó un nuevo Convenio (el No. 181) y una recomendación suplementaria (No. 188) sobre agencias privadas de empleo permitiendo a estas últimas operar mientras protejan a los trabajadores interesados de posibles formas de abuso.

Los nuevos instrumentos definen el término “agencia de empleo privada” como “toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

- servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución;
- otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.”

El Convenio No. 181 considera casos en los que las partes de la relación laboral son ya la agencia privada misma, ya la empresa usuaria. En el último caso en particular, la legislación y práctica nacionales deben especificar las respectivas responsabilidades de la agencia y de la empresa. El artículo 12 lo estipula con respecto a un amplio espectro de temas: negociación colectiva, salarios mínimos; horas de trabajo, jornada y otras condiciones de trabajo; beneficios legales de seguridad social, acceso a la formación; seguridad y salud en el trabajo; indemnización en caso de accidentes o enfermedades del trabajo; compensación en caso de insolvencia y protección de los reclamos de los trabajadores; maternidad y protección parental y beneficios.

El Convenio prohíbe recurrir a las agencias privadas para ciertas categorías de trabajadores y ciertas ramas de actividad; también autoriza la exclusión de ciertos trabajadores del ámbito del convenio siempre que “se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada”. La Recomendación No. 188 agrega que las agencias privadas no deben proveer trabajadores a las empresas a fin de reemplazar otros que se encuentren en huelga.

La Recomendación llama a los Estados a combatir las prácticas publicitarias desleales y los avisos engañosos, incluyendo aquéllos relativos a trabajos

inexistentes, y requiere de las agencias que no recluten trabajadores para empleos que supongan peligros o riesgos inaceptables. Recomienda que el contrato se celebre por escrito. El Convenio por su parte, solicita que las agencias no carguen directa o indirectamente, en todo o en parte, cualquier estipendio o costo a los trabajadores.

Varios de los artículos del Convenio versan sobre la protección de los trabajadores reclutados por la agencia. Esas garantías atañen a derechos laborales fundamentales (libertad sindical y derecho a negociar colectivamente, igualdad de oportunidades y de trato, inexistencia de trabajo infantil) y al procesamiento de los datos personales (los que deberían limitarse a temas relativos a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores interesados y cualquier otra información directamente relevante). La Recomendación específica que las agencias deberían almacenar tales datos sólo por el tiempo que se justifique y que los trabajadores deberían poder obtener y examinar una copia de los datos y corregir cualquier error. Salvo los directamente relevantes a los fines de los requerimientos de una ocupación particular y con el expreso permiso del trabajador interesado, las agencias no deberían requerir, mantener o usar la información relativa al estado médico de un trabajador.

El Convenio requiere adecuada protección de los trabajadores por parte de las agencias en todas las principales áreas del derecho del trabajo y de la seguridad social ya mencionadas con relación a las responsabilidades que esas agencias comparten con las empresas usuarias. Los trabajadores migrantes también deben recibir suficientes salvaguardas. La legislación nacional debe asegurar adecuados sistemas y procedimientos, incluyendo a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas, para que se investiguen las quejas, los abusos alegados y las prácticas fraudulentas relativas a las actividades de las agencias privadas de empleo.

Varias legislaciones buscan prevenir que agencias inescrupulosas recurran a prácticas censurables y estipula, por ejemplo, las condiciones para la entrega y revocación de las licencias para operar y la posibilidad para las agencias legalmente reconocidas de formar una asociación o federación. El artículo 3 del Convenio establece que el status legal de las agencias privadas de empleo debe ser determinado de acuerdo con la legislación y práctica nacionales, luego de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas; las condiciones que gobiernan la operación de las agencias privadas de empleo están en principio determinadas de acuerdo con un sistema de licencia o certificación.

Aún se debe determinar la naturaleza de la relación entre tales agencias, cualquier autoridad regulatoria y los servicios públicos de empleo (o cualquier otro regulador público del mercado de trabajo). Este es el tema del artículo 13 del Convenio. Las agencias privadas de empleo deben proporcionar a las

autoridades públicas la información que les sea requerida, con respeto de la naturaleza confidencial de tal información, para estar en conocimiento de la estructura y actividades de tales agencias y con fines estadísticos. Las autoridades competentes compilan esa información y, a intervalos regulares, la hacen públicamente disponible. De acuerdo con la Recomendación, la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias privadas puede incluir: “a) la puesta en común de informaciones y la utilización de una terminología común para mejorar la transparencia del funcionamiento del mercado de trabajo; b) intercambios de anuncios de vacantes; c) la promoción de proyectos conjuntos, por ejemplo en materia de formación; d) la conclusión de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas sobre la ejecución de ciertas actividades, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración; e) la formación del personal; f) consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales.”

El Convenio establece que la cooperación, más generalmente, se basa en el principio según el cual las autoridades públicas retienen la autoridad final para formular la política en materia de mercado de trabajo y para utilizar o controlar el uso de los fondos públicos destinados a la implementación de tal política. Sería sin duda difícil imaginar la completa privatización de los servicios de empleo, en particular de aquéllos que participan en las estrategias del gobierno para combatir el desempleo.

Los Estados también tienen la obligación, si ratificaron el Convenio No. 88 de la OIT, de mantener y asegurar el mantenimiento de un servicio público gratuito para este fin. La disposición ya estaba contemplada en el Convenio No. 2 sobre desempleo, de 1919. El Convenio No. 88 apunta particularmente a reforzar y aumentar la eficacia de los servicios públicos de empleo nacionales. Con la Recomendación No. 83, pide que se mejore la información sobre el mercado de trabajo y orientación profesional; estimula las actividades que promuevan la movilidad geográfica y ocupacional.

Los representantes de los empleadores y de los trabajadores deben asociarse en el funcionamiento de tales servicios y en la política para su implementación.

Las administraciones del trabajo actúan sobre los mecanismos que regulan el mercado de trabajo. Lo hacen de diferentes maneras: a través del otorgamiento de permisos de transporte y bonos para movilidad, a través de subsidios a los costos que insume la búsqueda de un nuevo empleo, y por medio de la concesión de subsidios especiales a los trabajadores considerados como una prioridad, a través de prácticas profesionales, asesoramiento a empresas, propiedades teniendo en vista la colocación, etc. Varias de esas tareas son parte de la misión básica del Estado moderno.

Las administraciones del trabajo, o unidades más especializadas, están a

cargo de la readaptación profesional y de la promoción del reclutamiento de personas inválidas, como se expresó en otros convenios de la OIT y en una recomendación²⁴ que destaca el vínculo entre la formación, la readaptación y la colocación de esos trabajadores con desventajas y el sistema de seguridad social.

En términos de colocación en general, la legislación de numerosos países requiere que los buscadores de empleo reúnan ciertas condiciones, tales como la aceptación de un trabajo con un número mínimo de horas por semana, de modo que puedan registrarse en las oficinas públicas.

2.3. Despido

El despido no es el único medio de romper una relación de empleo, pero es el más frecuentemente utilizado y la mayor parte de lo que sigue, en consecuencia, se refiere a él.

La relación de empleo también puede terminar porque su término fue fijado por anticipado. Siempre se ha considerado que dar al trabajador un plazo de trabajo le permite planificar su futuro, pero existe el riesgo de abuso: su extensión puede ser muy breve, y la utilización de sucesivos contratos a plazo fijo puede ser un modo de evitar la protección concerniente al despido. El Convenio No. 158 de 1982, demanda garantías adecuadas contra esos procesos. La Recomendación No. 166, que lo suplementa, enumera las medidas a ese fin: limitación del recurso a los contratos por plazo determinado a los supuestos en los que la relación de empleo no pueda ser de duración indeterminada (debido a la naturaleza del trabajo a ser realizado o a las circunstancias bajo las cuales debe ser realizado o a los intereses del trabajador); en los otros casos, asimilar los contratos por un período de tiempo específico a contratos de trabajo de tiempo indeterminado, o hacerlo cuando son renovados en una o más ocasiones. Muchos países tienen leyes y regulaciones con disposiciones de este tipo; la regla ha sido también establecida en algunos casos por la jurisprudencia. Sin embargo, el interés por impulsar este tipo de trabajo a fin de combatir el desempleo ha conducido a más de un legislador a liberalizar el recurso a los contratos de plazo determinado, como en Francia, Alemania o España.

Debe recordarse asimismo que el asalariado también puede terminar unilateralmente su contrato de empleo. De lo contrario, existirían formas de trabajo forzoso, tales como las que prohíben varias leyes civiles derivadas del Código de Napoleón que establecen que los servicios de uno pueden ser contratados sólo por un tiempo o para una empresa específica. En principio, los procedimientos son los mismos, no importa qué parte tome la iniciativa de romper

²⁴ Ver en particular el convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (No. 159) y la recomendación (No. 168), 1983.

la relación; los trabajadores habitualmente deben dar un preaviso más breve.

El Convenio No. 158 y la Recomendación No. 166 versan sobre la finalización del empleo, su justificación y los procedimientos a seguir. Se aplican, en principio, a todos los asalariados, excepto aquéllos que acabamos de mencionar: trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por período determinado de tiempo o una tarea específica, trabajadores que prestan servicios a prueba y aquéllos contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

El Convenio distingue entre despidos vinculados con la capacidad o la conducta del trabajador y aquéllos basados en requerimientos de la empresa o del servicio. Por supuesto, lo que debe considerarse no son las razones esgrimidas sino los motivos reales del despido; depende del juez, cuando el caso es llevado ante él, discernir en dónde reside la verdad.

Ese comentario vale en particular respecto de las razones que no pueden ser invocadas para justificar un despido. Existen, básicamente, dos tipos de esas razones: la primera involucra a la discriminación de algún tipo, las otras están basadas en el ejercicio de algún derecho por parte del trabajador.

El Convenio No. 148 y la Recomendación No. 166 definen a la primera categoría del modo que sigue: afiliación o participación en actividades sindicales “fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en procesos contra el empleador alegando violaciones de leyes o reglamentos; raza, color, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, embarazo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social; edad, “sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación”.

La segunda categoría comprende: licencia por maternidad; ausencia del trabajo debida a enfermedad o accidente (el Convenio especifica que la definición de lo que constituye ausencia temporaria del trabajo, la medida en que se exigirá certificado de trabajo y las posibles limitaciones deben ser determinadas en el ámbito nacional); servicio militar y otras obligaciones cívicas.

Las leyes y las reglamentaciones de muchos países prohíben los despidos sobre esas bases.

Las razones personales para los despidos conducen al empleador a considerar que es imposible continuar con la relación de empleo. Los motivos económicos tienen que ver con los beneficios de la empresa; afectan a los trabajadores individualmente y como grupo; en el último caso, la decisión adquiere una dimensión especial.

Diferentes pasos se pueden seguir para prevenir los despidos colectivos o a fin de limitar sus efectos. En países como Francia y Alemania (donde los comités de trabajo juegan un papel decisivo) la ley determina el establecimiento de

verdaderos planes sociales. Empresas de inserción han sido instaladas en ambos países. La Recomendación de la OIT No. 166 de 1982 sobre terminación del empleo expresamente sugiere una serie de pasos a seguir. El más común es el congelamiento de las contrataciones, la no renovación de los contratos temporarios, transferencias, ubicación en empleos alternativos (con readaptación y/o asistencia por movilidad según se requiera), licencias temporarias, trabajo a tiempo parcial, retiro temprano o gradual, retiro voluntario (con o sin prima), reducción de horas extra, etc. En Japón, los tribunales se aseguran que el empleador haya utilizado esos procedimientos para retener al personal antes de considerar que los despidos económicos son válidos²⁵.

Como lo sugiere la Recomendación No. 166, las leyes nacionales habitualmente establecen anticipadamente los criterios a partir de los cuales los trabajadores afectados deben ser seleccionados, su orden de prioridad y su número relativo, sopesando los intereses de la empresa o servicios y aquéllos de los trabajadores. Los criterios más frecuentemente utilizados son la antigüedad, las calificaciones profesionales, la capacidad personal y la situación familiar. Otros incluyen la nacionalidad, edad o pertenencia a una categoría protegida (representantes de los trabajadores, inválidos, veteranos).

Si el empleador reduce la fuerza de trabajo, varias leyes y convenios colectivos imponen, en consonancia con la Recomendación, prioridad en la recontractación con ciertas condiciones. Además, la Recomendación No. 166 menciona dos tipos de medidas de uso habitual en estos días a fin de atenuar los efectos de tales despidos: indemnización, que luego estudiaremos, y asistencia en la búsqueda de otro empleo adecuado.

Los procesos a seguir son, en términos generales, un aspecto importante de la protección dada a los trabajadores despedidos. De acuerdo con el artículo 11 del Convenio No. 158, tales trabajadores tienen derecho a un “plazo de preaviso razonable” o, en su lugar, a una indemnización, salvo que sean culpables de una falta seria; esto se refiere a una falta de tal naturaleza que torne irrazonable requerirle al empleador que continúe empleando al trabajador durante el plazo de preaviso. Este plazo pretende permitir a los trabajadores comenzar a buscar otro empleo. Muchas leyes proveen facilidades a ese fin, en particular, como lo sugiere la Recomendación No. 166, tiempo libre sin pérdida de salario durante lapsos convenientes para ambas partes.

²⁵ Ver K. Sugeno: *Japanese Employment and Labor Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2002, p. 479 *et seq.*; H. Nakakuto, ‘The 2003 Revision of the Labor Standards Law: Fixed-Term Contracts, Dismissal and Discretionary-work schemes’, *Japan Labor Review*, Vol. 1(2), primavera 2004, pp. 4–25. El empleador puede incluso recibir dentro de ciertos límites, una asignación con miras a la formación de los trabajadores interesados y a mantenerlos en la empresa; ver T. Araki, *Labor and Employment Law in Japan*, Tokyo, The Japan Institute of Labor, 2002, p. 25 *et seq.* Con relación a Francia: G. Lyon-Caen: ‘Le contenu du contrat de travail’, *Les cahiers de relations professionnelles*, No. 10, Feb. 1995, pp. 22–23.

Ambos instrumentos explican claramente las medidas que deben ser tomadas antes o durante la terminación del empleo; tales medidas se repiten en las leyes nacionales. Toman, por ejemplo, la obligación del empleador, si el despido tiene que ver con la persona del trabajador, de dar una advertencia previa. El asalariado tiene el derecho de defenderse. Sea inmediatamente o luego del plazo de preaviso, una ruptura no voluntaria requiere una notificación en la que se indique la decisión del empleador de poner fin al contrato; muchos países requieren que ese aviso unilateral sea dado por escrito, a menudo con mención de la fecha de terminación, las razones para ello, y las disposiciones legales sobre el tema (incluyendo la posibilidad de apelar); los plazos de preaviso son a veces objeto de reglas detalladas. Por último, el trabajador despedido puede requerir habitualmente al empleador que le entregue un certificado de trabajo indicando solamente, como se estipula en la Recomendación No. 166, “las fechas de comienzo y de terminación de la relación de trabajo y la naturaleza de las tareas que desempeñaba”; sin embargo, “y a requerimiento del trabajador, podría incluirse una evaluación de su conducta y de su trabajo en ese mismo certificado o en un segundo certificado”.

El Convenio y la Recomendación indican procedimientos a seguir antes o contra el despido: recursos internos que pueden involucrar a los representantes de los trabajadores se complementan con quejas ante organismos externos a la empresa o servicio público y que son habitualmente un tribunal o una junta de árbitros. Si el trabajador pierde su empleo por motivos económicos, numerosas leyes y convenios colectivos, y el derecho europeo, requieren la consulta previa a los representantes de los trabajadores y la notificación a las autoridades públicas, de acuerdo con los artículos 13 y 14 del Convenio. Las leyes de algunos países van aún más lejos y requieren autorización previa de la administración del trabajo o de un cuerpo colegiado, sujeta a apelación judicial.

El trabajador puede encontrar difícil probar que el despido es ilegal. Las leyes de algunos países desplazan la carga de la prueba, otras requieren que los jueces o los árbitros basen sus fallos en lo concerniente a las razones del despido en los elementos provistos por ambas partes. Ambos procedimientos están de conformidad con el artículo 9 del Convenio.

Cuando un Tribunal o una Junta Arbitral considera que el despido ha sido injustificado puede anularlo y/u ordenar que el trabajador sea reinstalado. Esa decisión, que generalmente incluye el pago de los salarios perdidos, es obviamente difícil de ejecutar en la práctica. De allí que, varios países, meramente obliguen al empleador a pagar una indemnización. Ambas fórmulas concuerdan con los términos del artículo 10 del Convenio. La solución adoptada varía de país en país y de caso en caso; la indemnización puede ser una suma global (calculada sobre la base del salario previo y la antigüedad), constituye una reparación completa de los daños sufridos (en algunos casos sólo si la ley ha sido violada) o es dejada a la discreción del juez.

En concordancia con el artículo 12 del Convenio, la costumbre, los convenios colectivos y los contratos individuales han introducido gradualmente el concepto de indemnización por cese de empleo. Este tipo de indemnización es ahora parte de las leyes y las reglamentaciones de muchos países, sujeta al principio de que no haya existido una falta seria de parte del trabajador y a veces sólo si se configura una reducción del personal.

Ya en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1995, los empleadores señalaron que las condiciones impuestas por el Convenio No. 158 eran difíciles y restrictivas. La mayoría de los Estados Miembros dijo que había establecido alguna otra forma de protección contra el despido, aunque la protección así otorgada era a menudo menos intensa que la prevista por el Convenio. Mientras que era del interés de los empleadores mantener su personal, especialmente aquellos trabajadores a los que habían formado, también tenían que poder adaptarse a los cambios operativos y económicos. Cualquier protección que fuera más allá de la prohibición del despido arbitrario, agregaron, obstaculizaba su capacidad de actuar adecuadamente. Fueron especialmente críticos del artículo 9 (carga de la prueba) y 12 (indemnización por cese).²⁶ Su punto de vista no fue compartido por los delegados de los trabajadores.

Aún hoy no existe un punto de vista común sobre el tema. Se puede observar sin embargo en algunos países europeos en particular, una tendencia a levantar la obligación de justificar el despido u a limitar los recursos judiciales a cambio de una indemnización más generosa que privilegie la seguridad material sobre el control de los motivos de la ruptura.

¿Qué sucede si el empleador quiebra? En 1992 la OIT fijó dos modos de proteger los reclamos de los trabajadores: por medio de un privilegio y a través de una institución de garantía.

Acordar una preferencia a ciertos acreedores constituye una práctica jurídica de muchos años; ellos son pagados con los activos del deudor insolvente antes que otros, no privilegiados, que pueden ser pagados a prorrata. El Convenio No. 173 y la Recomendación No. 180 mencionan las principales deudas privilegiadas: salarios y otras sumas debidas (vacaciones pagadas, ausencias retribuidas, indemnizaciones por fin de servicio, otras indemnizaciones, seguridad social y premios de seguros, etc.) Establecen que la protección por medio de privilegios de los reclamos de los trabajadores puede ser limitada a un monto determinado, pero el Convenio requiere que los reclamos de los trabajadores tengan un rango alto.

El privilegio para el pago de los salarios no es un invento nuevo. En Europa continental, por ejemplo, fue introducido por el Antiguo Régimen. El Có-

²⁶ A. Wisskirchen and Ch. Hess, *Employers' handbook on ILO standards-related activities* (Ginebra), OIT 2001, p. 11.

digo de Napoleón estableció el privilegio para los salarios de los servidores domésticos y la ley de bancarrotas lo extendió a los trabajadores manuales y empleados. El derecho del trabajo a menudo consolidó y luego extendió ese tipo de protección. Los países con sistema de common-law reaccionaron más lentamente y menos ampliamente, y el derecho en esos países no se encontraba inicialmente tan desarrollado en este punto.²⁷

El segundo medio consiste en crear una institución que garantice los pagos de los reclamos de los trabajadores en casos en los que el empleador insolvente no pueda afrontarlos. Algunos fondos fueron creados con ese propósito en Europa occidental, y Bélgica jugó un papel pionero en los años '60. El Convenio de la OIT más arriba mencionado fijó un límite a los reclamos así protegidos (esencialmente el mismo que para los privilegios). La Recomendación establece los principios de tales fondos, los que, debe ser dicho,²⁸ son similares a los de los regímenes de seguridad social: son obligatorios, trabajan sobre la base de la solidaridad, y son gestionados por instituciones que son, desde el punto de vista administrativo, financiero y legal, independientes. En Israel y en Suiza, el fondo de garantía es una parte integral del sistema de seguro social.

El privilegio aún es el método más común de proteger los reclamos de los trabajadores. El derecho europeo ha elegido solamente la otra opción²⁹. Los fondos de garantía no constituyen soluciones milagrosas. No sustituyen totalmente los privilegios porque la duración del empleo y el importe tomados en consideración quedan limitados. También suponen instituciones financieras sólidas y bien administradas que muchos Estados no tienen la capacidad de crear inmediatamente³⁰. Sin embargo, el mecanismo resulta el más eficaz, por la seguridad de pagamiento que otorga, en los países que pueden instituirlo.

Además, los trabajadores despedidos pueden recibir un ingreso proveniente del seguro de desempleo y ayuda a los desempleados. Algunos países obligan al empleador a notificar los despidos a los fondos de seguridad social.

²⁷ Ver CIT (78ª sesión, 1991), *Informe V(i)*, (Ginebra), ILO, 1990, p. 20.

²⁸ Ver también, A. Bronstein, 'The protection of workers' claim in the event of the insolvency of their employer. From civil law to social security', ILR, Vol. 126(6), Nov.-Dic. 1987, pp. 715-731; ver también J.V. Gruat: *Les problèmes des régimes de protection des salariés en cas de faillite del'entreprise (étude comparative); protection contre le chômage et politique de l'emploi*, Documentation de sécurité sociale, Série européenne, No. 5 (Ginebra), ISSA, 1981, pp. 171-196.

²⁹ La Directiva europea No. 80/ 987 del 20 de octubre de 1980 también trata sobre este tema.

³⁰ Ver Conferencia internacional del Trabajo, (91ª sesión, 1991), *Informe general de la Comisión de Expertos sobre la aplicación de los convenios y de las recomendaciones*, informe III (parte 1B) (Ginebra, OIT), 2003, §§ 351-353.

2.4. Beneficios por desempleo y empleo

Transferir parte de la protección social de la empresa a la sociedad, recurrir al impuesto en vez de a cargas empresariales es probablemente inevitable a largo plazo cuando leyes muy estrictas inducen a las empresas a utilizar medidas indirectas para obtener o conservar la misma libertad. Sería mucho más grave reducir sensiblemente los beneficios de la seguridad social, incluso del desempleo. Más allá de sus efectos en la lucha contra la pobreza, debilitaría el consumo de productos y servicios, provocando un círculo vicioso que afectaría a las empresas que los producen, incluso a sus puestos de trabajo y, finalmente, la riqueza del país entero. La recomendación núm. 202 adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2012 sobre los pisos de protección social subraya “que la seguridad social es una inversión en las personas que potencia su capacidad para adaptarse a los cambios de la economía y del mercado de trabajo y que los sistemas de seguridad social actúan como estabilizadores sociales y económicos automáticos, ayudan a estimular la demanda agregada en tiempos de crisis y en las etapas posteriores y ayudan a facilitar la transición hacia una economía más sostenible”. No se podría decir mejor que un progreso económico duradero implica un mínimo de justicia social.

Los programas de empleo deben, para ser eficaces, articularse con el sistema de seguridad social vigente, en primer lugar con las prestaciones por desempleo que existan. El Convenio No. 168 de 1988 sobre promoción del empleo y protección contra el desempleo insiste en que dichas políticas deben estar apropiadamente coordinadas. El artículo 14 sienta el principio según el cual en casos de completo desempleo, los beneficios deben ser provistos en forma de pagos periódicos calculados de tal manera que le otorguen al beneficiario un reemplazo parcial y transitorio de su salario y, al mismo tiempo, evitar la creación de desincentivos al trabajo o a la creación de empleo.

Si bien es verdad que algunos economistas sostienen que la suma pagada por prestaciones por desempleo desincentivó la búsqueda de trabajo, la afirmación, no importa cuán relevante sea, es de menor valor práctico cuando los trabajos son escasos y los buscadores de empleo muchos. En cualquier caso, el artículo 21 del Convenio No. 168 permite que el beneficio sea rehusado cuando la persona interesada se niega a aceptar un empleo adecuado; esta condición es habitualmente identificada en el derecho nacional.

Los métodos para proveer las prestaciones por desempleo, dice el Convenio, deben contribuir a la promoción del empleo “pleno, productivo y libremente elegido” y no disuadir a los empleadores de ofertar y a los trabajadores de buscar empleo productivo. Un ejemplo significativo es Japón, donde los empleadores en dificultades pueden recibir diferentes tipos de subsidios a fin de evitar despedir a los trabajadores; los fondos utilizados a ese fin provienen

solamente de las contribuciones de los empleadores a un régimen de seguro de desempleo³¹.

La Recomendación No. 176 de 1988, por su parte, enumera medidas para ser tomadas en respuesta a la misma preocupación: asistencia a la movilidad profesional (es el caso de España), acceso sencillo a trabajos temporarios (los Países Bajos), impulso a los desempleados para que inicien sus propios negocios o se involucren en otra actividad económica (Italia, Suecia), ayuda a trabajadores que deseen regresar voluntariamente a sus países (Francia), inversión de las reservas acumuladas por los regímenes legales de pensiones y los fondos de previsión y aquéllos regímenes privados de pensiones, con miras a fomentar el empleo (“a reserva de las garantías necesarias en cuanto a seguridad y rendimiento de las inversiones realizadas”), la progresiva introducción de servicios a la comunidad, incluyendo servicios de atención a la salud (“financiados con las cotizaciones de la seguridad social o con otros recursos”). En algunos países como Grecia y Hungría, los trabajadores desempleados que reciben beneficios pueden ser obligados a tomar cursos de formación profesional.

El primer convenio de la OIT sobre desempleo –Convenio No. 2 de 1919, el año en que fue fundada la Organización– requería a los Estados proporcionar información, estadística u otra, y abrir agencias gratuitas de empleo. Contiene una obligación adicional que promueve la movilidad internacional de los trabajadores: los Estados que establecieron sistemas de seguro contra el desempleo deben, de acuerdo a los términos acordados entre los Miembros interesados, hacer arreglos en los que los trabajadores pertenecientes a un Miembro y trabajando en el territorio de otro sean admitidos con los mismos niveles de beneficio que los pertenecientes a este último.

En las leyes y reglamentaciones de muchos países, y en el convenio más arriba mencionado, se le presta especial atención a la colocación de las personas en una situación desfavorecida. Entre ellos, los inválidos, ocupan un lugar especial. A menudo la legislación versa sobre el caso difícil de la gente joven desempleada, cuyo desempleo tiende a generar verdaderos problemas sociales. El Convenio No. 168 también se refiere a las mujeres, los trabajadores de edad mayor, el desempleo de largo plazo, los emigrantes regulares y los trabajadores afectados por cambios estructurales. Los habitantes de regiones deprimidas a veces se benefician con programas de empleo especiales, incluyendo los de la Unión Europea.

Los modos de hacer efectivas esas políticas varía: algunos son legislativos, otros consensuados, otros una combinación de ambos. El artículo 3 del Conve-

³¹ T. Araki, ‘Promotion and regulation of job creation opportunities’, informe nacional presentado en el Congreso XIV de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Seúl, 27–30 Septiembre 1994), *Reports and Proceedings*, Vol. I, Seúl, Academia Coreana de Relaciones Industriales, 1996, pp. 414–415.

nio No. 168 determina que sus provisiones deben ser implementadas en consulta y colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Los empresarios, los asalariados y sus asociaciones, a veces pero no siempre, juegan un rol decisivo en la aplicación de los programas. En algunas ocasiones, como a menudo en Europa, las negociaciones son tripartitas y los Estados concluyen pactos sociales genuinos con las organizaciones profesionales; el valor de tales pactos es más político que legalmente obligatorio, salvo que sean repetidos en otros tipos de instrumentos.

La negociación colectiva, sea bilateral o tripartita, es un medio muy adecuado de abordar temas controversiales tales como los efectos de los acuerdos relativos al tiempo de trabajo en el empleo. Las partes siempre pueden encontrar ventajas en esos arreglos: para los trabajadores, más tiempo libre y así más oportunidades de hacer otras cosas (culturales, sociales, etc.) y tiempo de trabajo mejor adaptado a la vida familiar (incluyendo el trabajo a tiempo parcial) o jubilación anticipada si lo prefieren, etc.; para el empleador, la posibilidad de evitar despidos pero también la oportunidad de modificar el calendario de producción a fin de utilizar mucho más tiempo (con cuadrillas por turnos) máquinas costosas, etc. El Estado podría obtener, en estas discusiones, la posibilidad de influenciar el contenido de los acuerdos y obtener, en algunos casos, el respaldo pasa su política que es la mejor garantía de que la política triunfe. Las partes pueden asumir el riesgo de abordar temas respecto de los cuales se encuentran divididos: el recurso al tiempo extra (un modo para el empleador de evitar nuevos contratos), retiro flexible total o parcial, la posibilidad de compartir el tiempo de trabajo.

De verdad, el tema real es el requisito de la flexibilidad combinada con la indispensable naturaleza protectora de las normas laborales. El problema es agudo cuando se trata de las formas precarias de empleo. Todos están de acuerdo en que se lo trata mejor con diálogo que con confrontación, pero a veces son pocas las (buenas) intenciones de materializar las normas.

La partida del trabajador puede disparar también el derecho a otros beneficios, en particular, a una pensión por vejez (que puede ser temprana).

Esos convenios de la OIT sobre seguridad social completan los instrumentos programáticos promotores del empleo. Se completan en varios países con una forma u otra de ingreso mínimo garantizado para las personas que no tienen nada. La Recomendación No 202 de la Organización contiene propuestas concretas al respecto.

3. PUESTA EN VALOR DE LAS CAPACIDADES PROFESIONALES

¿Cómo pueden las normas internacionales contribuir a la puesta en valor de las capacidades profesionales y tener un impacto positivo en las políticas

nacionales (III)? Antes de contestar esa pregunta, deberemos evocar la visión moderna de la formación y del reciclaje profesionales (I) y mirar el contenido de las normas pertinentes (II).

3.1. Una visión moderna del desarrollo de los recursos humanos

Todos los estudios confirman que la formación es la mejor garantía contra el desempleo. Por supuesto, la formación no es garantía de un trabajo. El empleo, sabemos, depende de varios factores. Las habilidades profesionales son ciertamente importantes, pero otros factores, algunos de ellos económicos, también juegan un rol. Además, aun las calificaciones pueden ser mal empleadas. Una distinción deba probablemente ser realizada entre los países industrializados y los otros. No pueden tener la misma política: en los países industrializados, donde la mano de obra suele ser altamente cualificada, los problemas de empleo surgen esencialmente en términos de adaptación y conversión de cara a los cambios en el sistema de producción; en los países en desarrollo, donde la mano de obra tiende a ser pobremente cualificada, la formación tiene que apuntar a crear trabajadores cualificados y a estimular iniciativas con miras, por ejemplo, a la creación de pequeños negocios. Debe tomarse en cuenta también el sector informal.

Pero ¿quién podría negar la utilidad de unir formación con empleo? Dan testimonio de ello el sinnúmero de enfoques trazados por los gobiernos en los años recientes, alentando a los empleadores a contratar o aceptar aprendices y practicantes, en particular a través del auxilio financiero. La decisión de varios países de prolongar la educación obligatoria también hace al punto. La crisis del empleo ha impulsado a varios gobiernos a cuestionar la calidad y eficacia de sus sistemas educativos y a introducir lo que a veces constituyen reformas fundamentales que conciernen la reconversión de adultos y la formación progresiva tanto como la educación de las personas jóvenes.

Cualquier política de desarrollo de recursos humanos que intente tener resultados tangibles presupone la implementación de un esquema integrado de formación y orientación profesional que refleje las opciones hechas en términos de objetivos, estructuras, condiciones y fuentes de financiamiento. La llave del éxito de tal política es la definición de objetivos concretos y específicos para el corto y mediano plazo. En muchos países, la OIT contribuye a la ejecución de los programas relevantes en el marco de proyectos de cooperación técnica. El interés no reside tanto en formar gente para una ocupación específica como enseñar a los trabajadores cómo adaptarse a situaciones laborales inesperadas, tareas y trabajos, cómo manejarse, particularmente en los países industrializados, con las consecuencias de los cambios tecnológicos y los ajustes y reestructuraciones enderezadas a incrementar la economía. La formación

profesional debería hacer a los asalariados más polivalentes y permitirles cambiar de ocupación, aun dentro de la compañía, en el curso de sus vidas laborales. Es también un medio de introducir un grado de flexibilidad de largo plazo en la industria, comercio y oficinas.

Ninguna sociedad puede, sin encargarse de aumentar el conocimiento y las cualificaciones, fomentar la reflexión, la iniciativa y la creatividad. Resultante de las ideas de igualdad y de democracia vehiculadas por la Revolución francesa –debemos mencionar aquí Condorcet– la educación pública para todos ha sido consagrada en el curso del siglo XIX. Paralelamente los Estados prohibieron uno después del otro, el trabajo de los niños. El objetivo ha consistido en proporcionar una enseñanza básica a cada uno y permitir a los mejores, viniendo de cualquier origen social, acceder a la ciencia y a la cultura así como progresar de esta manera sobre la escala social. Este tipo de educación era general: no correspondía a la preparación para un trabajo particular. Sin embargo, una enseñanza técnica y profesional luego la ha completado.

En cambio, el aprendizaje de un trabajo u oficio al lado de un patrón se remonta a tiempos antiguos: es natural aprender una profesión con prácticas en la empresa de una persona que tiene una larga experiencia. La institución se integró durante la Edad Media en el sistema de los gremios donde los aprendices frecuentaban los maestros y los obreros confirmados, ha sobrevivido a su desaparición y ha evolucionado después de la revolución industrial.

La oposición entre las dos formas de educación -en la escuela o in situ– tiende hoy a disminuir. De hecho varios países hacen alternar en el curso de la formación clases y prácticas en empresa. Mucho más: la educación, incluso profesional, no se orienta tanto hasta un empleo específico que se puede perder o nunca obtener. Aparece más y más difícil prever los oficios o trabajos que una persona va a ejercer durante su vida. La formación técnica pretende capacitar al obrero, el empleado y el ejecutivo para adaptarse sin demasiados problemas a un cambio de empleo. También tiende a facilitar su realización, el conocimiento de sus aptitudes y, posiblemente, su ascenso social.

Alemania constituye un ejemplo de un sistema educativo moderno y eficiente que incluye prácticas profesionales. Ha retenido el interés de muchos expertos y de la Comisión Europea. Suiza tiene instituciones bastante similares.

3.2. Derecho internacional sobre formación y orientación profesionales

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales mira a la formación profesional desde dos ángulos: en términos del derecho de todas las personas a la educación (establecido en el artículo 13) y en los de las medidas que todos los Estados deben tomar (bajo el artículo 6) para asegurar el pleno disfrute del derecho a trabajar.

La OIT y la UNESCO tomaron esas disposiciones y las expandieron a instrumentos internacionales más detallados. En 1974 la UNESCO adoptó la Recomendación revisada sobre Enseñanza Técnica y Profesional; el 10 de noviembre de 1989 es adoptada una convención internacional sobre el mismo tema. En la OIT, los textos básicos en esta área son el Convenio No. 142 de 1995 y la Recomendación No. 195 de 2004, sobre desarrollo de recursos humanos. Ambas instituciones también trabajaron juntas en una recomendación de 1997 relativa a la condición del personal docente de enseñanza, que contiene varios párrafos sobre la preparación para la profesión y sobre formación posterior. Como regla, la UNESCO, trata principalmente temas de educación y organización, mientras que la OIT se encuentra más profundamente interesada en la relación entre la formación por un lado y el empleo y el trabajo por el otro.

La organización de la enseñanza técnica y profesional fue una de las medidas enumeradas en 1919 en el Preámbulo de la Constitución de la OIT. La Declaración de Filadelfia, adjuntada en 1944 a este instrumento fundamental, también se refiere a las posibilidades de formación.³² Por los años setenta la OIT había adoptado una serie de recomendaciones que reflejaban los intereses de ese momento, sólo una, la Recomendación No. 99 de 1955 sobre la readaptación profesional de los inválidos, es considerada relevante en la actualidad.

Cuando la crisis del empleo golpeó a la mayoría de los países, la OIT consideró todos los problemas relativos al desarrollo de los recursos humanos y como resultado adoptó nuevos instrumentos, incluyendo, esta vez, convenios. El Convenio No. 140 sobre licencia pagada de estudios estableció en 1974 la necesidad de la educación de los adultos, y el Convenio No. 142 y la Recomendación No. 195 trató, el año siguiente, de la formación y de la orientación profesionales en una perspectiva global, como factores de desarrollo económico y social. En 1983, al OIT adoptó el Convenio No. 159 y la Recomendación No. 168 sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas;³³ incluyen artículos sobre adaptación y readaptación, trabajo y empleo, nivel adecuado de vida y protección social.

El Convenio No. 142 y la Recomendación No. 195 proponen una verdadera política social para el desarrollo de los recursos humanos.³⁴ El Convenio invita a los Estados a que adopten y desarrollen políticas comprensivas y coordinadas y programas de guía y formación profesionales y que establezcan un estrecho vínculo con la política de empleo. Estas preocupaciones ya se han notado. Mientras que los objetivos son ambiciosos – las políticas y los programas

³² Párrafo III(c).

³³ El convenio y su protocolo adicional fueron adoptados el 13 de diciembre de 2006; fue abierto a la firma el 30 de marzo de 2007.

³⁴ Ver H.H. Barbagelata (ed.), *El derecho a la formación profesional y las normas internacionales*, Montevideo, CINTERFOR, 2000.

deben ser “comprensivos y coordinados”- el artículo 1 agrega que los últimos deben tomar debida cuenta del nivel de desarrollo económico, social y cultural y la relación con otros “objetivos económicos, sociales y culturales” y deben ser perseguidos por medio de métodos apropiados a las condiciones nacionales. El párrafo final establece que esas políticas y programas deberían ayudar a todos a desarrollar y usar sus capacidades para el trabajo y tomar cuenta de las necesidades de la sociedad.

El artículo requiere de los Estados, a fin de lograr esos objetivos, que establezcan y desarrollen “sistemas abiertos, flexibles y complementarios”, así como de orientación escolar y profesional y de formación profesional. Los Estados también se obligan gradualmente a extender sus sistemas de orientación profesional e información de empleo, “a fin de asegurar que se pongan a disposición de todos los niños, adolescentes y adultos una información completa y una orientación tan amplia como sea posible, inclusive por medio de programas apropiados en el caso de los minusválidos”.

Los Estados también se obligan a “extender, adaptar y armonizar” sus sistemas de formación profesional de modo de cubrir “las necesidades de formación profesional permanente de los jóvenes y de los adultos en todos los sectores de la economía y ramas de actividad económica y a todos los niveles de calificación y de responsabilidad”.

Todo Estado que ratifica el Convenio No. 140 debe formular y aplicar la política designada para promover el otorgamiento de licencia pagada por estudio con el propósito de: a) formación en todos los niveles, b) educación general, social y cívica; c) educación sindical. El artículo 1 aclara que el término “licencia pagada de estudios” significa licencia concedida a un trabajador con fines educativos por un período determinado, durante horas de trabajo y con pago de prestaciones económicas adecuadas.³⁵ Según los considerados del Convenio, la licencia debe ser concebida en términos de una política de educación y formación continua implementada progresivamente y de manera efectiva.

El grupo de los empleadores tiene reservas sobre las obligaciones contenidas en el instrumento. Desde años, ha puesto énfasis desde 1991, en el alto nivel de los requerimientos del Convenio, que en su opinión reflejaba “el gran optimismo prevaleciente al momento de su adopción”.³⁶

Los Convenios Nos. 142 y 140 insisten en que las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y otras agencias interesadas, deben colaborar en la preparación y aplicación de estas políticas y programas. Las organizaciones de

³⁵ De acuerdo con el artículo 11, un período de licencia paga por estudios debería ser asimilada a un período de servicio efectivo a los efectos de determinar los derechos a beneficios sociales y otros derechos derivados de la relación de empleo.

³⁶ A. Wisskirchen and Ch. Hess, *op. cit.*, p. 9.

trabajadores han estado interesadas en los temas educativos desde que aparecieron. Comenzaron por reclamar escolarización libre y obligatoria para todos; al mismo tiempo, lucharon por prohibir el trabajo infantil. Más recientemente han reclamado formación para los adultos. Ellas mismas han fundado, a menudo, instituciones con ese fin –tales como las universidades de los trabajadores– o han buscado colocar la escuela a la luz de los requerimientos del trabajo, promoviendo las clases nocturnas.

Los empleadores habitualmente quieren trabajar con trabajadores calificados. En muchos casos han armado, solos o en grupo, sus propias estructuras de formación profesional. Las autoridades públicas, por su parte, tienen todo el interés de asociar los negocios y sus facilidades de investigación en las formas actuales de formación profesional.

Los empleadores y los sindicatos son depositarios de la formación y reconversión profesional, las que son vistas de modo creciente –en Alemania y Japón especialmente– como aspectos esenciales para la negociación colectiva. Algunos códigos laborales imponen la obligación de negociar el tema y enumerar los puntos a discutir. La cuestión da lugar a pocos conflictos. Es una de las identificadas para el diálogo social europeo.

En la compañía o en la empresa, los comités de trabajadores o los representantes pueden habitualmente introducir el tema con la dirección. El empleador se encuentra a menudo obligado por la ley o el convenio colectivo a proveerlos de información o a consultarlos. Menos habitualmente, los comités o los representantes pueden negociar el tema o aun obtener poder genuino para co-dirigir. Por otro lado, frecuentemente existen a nivel nacional, regional o por rama de actividad, organismos informales o institucionalizados de diálogo permanente sobre esos tópicos entre las autoridades públicas y las organizaciones profesionales; ellas discuten la organización, los programas y el financiamiento, proyectan leyes y regulaciones.

Va sin decirlo que la colaboración activa entre las asociaciones de empleadores y los sindicatos sirve para hacer al sistema más flexible y para adaptar la formación a las necesidades de los usuarios.

Otros varios instrumentos de la OIT contienen disposiciones sobre formación profesional, respecto del empleo³⁷ sobre todo, para sectores específicos tales como las plantaciones³⁸ o para grupos como la gente joven.³⁹ Y hablando

³⁷ Ver por ejemplo la recomendación sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958 (No. 111); el convenio sobre política de empleo (No. 122) y la recomendación (No. 122), 1964, y el convenio sobre promoción del empleo y protección contra el desempleo (No. 168) y la recomendación (No. 169), 1988

³⁸ Ver la recomendación sobre plantaciones, 1958 (No. 110), paras 5 a 8.

³⁹ El convenio sobre edad mínima, 1973 (No. 138) no se aplica al trabajo hecho en escuelas o en instituciones de formación ni a practicantes bajo ciertas condiciones (artículo 6).

en general, los convenios y recomendaciones laborales internacionales se aplican a los aprendices en cuanto conciernen a todas las personas empleadas u ocupadas, según el caso, en una empresa o en una determinada tarea.

Bajo los términos del Convenio No.159 y la Recomendación No. 168 que lo suplementa, el propósito de la readaptación profesional es permitir a las personas inválidas que se aseguren, retengan y avancen en un empleo apropiado y así impulsar su integración o reintegro a la sociedad.⁴⁰ Los Estados deben formular, implementar y periódicamente revisar la política nacional con ese fin. El artículo 3 del Convenio establece que las oportunidades de empleo para las personas inválidas deberían ser promocionadas en el mercado de trabajo abierto. Contiene un segundo componente: la igualdad de oportunidades con otros trabajadores. El artículo 4 agrega que no deben ser vistas como discriminatorias contra otros trabajadores las medidas especiales positivas dirigidas a una efectiva igualdad de oportunidades y trato.

3.3. Alcance de las normas

Mejorar las calificaciones profesionales no es un tema de la ley: los problemas encontrados son, sobre todo, económicos y financieros, tiene que ver con el sistema educativo y la organización. Sin embargo las medidas legales son requeridas para implementar una política relevante. Es a través de los textos legales que los principios que apuntalan el sistema son establecidos, las elecciones hechas y los compromisos entre los objetivos, a veces conflictivos, alcanzados. Es a través de ellos que los conceptos son traducidos en acción, por ejemplo, en programas de formación y condiciones para conceder los beneficios, en medios de estimular a los trabajadores a readaptarse, en estructuras financieras y administrativas, en consultas a las organizaciones de empleadores y trabajadores. Es a través de los textos jurídicos que se les conceden ciertos derechos y garantías a los aprendices y practicantes. Esos textos tienden a ser legislativos o reglamentarios, pero vale considerar la utilidad de permitir a los empleadores y a los sindicatos, aun donde no es tradición, concluir acuerdos colectivos independientes a esos efectos. Hacerlo haría a las disposiciones más flexibles, más adaptables a las necesidades de los interesados, y aseguraría que fueran más rápidamente aceptadas.

Pero ¿cuál es el rol en este terreno de los instrumentos normativos internacionales, en particular de las normas de la OIT? Los textos adoptados, por el solo hecho de su existencia, ponen la pelota en juego, llevan a la opinión a volcarse a favor de una política para desarrollar recursos humanos, especialmente desde que la OIT hace un importante despliegue para promover la aplicación

⁴⁰ Ver también el código de prácticas de la OIT sobre la gestión de la discapacidad en los lugares de trabajo, Ginebra, 2002.

de sus normas. Obviamente, sin embargo, hacen mucho más. El Convenio No. 142 y otros instrumentos recientes sobre el tema proponen “modelos” para el desarrollo armónico de la capacidad profesional. Esas disposiciones programáticas no tienen el mismo ámbito de aplicación que aquéllas sobre condiciones de trabajo o seguridad social: impulsan una cierta política social, fijan metas a ser alcanzadas, en lugar de imponer obligaciones de resultado a los Estados.

Están estrechamente relacionadas a la economía. Su aplicación depende casi más de los programas prácticos que de los métodos legales. De allí la importancia en este campo, más que en otros, de la colaboración técnica de la OIT para la implementación de las normas internacionales sobre este tema. El Centro Internacional de Formación de Turín y asesores regionales proveen servicios en instalaciones a ese fin. La acción práctica puede tomar la forma de publicaciones, reuniones, seminarios y prácticas, y de modernos sistemas de recolección, coordinación y distribución de información sobre formación y orientación profesional. Esos métodos ayudan a realzar a las calificaciones profesionales como una realidad de todos los días. El efecto de cada una de esas medidas tomadas conjunta o separadamente no debe ser subestimado.

Problemas más específicos pueden, no obstante, aparecer. Uno de ellos es la cláusula por la cual un trabajador acuerda permanecer por un cierto tiempo al servicio del empleador que lo formó (o pagar una penalidad si rompe el contrato). En caso de abuso, la cuestión de la compatibilidad de esa cláusula con las normas laborales internacionales reside, entre otros, en el Convenio No. 29 de 1930, sobre trabajo forzoso.

Los Convenios Nos. 142, 140 y 159 tienen una misión universal y el modelo que proponen debe en consecuencia corresponder a las necesidades de tantos países como sea posible. El enfoque escogido, el hecho de que esos instrumentos recomienden ciertas políticas sociales, ha provocado inevitables preguntas acerca de la relevancia de esas políticas: ¿son adecuadas – aunque los textos sean escritos en términos generales y flexibles– para países en desarrollo, especialmente su sector informal? Yendo más directamente al punto, los países industrializados encuentran difícil reconciliar los objetivos de igualdad y eficacia: deben elegir sus prioridades y las inversiones resultantes. La persona que más necesita de la formación puede no ser la persona cuya formación sea la de mayor beneficio para la comunidad: ¿no es más redituable permitir a un trabajador calificado aumentar sus calificaciones? Y –de nuevo– ¿qué hay de la educación profesional de todos los trabajadores –a menudo la mayoría– en el sector no organizado?

Estas preguntas muestran que los medios económicos o prácticos apropiados son los únicos que van a servir para evaluar la efectiva aplicación de esos instrumentos. Esos medios podrían figurar en los formularios de informes. Ha

sido sugerido⁴¹ que una colección de directrices prácticas sean compiladas a fin de suplementar las normas internacionales sobre formación profesional y reunidas en una unidad de conocimiento y experiencia de conflictos potenciales, problemas reales y compromisos necesarios para que las elecciones sean hechas.

4. CONCLUSIONES

No basta con proclamar políticas e imponer reglas, ellas deben ser también ejecutadas. Es un tema de credibilidad, de confianza en el Estado y sus agencias, de respeto por el sistema legal (por la regla de derecho) y por los organismos judiciales del lugar. A este respecto, el vigor con que la lucha contra el fraude y la corrupción es llevada a cabo y la accesibilidad al sistema judicial son indicadores altamente relevantes.

A fin de conducir sus programas y supervisar el respeto por sus normas, el Estado necesita instituciones sobresalientes⁴². Cualquier servicio público, sin embargo, implica usuarios en busca de servicios de calidad al mejor precio y pagadores de impuestos interesados en la carga financiera que esos servicios crean. Que esas instituciones sean públicas o privadas tiene que ver, en varios extremos, con la tensión entre esos dos aspectos de todo ciudadano y su relación con el Estado⁴³.

El Convenio No. 150 y la Recomendación No. 158 se encargan de la estructura, de las directrices generales y de un marco institucional que permitan a las administraciones del trabajo desempeñar su tarea eficazmente.

El Convenio destaca que es en el interés del trabajo de las administraciones asociarse a sus usuarios, principalmente los empleadores y los trabajadores agrupados en sus respectivas organizaciones. Más aún, deja libre a los Estados para delegar o encomendar algunas de sus actividades a organizaciones no gubernamentales tales como las asociaciones de empleadores o de trabajadores (o los representantes de los empleadores y de los trabajadores). Por la misma razón, algunos aspectos de la política laboral nacional pueden ser decididos por la negociación directa de las partes⁴⁴.

Esfuerzos mayores han sido realizados en ciertos países para mejorar la

⁴¹ T. Alfthan, D. Bas, A. Cabral de Andrade and Cl. de Moura Castro *The human resources development convention: Is it applicable in poor countries?* (Training Policies Programme, Discussion Paper No. 28) (Ginebra,) OIT, 1988.

⁴² J. Somavia, *Superar la pobreza*, *op. cit.*, pp. 80–81.

⁴³ J.-M. Servais, 'Labour and employment agencies: Public or private management?', en J.R. Bellace and M.G. Rood (eds.), *Labour Law at the Crossroad: Changing Employment Relationships, Studies in Honour of Benjamin Aaron*, La Haya, Kluwer, 1997, pp. 167–181.

⁴⁴ Artículos 2, 3 y 5 del convenio.

aptitud de las administraciones nacionales a fin de llevar a cabo su misión. Esos esfuerzos apuntan a incrementar la calidad de los servicios provistos y las relaciones con los “clientes”. Se refieren a las modificaciones de las estructuras administrativas a fin de asegurar el control real por parte de las autoridades administrativas y aumentar la colaboración entre las unidades del ministerio de trabajo o con los departamentos cuya misión es económica. Esta coordinación refleja los principios expresados en los instrumentos antes mencionados⁴⁵.

El objetivo es armar una administración del bienestar social competente y sofisticada como el mejor medio de preparar, coordinar y ejecutar una política social general; una administración que pueda dar instrucciones a las unidades operativas y asegurarse de que sean aplicadas. Como el artículo 10 del Convenio establece, esto requiere un personal cualificado decentemente tratado.

La administración debe contar también con la información que necesita para construir su acción sobre un terreno técnicamente sólido y para estimular la creatividad. Ello presupone investigaciones serias del trabajo y del empleo (el párrafo 18 de la Recomendación No. 158 sugiere que una política genuina sea adoptada sobre este punto) y estadísticas confiables. El Convenio No. 160 y la Recomendación No. 170, adoptados en 1985, tratan el tema de las estadísticas laborales. El Convenio obliga a los Estados a coleccionar regularmente, compilar y publicar estadísticas laborales básicas, que puedan ser progresivamente extendidas hasta abarcar los datos más relevantes relativos al trabajo: población que trabaja; empleo, desempleo y (si fuera posible) subempleo visible, ingresos y tiempo de trabajo; salarios; costos laborales; índices de precios al consumidor; gastos del hogar e ingresos; accidentes y enfermedades del trabajo; conflictos laborales. La Recomendación agrega estadísticas sobre productividad y enfatiza la importancia para los Estados de crear una estructura sólida en esta área.

En pocas palabras, una política y un derecho eficaces del empleo no se conciben sin una administración del trabajo moderna, abierta a colaboraciones con instituciones privadas, y organizada de una manera eficiente que evite las competencias acumulativas.

⁴⁵ Artículo 9 del convenio No. 150 y paras 19 *et seq.* de la recomendación No. 158.

¿QUÉ SENTIDO JURÍDICO-POLÍTICO TIENE LA GARANTÍA DEL DERECHO “AL TRABAJO” EN LA “SOCIEDAD DEL RIESGO”?

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

El pensador crítico “considera que su misión es la de pasar por la historia el cepillo a contrapelo (...). La tradición de los oprimidos nos enseña entretanto que el “estado de emergencia” en que vivimos es la regla”.

Walter BENJAMIN (2012, 39-40, de la Tesis VII y VIII)

EXTRACTO

Palabras clave: derecho al trabajo, política de empleo, renta de inserción, derechos sociales de “desmercantilización”

La garantía jurídica al máximo nivel del derecho “al trabajo” exige su instrumentación y materialización a través de la acción positiva de los poderes públicos. El derecho “al trabajo” tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva/institucional; ambas son expresión de un derecho social de contenido complejo. Es un derecho social de libertad y al mismo tiempo es un derecho que tiene visibles dimensiones prestacionales, pues se trata de un derecho de “desmercantilización” relativa del trabajo bajo condiciones capitalistas de producción; superándose, así, la concepción clásica liberal de los derechos de libertad negativa. Lo cual impone de suyo la elaboración de una política de empleo como responsabilidad directa de los poderes públicos, que, en rigor, ha de formar parte del “estatuto jurídico-protector” de los trabajadores. Tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico, la garantía del derecho “al trabajo” y sus expresiones típicas –como el principio de estabilidad en el empleo, que, como es conocido, incorpora en sí la protección jurídica frente al despido ilegítimo o injustificado– constituyen un contrapeso en las relaciones de poder y al mismo tiempo un presupuesto para el ejercicio *efectivo* de un más amplio conjunto de derechos sociolaborales que conforman la misma idea de “estatuto jurídico-protector de los trabajadores”. En la lógica interna del “garantismo jurídico” se consagra la centralidad del trabajo en sus diversas formas; el trabajo como posible realización de la persona, como contribución social y como cauce de participación activa en la sociedad; y asimismo el trabajo productivo como relación contractual de intercambio patrimonial.

ABSTRACT

Key words: right to work, employment policy, right to insert income, “commodification” social rights

The legal guarantee to the highest level of the right “to work” requires its implementation and realization through the positive action of the public authorities. The right “to work” has an individual dimension and a collective/ institutional dimension; both are expressions of a social right of complex content. It is a social right of freedom and a right that has visible “provide” dimensions, because it is a right of “commodification” of labour under capitalist production conditions; surpassing, thus, the classical liberal conception of negative liberty rights. It imposes the development of an employment policy as a direct responsibility of the public authorities, which, strictly speaking, should be part of the “legal protector status” of workers. From both legal and factual point of view, the guarantee of the right “to work” and its typical expressions -as the principle of job security, which, as it is known, incorporates in itself the legal protection against unlawful or unfair dismissal- constitute a counterweight in the power relations and at the same time a condition for the effective exercise of a broader set of social rights that make the idea of “legal protective status of workers”. In the internal logic of the “legal guarantee” the centrality of work in its various forms is consecrated; work as possible embodiment of the person, as a social contribution and a way of active participation in society; and also productive work as a contractual relationship of patrimonial exchange.

ÍNDICE

1. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE REFERENCIA
2. EL “DERECHO AL TRABAJO”, “LIBERTAD PROFESIONAL” Y EL “DERECHO A TRABAJAR”
3. EL SENTIDO JURÍDICO Y POLÍTICO JURÍDICO DEL “DERECHO AL TRABAJO”: DERECHO AL TRABAJO, POLÍTICA DE EMPLEO Y CIUDADANÍA
4. LA POLÍTICA DE EMPLEO COMO INSTRUMENTO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO “AL TRABAJO”
5. BIBLIOGRAFÍA

1. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE REFERENCIA

El derecho “al trabajo” y el derecho “a trabajar” se consagran al máximo nivel en los textos internacionales relativos a los derechos humanos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 3 de enero de 1976 (PIDESC) y su Protocolo Facultativo de 2008 (A/RES/63/117, de 10 de diciembre de 2008), que facultan al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para desempeñar las funciones de Comité Guardián del Pacto para resolver sobre comunicaciones de personas o grupos de personas que aleguen la violación de los derechos garantizados en el PIDESC (art. 1)¹.

¹ Cfr. Art. 23.1 DUDH; Art. 6 PIDESC y Normas concordantes. El grupo de instrumentos reguladores en el ámbito internacional cuenta ya con un nutrido conjunto de disposiciones. Básicamente: Artículos 5, 16, 17, 18, 19 y 27 a 35 de la Carta; artículos 45 a 62 del TFUE; artículos 1, 2 y 20 de la Carta Social Europea Estrasburgo, de 3 de mayo de 1996; apartados 4, 5, 6 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989; Art. 13.1 de la Declaración de los Derechos el Hombre; art. 6 del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de octubre de 1966. Por lo demás, hay que tener en cuenta los numerosos convenios de la OIT que se ocupan del derecho al trabajo y de los derechos vinculados al trabajo y al empleo (estatuto jurídico-protector y derechos fundamentales vinculados al empleo y a la persona que trabaja). Por ejemplo, el Convenio OIT, núm. 111, consagra la discriminación en el empleo y la ocupación se define como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión pública, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trabajo en el empleo y la ocupación”. Por su parte el Convenio OIT, núm. 100, reconoce el principio de la “igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”. Téngase en cuenta también la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos (OEA), aprobado en Bogotá en 1948, con el rango de Tratado multilateral, y objeto de reforma en virtud del Protocolo de Buenos Aires, vigente desde 1970, y objeto de sucesivas revisiones. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, fue aprobada en el marco de la IX Conferencia Internacional de los Estados Americanos, el 2 de mayo de 1948, que incluye una lista bastante completa de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales. De los derechos fundamentales se ocupa la Convención Interamericana de Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969; “Pacto de San José de Costa Rica”), acompañada de dos Protocolos Opcionales (el Protocolo de San Salvador, sobre derechos económicos, sociales y culturales (vigente desde 1999), y el Protocolo sobre la abolición de la pena de muerte (vigente desde 1993). El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General), que garantiza el derecho al trabajo (art. 6).

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 8 de junio de 1998, plantea el compromiso de garantizar el respecto a los derechos básicos de los trabajadores, específicos (vinculados al empleo) e inespecíficos. En tal sentido, considera que se “debería prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo”. Y en ese marco se trata de garantizar para todos un “trabajo decente”, la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo de los niños, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor y la no discriminación en el empleo y la ocupación. La OIT vela por la aplicación universal de esos principios y derechos, incluso no habiéndose ratificado los convenios pertinentes. Este criterio se reitera en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008 (“Declaración sobre la Justicia Social”), donde se apuesta por avanzar garantizar el trabajo decente. En esta Declaración sobre la Justicia Social se realiza que es necesario promover los principios y derechos fundamentales en el marco de la estrategia global e integrada de la OIT en pro del trabajo decente (Parte 1B). La “Declaración sobre la Justicia Social” promueve una globalización equitativa basada en el “trabajo decente”.

2. EL “DERECHO AL TRABAJO”, “LIBERTAD PROFESIONAL” Y EL “DERECHO A TRABAJAR”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, se ocupa específicamente del “derecho al trabajo” en el art. 23, conforme al cual: “1. Toda persona tiene *derecho al trabajo*, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

Pero ese derecho al trabajo presupone y comprende el trabajo desarrollado en condiciones dignas (lo que la OIT formularía después como “trabajo decen-

te”). Todo ello refleja la centralidad político-constitucional del derecho al trabajo como derecho de integración y de participación social y de contribución a la creación de riqueza para la comunidad política: un derecho típico de ciudadanía social. Por tanto importa no sólo la declaración/proclamación general de este derecho sino determinar *el estatuto jurídico-protector* de la persona que trabaja y que tiene atribuido el derecho al trabajo. En tal sentido, hay que tomar en consideración los restantes apartados del art. 23 y el art. 24, que establece que “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”.

Más ampliamente, este derecho al trabajo enlaza, en este sentido de *delimitación de la posición estatutaria de la persona*, con el derecho a existencia en condiciones de dignidad y seguridad. Efectivamente, conforme al art. 25, según el cual: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Pero el “derecho matriz”, al respecto viene constituido por el derecho a una existencia digna del hombre. Que es lo que precisamente consagra el artículo 22, que no accidentalmente precede a los anteriores, a cuyo tenor: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional y en conformidad con la organización y los recursos de cada Estado, *la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”. Aunque el derecho al trabajo no alcanza a configurarse como un derecho subjetivo perfecto, si impone a los poderes públicos la realización de una política orientada a garantizar el pleno empleo y la predisposición de medidas que faciliten el acceso y el mantenimiento del empleo, impidiendo cualquier tipo de discriminación y de desigualdad de trato irrazonable. En este sentido, el reconocimiento del derecho al trabajo, como derecho social fundamental, va mucho más allá de la garantía del derecho de libertad –consagrada en el liberalismo clásico de los orígenes– en cuanto al ejercicio de una profesión libremente elegida o aceptada. Por lo demás, en esta perspectiva de “constitución jurídica del trabajo”, el pleno empleo es un *principio jurídico-constitucional de carácter vinculante* que tiene una función reguladora, sistemática y conformadora del orden económico adecuado para alcanzarlo efectivamente.

El PIDESC de 1966 ha tratado de materializar, “positivizar” en sentido técnico-jurídico como derechos fundamentales, en un texto normativo con rango de Tratado Internacional, los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Lógicamente sus líneas maestras son coincidentes con las del texto de la DUDH: garantía del derecho al trabajo, delimitación de la posición jurídico-estatutaria de la persona que trabaja y garantía del derecho a la existencia digna.

El art. 6.1 PIDESC dispone que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el *derecho a trabajar*, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

El art. 6.2 PIDESC dispone que “Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

Otros preceptos se ocupan de delimitar esa posición estatutaria de derechos de la persona que trabaja: art. 7 (“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”), art. 8 (“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas

a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. 2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado. 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”). art. 9 (“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”), Art. 10 (“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”), art. 11 (“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y

distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”), y art. 12 (“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”).

La *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, fue aprobada en el marco de la IX Conferencia Internacional de los Estados Americanos, el 2 de mayo de 1948, que incluye una lista bastante completa de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, entre los que se garantiza el derecho social al trabajo. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General), que garantiza el derecho al trabajo (art. 6). En efecto, conforme al art. 6 (“Derecho al trabajo”) de dicho Protocolo: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”. Debe subrayarse que se impone a los Estados la obligación positiva de adoptar las medidas que garanticen la plena efectividad del derecho al trabajo, especialmente las referidas al logro del pleno empleo. Por otra parte, en el art. 7 del Protocolo establece las condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo, según el cual: “Los Estados

partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva; c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; e. la seguridad e higiene en el trabajo; f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida; g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos; h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales”.

En la estela de esos textos del Derecho Internacional General, y en sintonía con otros instrumentos de Derecho Internacional Regional, se sitúa en el marco del Derecho de la Unión Europea, el art. 15 (“Libertad profesional y derecho a trabajar”) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007), a cuyo tenor: 1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. 2. Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. 3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”. El art. 15 de la CDFUE, tiene un alcance proteiforme, pues garantiza dos derechos diversos, aunque interdependientes: la “libertad profesional” y el “derecho a trabajar”. La libertad profesional está vinculada al sistema de libertades económicas de la Unión Europea y ha encontrado un amplio reconocimiento en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 14 de mayo de 1974, Asunto Nold, 4/73, 8 de octubre de 1986, Asunto Keller,

234/85, 16 de diciembre de 1992, Asunto Katsikas, G-132/91, 15 de diciembre de 1995, Asunto Bosman, C-415/93, 26 de noviembre de 1996, Asunto T-Port, G-68/95). Como todo el art.15 de la CDEFUE se inspira en el art.2.1 de la Carta Social Europea y en el apartado 4 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989. Por su parte, el apartado 4 de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, dispone que “Toda persona tiene derecho a la libertad de elección y de ejercicio de una profesión, con arreglo a las disposiciones que rigen cada profesión”. Ese derecho a la libertad profesional –como derecho específico- se resuelve, así, en la libertad de elegir y ejercer una profesión como medio de vida y posible vocación personal. En este sentido, el art.6.1 del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de octubre de 1966, establece, significativamente, que “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomará medidas adecuadas para garantizar este derecho”. A lo que en su apartado 2 se añade la obligación pública de disponer de garantías de efectividad: “Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”. El art. 15 de la CDFUE, en relación con las fórmulas de reconocimiento en otras “Cartas” de derechos fundamentales, como las indicadas, pone de manifiesto que no estamos ante una simple libertad negativa, sino, más amplia y complejamente, ante una esfera de libertad que incorpora una doble dimensión, negativa (de abstención y tolerancia respecto al ejercicio efectivo del derecho) como positiva (de intervenciones públicas que tienen que realizarse necesariamente para que el derecho en cuestión alcance su plenitud, y que, entre otras cosas, garantice en los hechos la prohibición de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, contrario a la dignidad de la persona; cfr. art. 5 de la CDFUE, enmarcado expresivamente dentro del Título I, consagrado a los derechos que más directamente cristalizan la dignidad de la persona). Esta doble dimensión resulta coherente con la configuración de todo derecho *social* de libertad, como lo son esos derechos a la “libertad profesional y derecho a trabajar”, a los cuales se incorpora en el Sistema de la Carta de la Unión europea una dimensión eminentemente social.

En directa conexión con el art. 15 de la CDFUE, el apartado 1 del 31 de la CDFUE (“Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”) consagra tres valores inherentes al derecho a trabajar y que han de ser garantizados: la salud, la seguridad y la dignidad. No se trata, pues, sólo de reconocer la libertad profesional y el derecho a

trabajar, sino que más incisivamente –y desde un punto de vista garantista– de lo que se trata es igualmente de hacerlo en condiciones de salud, seguridad y dignidad. Es decir, lo que se garantiza es un *estatuto protector del empleo*; un empleo digno y protegido que incorpora, por otra parte, la protección frente al despido injustificado (art.30 de la CDFUE). Esos valores y ese “estatuto” se incorporan a la todavía débil constitución social europea dentro del proceso de construcción europea. El apartado 2 del art. 31 de la CDFUE constituye, en realidad, una especificación del propio apartado 1 del mismo, en conexión con el art.15 de Carta, a saber: “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

Es de señalar críticamente que en el PIDESC, art. 6.1 se consagra tan sólo el “derecho a trabajar”, a diferencia visiblemente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual no se limita proclamar un derecho a trabajar sino un “derecho al trabajo” en sentido propio (art. 23.1: “Toda persona tiene derecho al trabajo...”), es decir, como derecho social fundamental que incorpora libertades de los sujetos titulares (todas las personas) y la realización correlativa de acciones positivas por parte de los poderes públicos. En la misma dirección que el PIDESC se sitúa, sin embargo, el art. 15 CDFUE, que lo inserta dentro del capítulo de las “Libertades”. Aunque se elude deliberadamente la expresión “derecho al trabajo”, no se puede ignorar que ello supone reconocer –en conjunción con otras disposiciones que se indicarán de inmediato– el lugar del trabajo en la Sociedad Internacional y en la Unión Europea. Por lo demás, el “derecho a trabajar” constituye una expresión débil –pero manifestación al fin y al cabo– del trabajo como esfera de libertad de la persona que realiza una actividad en que se implica y compromete su propia personalidad. Una vez que se opta por la configuración de una libertad su encuadramiento en el Título II relativo a las “Libertades” podría estar justificada desde un punto de vista sistemático y técnico. Ahora bien, si el precepto es interpretado en sentido laxo y finalístico como referente no sólo al derecho a trabajar sino también al derecho al trabajo, en la línea inspiradora de la Carta Social Europea y los Textos Fundamentales del Derecho Internacional y que es propia de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, no cabe duda que su ubicación o encuadramiento sistemático debería situarse dentro del Título IV, relativo a la “Solidaridad”, pues el derecho al trabajo es un derecho *social* de libertad, ciertamente, pero que incorpora contenidos prestaciones públicos (genéricos y específicos), como señaladamente la orientación de las políticas públicas hacia el pleno empleo o al nivel de empleo, el derecho a la formación profesional, a disponer servicios públicos gratuitos, y en general medidas *activas públicas* que garantizan el principio de igualdad de trato y no discriminación entre todos los trabajadores (Reténgase, al respecto, el contenido esencial que incorpora,

de modo harto significativo, los artículos concordantes de la Carta Social Europea Revisada de 1996). La “Declaración sobre la Justicia Social” de 2008 apoya los objetivos del “empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”, y declara que la OIT tiene la obligación solemne de fomentar entre las naciones del mundo programas que permitan lograr los objetivos del pleno empleo. Se trata de situar el pleno empleo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales. Ello exige promover, entre otras medidas, el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para poder trabajar de manera productiva en aras de su propia realización personal y el bienestar común; el que todas las empresas, tanto públicas como privadas, sean sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generalización de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos; y la sociedad pueda conseguir sus objetivos de desarrollo económico y de progreso social, así como alcanzar un buen nivel de vida. Por otra parte, se requiere que se promueva y aplique los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no sólo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos. En otras palabras: no es suficiente proclamar el derecho al trabajo y los demás derechos sociales, pues se requiere la predisposición de políticas públicas que hagan efectivos los derechos creando las condiciones idóneas para ello. Al tiempo la efectividad del derecho del trabajo —y en realidad de todos los derechos sociales fundamentales— exige el desarrollo económico se haga acompañar del “desarrollo social” (Véase la Cumbre mundial sobre Desarrollo Social, celebrada en cumplimiento de la Resolución 47/92 de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1992, y se llevó a cabo en Dinamarca entre el 6 y el 12 de marzo de 1995. En esa Cumbre mundial se aprobó una Declaración política y un Plan de Acción que, entre otros compromisos indicaba la realización del pleno empleo y la apuesta por establecer un equilibrio entre un desarrollo económico sostenible y el desarrollo social a través de la actuación de las Naciones Unidas).

Incluso en ese reconocimiento debilitado y restringido —como “derecho a trabajar”—, se enfatiza que el trabajo es un factor de integración y de participación activa en la sociedad: un derecho a la formación del producto social y a la libre realización de la personal vocación. No se trata de reconocer cualquier tipo de “trabajo” sino a un trabajo digno del hombre, a saber: un derecho a trabajar en condiciones que respeten la salud, la seguridad y la dignidad del trabajador, con la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes (art.31 CDFUE, dentro del Cap. IV, relativo a la “Solidaridad”). Precisamente, el art.31, relativo a las “Condiciones de trabajo justas y equitativas”, establece que “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten

su salud, seguridad y dignidad” (apartado 1). De manera que se integran los valores de la dignidad y de la solidaridad. Lo que se hace acompañar de la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art.5 CDFUE, en el marco del Título I, sobre la “Dignidad”). Pero, aunque “se prohíbe la trata de seres humanos”, poco se contiene respecto de otra forma de esclavitud contemporánea: el tráfico de las personas inmigrantes y su trato, especialmente de los irregulares o ilegales, cuyos derechos no son adecuadamente salvaguardados. En todo caso, no se debe olvidar la interdependencia y comunicabilidad entre todos los derechos fundamentales garantizados en el Sistema de la Carta de la Unión Europea.

Es de hacer notar, igualmente, la amplitud subjetiva del derecho garantizado en los artículos 23.1 DUDH y 6.2 PIDESC. Y en el mismo sentido en el apartado 1 del art.15 CDFUE, pues se remite genéricamente a “toda persona”. Por el contrario, resultado significativo que el apartado 2, limite algunas manifestaciones lógicas de ese derecho básico a “todo ciudadano” (“libertad para buscar empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro”). Ante la conexión funcional entre ambos apartados, esta aporía debe resolverse en favor de su reconocimiento a toda persona. No tiene sentido jurídico –y resulta contrario al mismo sentido común- reconocer genéricamente el derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada y limitar subjetivamente a “todo ciudadano” las libertades *específicas que le son inherentes a aquél* de para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. Por consiguiente: los nacionales de terceros países son titulares plenos del derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada tal como se regulan en los dos apartados referidos. Por lo demás, así lo parece confirmar el apartado 3 del art.15, que dándolo por hecho sólo se limita a garantizar el derecho de los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros a unas *condiciones laborales equivalentes* a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.

3. EL SENTIDO JURÍDICO Y POLÍTICO JURÍDICO DEL “DERECHO AL TRABAJO”: DERECHO AL TRABAJO, POLÍTICA DE EMPLEO Y CIUDADANÍA

La garantía del derecho al trabajo en la DUDH y en el PIDESC exige su instrumentación a través de la acción positiva de los poderes públicos. El derecho al trabajo tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva; ambas son expresión de un derecho social de contenido complejo. Es un derecho social de libertad y al mismo tiempo es un derecho que tiene visibles

dimensiones prestacionales, pues se trata de un derecho de “desmercantilización” relativa del trabajo bajo condiciones capitalistas de producción, superándose, así, la concepción clásica liberal de los derechos de libertad negativa; la desmercantilización absoluta (que implicaría la superación de la concepción mercantil del trabajo) exigiría la superación del sistema del capitalismo como modelo de organización de la sociedad (Monereo Pérez, J.L., 1996, cap. II, 45 ss.). Lo cual impone de suyo la elaboración de una política de empleo como responsabilidad directa de los poderes públicos, que, en rigor, ha de formar parte del “estatuto jurídico-protector de los trabajadores”.

Subyace a los derechos laborales de “desmercantilización” relativa del trabajo una *limitación heterónoma del poder* del empleador en el marco de la forma contractual de la relación jurídica de trabajo, atendiendo a la asimetría de poder entre los sujetos implicados y a la cualidad del trabajo como uno de los ámbitos donde se desenvuelve la personalidad del trabajador dependiente o subordinado. Se comprende que tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico, la garantía del derecho al trabajo y sus expresiones típicas –como el principio de estabilidad en el empleo, que, como es conocido, incorpora en sí la protección jurídica frente al despido ilegítimo o injustificado– constituyen un contrapeso en las relaciones de poder y al mismo tiempo un presupuesto para el ejercicio *efectivo* de un más amplio conjunto de derechos sociolaborales que conforman la misma idea de “estatuto jurídico-protector de los trabajadores” (cfr. Art. 35.2 CE). En este orden de ideas, cabe recordar que “en realidad, bajo un régimen de pleno empleo, el “despido” dejaría de desempeñar su papel como medida disciplinaria. Se minaría la posición social del jefe o patrón y crecería la confianza en sí misma y la conciencia clasista de la clase trabajadora. Las huelgas para pedir aumentos salariales y mejoras en las condiciones de trabajo crearían tensión política. Es cierto que bajo un régimen de ocupación plena las ganancias serían mayores que el promedio de las mismas bajo el *laissez-faire*... Pero los líderes del mundo de los negocios aprecian más la “disciplina de las fábricas” y la “estabilidad política” que las ganancias mismas. Su instinto de clase les advierte que la ocupación plena duradera es una situación enfermiza desde su punto de vista, y que el desempleo es parte integrante del sistema capitalista normal” (Kalecki, M., 1943, 161-162).

La comprensión de esa dimensión colectiva/institucional del derecho al trabajo pone de relieve que exige una intervención pública en el campo del orden socio-económico. Por ello, el derecho al trabajo es un derecho social que no se agota en la dimensión de la libertad, sino que comprende igualmente una dimensión “prestacional” que determina obligaciones positivas de actuación para los poderes públicos. Paradigmáticamente, en el Derecho Europeo, el art.15 CDFUE tiene que conectarse necesariamente con el bloque normativo de la norma fundamental europea regulador de la “política” y del “Derecho del

Empleo”; un bloque que tiene como centro neurálgico, los artículos 15, 145 a 150 (dentro del Título IX. “Empleo”), 151 a 166 del TFUE. Ese conjunto normativo permite reconocer ya, en una primera aproximación, la verdadera significación y alcance del “empleo” en el “programa” de la normativa fundamental europea.

En efecto, los artículos 23.1 DUDH y 6.1 PIDESC y el art.15 CDFU, en su plasmación en el sistema normativo de los Tratados fundacionales, garantizan –aunque sólo sea implícitamente y en interpretación teleológica con la Carta Social Europea de referencia- el derecho al trabajo, como derecho social (derecho social individual al trabajo), el cual encuentra su instrumentación en el ámbito de las políticas públicas y del Derecho Social, en la protección de la persona del trabajador en el “empleo” y en el “mercado de trabajo” (introduciendo un componente estatutario en el contrato de trabajo “normado” y un conjunto de intervenciones normativas e instituciones en el mercado de trabajo), pero también fuera o al margen del mercado de trabajo a través de las políticas de protección de Seguridad Social por desempleo (y protecciones sociales públicas afines y conexas). El derecho al trabajo contempla al individuo socialmente situado en la estructura social productiva; su garantía impone obligaciones positivas de intervención a los poderes públicos para hacerlo valer; es decir, necesita ser “organizado”. El Estado Social se convirtió en un Estado desmercantilizador, constituyendo espacios de lo social al margen del mercado. En estas coordenadas de política del Derecho constitucional, la política de “pleno empleo” o de consecución de “un nivel de empleo elevado y duradero” (al decir de los artículos 9 y 151 del TFUE; aunque, ciertamente, el art.3.3 del TUE, hace referencia –en una perspectiva general- a que la Unión “obrará en pro del desarrollo de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva *tendente al pleno empleo* y el progreso social y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente...”) constituye el instrumento más idóneo (no el único) que permite y hace posible la realización efectiva del “derecho a trabajar” y del “derecho al trabajo” (es la garantía más adecuada para la efectividad del derecho al trabajo), pues como expresa nuestro propio art. 40.1 CE (relativo a la política de empleo y al derecho social al empleo en su dimensión colectiva e institucional), corresponde a “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”. De este modo, en la perspectiva estrictamente jurídico, el derecho social fundamental al trabajo es un “derecho debilitado” desde la perspectiva del sistema de garantía de efectividad. Pero esta condición no es exclusiva de este derecho sino, en diverso

grado, prácticamente atribuible al conjunto de los derechos fundamentales (y no sólo de los denominados derechos sociales, económicos y culturales).

En la lógica de ese grupo normativo se consagra la centralidad del trabajo en sus diversas formas; el trabajo como posible realización de la persona y como contribución social; y el trabajo productivo como relación contractual de intercambio patrimonial. Este entendimiento pone en conexión permanente el binomio trabajo-ciudadanía, la cual solamente se lleva a cabo a través del Derecho del constitucionalismo democrático-social y en particular desde la proyección de los principios constitucionales como estatuto mínimo conferido a las distintas formas de trabajo. En la “sociedad del trabajo” (“sociedad en que las oportunidades económicas, participativas y vitales están acopladas –directamente o a través de unidades económicas privadas y públicas- al trabajo lucrativo, los que no encuentran alojamiento duradero en el sistema ocupacional y los que con frecuencia más que suficiente ven desplazado su potencial del trabajo hacia una tierra de nadie, están amenazados por el estigma del fracaso”; Offe, Cl., 1992, 10), éste adquiere una especial centralidad, como hacer, productivo y necesario, conforme a un plan encaminado a la transformación del medio exterior realizando una actividad humana socialmente útil en condiciones de ajeneidad y dependencia o subordinación (relaciones sociales de tipo económico cuyo objeto es el trabajo entendido como actividad). Pero la dependencia no es una mera subordinación técnica del trabajador, pues encubre -formalizándola- una verdadera relación jurídica de poder, que el ordenamiento laboral reconoce, pero que limita para proteger a la persona del trabajador. Se trata de un orden socio-económico en el cual las relaciones entre empresario y trabajador se formalizan en un tipo contractual que permite en la práctica la utilización productiva de un hombre a cambio de una compensación económica. De este modo, el trabajo en la forma dominante y generalizada de la edad moderna (no la única, porque existen otras formas de trabajo profesional para otro en el mercado en régimen de autonomía y por cuenta propia; trabajo autónomo) se percibe como “empleo” u ocupación, esto es, como relación jurídico-patrimonial de intercambio mercantil, trabajo profesional prestado para otro en el marco de una organización productiva de titularidad ajena.

Con el constitucionalismo democrático-social y la transformación de la constitución liberal del trabajo (y su forma política de Estado liberal) en constitución democrático-social del trabajo (y su forma política específica de Estado Social en sus diversas manifestaciones, señaladamente, el Estado del Bienestar Social instaurado a partir de la Segunda Postguerra Mundial), el “empleo” mercantilizado es “externamente” heterorregulado dotándolo de un “estatuto protector” tanto en el ámbito estrictamente laboral como en la esfera de la protección social pública. Ello se tradujo en una desmercantilización relativa del trabajo abstracto impidiendo la utilización de la persona como una pura

mercancía “*sui generis*” sujeta a condiciones de adquisición y uso determinadas por el prevalente poder contractual del empresario, en cuanto detentador de un poder directivo legitimado contractualmente. De este modo se conectó el binomio trabajo como “empleo” y “ciudadanía” (condición de pertenencia a la comunidad política que confiere la titularidad y uso efectivos en el ámbito del mercado y de la organización productiva no sólo de los derechos sociales, sino también de los llamados derechos generales e inespecíficos de la persona, civiles y políticos) precisamente para limitar la mercantilización total del trabajo y de la persona del trabajador en una organización productiva y disciplinaria dirigida, organizada y controlada unilateralmente por el empleador. De ahí que el trabajo en la empresa contemporánea se haya desarrollado como una mezcla del contrato y de estatuto. Esa “constitución democrático-social del trabajo” –en el “empleo” y en el “mercado”– ha sido una de las grandes contribuciones “civilizatorias” de la forma política del Estado Social y Democrático de Derecho, que no solamente ha sido un Estado distribuidor de bienes, sino también un Estado intervencionista “organizador”, “limitador” y “distribuidor” de poderes sociales, individuales y colectivos; también en el ámbito de las organizaciones productivas y más ampliamente en el conjunto del sistema de relaciones laborales. He aquí el lugar propio y específico del Derecho Social del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social. La preocupación por la tutela del trabajo como “empleo” explica, que el derecho al trabajo se haya centrado especialmente en su manifestación más problemática y conflictiva, el trabajo como empleo asalariado; y en relación a ello se haya predispuesto la realización de una política de “empleo”, como ámbito de la política pública encaminada, en primer lugar, a “crear”, “fomentar” y “repartir” el “empleo”, principalmente el empleo asalariado, para pasar después a fomentar otras formas de trabajo-empleo, como el autoempleo y el trabajo autónomo en expansión, de la primera y de la “segunda generación”. Pero igualmente, en un segundo momento, a proteger a las personas “des-empleadas” –involuntariamente inactivas, como regla- a través de medidas “pasivas” (prestaciones reparadoras por desempleo) y “activas” (medidas encaminadas a la reinserción laboral o profesional de la persona desempleada). En este sentido, el derecho al trabajo entendido en un sentido amplio no se agota en un derecho a un empleo pues adquiere también el sentido de un derecho a la inserción, de participación y de reconocimiento de la plena pertenencia activa a la sociedad, precisamente *a través del* trabajo (a diferencia de la garantía pública –estrechamente vinculada y complementaria de la garantía específica del derecho al trabajo- del derecho a la inserción *a través de* la renta básica o ingreso de ciudadanía).

En este contexto normativo, la política de “empleo” constituye un ámbito de la política social y económica cuyo objeto es acomodar, en sentido cualitativo y cuantitativo, las ofertas y las demandas de empleo mediante un conjunto

articulado de medidas, actividades e instituciones, funcionalmente orientadas. Su función es instrumental en relación al derecho constitucional al trabajo, en sus diversas manifestaciones fundamentales, y muy especialmente (aunque no exclusivamente, se insiste), en su expresión más generalizada y conflictiva (“la cuestión social del empleo”), el “empleo asalariado”. Paradigmáticamente, el texto fundamental de la Unión impone a los poderes público la realización de una política de programación de los mercados de trabajo y de protección de las personas en el marco de las políticas económicas y sociales del Estado Social y Democrático de Derecho (art.3.3 del TUE). La política de empleo añade el empleo como valor añadido al crecimiento económico, de manera que no sería posible disociar el crecimiento en términos económicos y en términos sociales: “progreso” económico y “progreso” social deben estar unidos en virtud de las políticas públicas integradas en los sistemas democrático-sociales. Una vez afirmada la interdependencia de la política de empleo con las políticas económicas y sociales, es necesario precisar que la política de pleno empleo tiene un ámbito de actuación específica, de manera que no puede ser reducida a una supuesta variable dependiente y subordinada respecto de las políticas económicas, pues, lejos de ello, debe interactuar con ellas *al servicio de su propia lógica de racionalización del empleo*. En todo caso, más allá del plano jurídico-formal, la articulación de las políticas de empleo requieren de políticas activas y de un marco mínimo de armonización europea de las legislaciones de los Estados miembros; y se constata, sin embargo, que la orientación que preside actualmente las intervenciones comunitarias son las propias del “Derecho débil” o *soft law*, no el establecimiento de normas comunitarias. Ese “Derecho débil” persigue ante todo la aproximación y convergencia por objetivos perseguibles de los Derechos nacionales (Técnicas de coordinación comunitaria como el llamado “método abierto de coordinación”, basado prevalentemente en instrumentos jurídicamente no vinculantes o de juridicidad débil según las materias a las que afecte y atendiendo a posibles contenidos imperativos que se recogen en las directrices sobre el empleo). Esa política comunitaria se orienta preferentemente hacia la instauración en los ordenamientos nacionales de un modelo de Derecho del Trabajo basado en una estrategia de “flexiseguridad defensiva o neoliberal”, que se aparta de la orientación del Derecho del Trabajo clásico garantista encaminado a la “desmercantilización relativa del trabajo”. Se acepta, por el contrario, una mayor mercantilización en la esfera del trabajo a cambio de una pretendida seguridad “externa” en el mercado y los sistemas de protección social. Ese modelo de flexiseguridad neoliberal se construye sobre la base del primado del principio axial de la eficiencia económica y la competitividad y del *vaciamiento paulatino* de contenidos esenciales inherentes a lo que es propio del derecho al trabajo, como es el caso de la protección efectiva frente al despido injustificado (a través del cuestionamiento del principio

de causalidad y el reconocimiento, más o menos explícito, del despido libre indemnizado, que refleja una concepción neoliberal de las relaciones de poder y desconoce la relevancia del estatuto protector del empleo para la efectividad de un amplio conjunto de derechos sociales de la ciudadanía) y la otra expresión del principio de estabilidad en el empleo consistente en el respeto a la causalidad en las modalidades de contratación laboral (en virtud de la neutralización del principio de causalidad inherente a las propuestas de “racionalización” y “simplificación” de las modalidades contractuales en la fórmula, más o menos abierta, del denominado “contrato único de trabajo”, que la misma Comisión Europea ha considerado como medida recomendable para la “modernización” del ordenamiento laboral en una economía abierta y competitiva).

Esta revisión del modelo garantista de Derecho del Trabajo tiene la virtud de poner en cuestión la doble dimensión del derecho al trabajo, esto es, en su dimensión como estatuto protección del empleo (protección individual frente al despido injustificado o sin causa; vinculación de protecciones sociales al empleo) y como política pública institucional activa (encaminada a la consecución del pleno empleo a través de un conjunto articulado y heterogéneo de medidas). En este orden de ideas, la no consagración explícita en *ius strictum* de un verdadero “derecho al trabajo” en el sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea puede facilitar ese enfoque liberalizador del “Derecho flexible del trabajo”; un Derecho invertido que tutela preferente el principio axial de eficiencia y competitividad en la lógica de un Estado mercado o de competencia económica, que es también la lógica imperante en la forma geopolítica de la Unión Europea (Es lo que está en la base discursiva de las propuestas de “modernización” contenidas en la Comunicación de la Comisión Europea, “Libro Verde. Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI (COM(2006) 708 final, que apuesta más por un Derecho laboral de la producción y de la eficiencia y competitividad de la economía, que una forma típica de Derecho “Social” orientada a la distribución y la democratización de los poderes privados que operan la empresa/mercado; integrando un modelo de Derecho laboral no contradictorio, no conflictual, por su vencimiento cada vez más decidido hacia su preferente tutela de los intereses empresariales y la renuncia a una densa política de desmercantilización relativa del trabajo a través de la garantía de los derechos sociales fundamentales vinculados al empleo y a la persona que trabaja; lo que en el plano jurídico se reconduce también hacia la configuración técnica del contrato de trabajo como un típico “contrato normado” a través de intervenciones públicas y colectivas negociales, que pretende la introducción de un componente estatutario en el contrato de cambio). De ahí su constitucionalización débil, cuando no inexistente como tal, y el simple reconocimiento del “derecho a trabajar” configurado como libertad vinculada a las libertades económicas del mercado interior europeo (Resulta harto significativa su ubicación sistemática en el Capítulo II, consagrado a la “Libertad”,

rechazando su inclusión en el Capítulo IV, relativo a la “Solidaridad”). Con ello, se difumina el derecho social al trabajo en el sistema normativo de la Unión Europea, que va más allá de la garantía de libertad al imponer intervenciones públicas de carácter sociolaboral sobre el mercado para hacerlo efectivo y dotar al trabajador de un “estatuto”; es decir, prestaciones positivas a cargo de los poderes públicos en términos de políticas de empleo y de protección social. El derecho a trabajar queda vinculado *instrumentalmente* más a las libertades económicas del mercado europeo (libre circulación de trabajadores, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios) que a la configuración como un derecho propiamente social de *participación* en la vida económica (como es el derecho al trabajo), reconociendo su valor para la realización de la persona y como contribución a la creación de riqueza en la sociedad democrática. De manera que el derecho a trabajar aparece como desarrollo de la libertad profesional, la libertad de circulación, y la libertad establecimiento, asumiendo, de este modo, una contradictoria configuración de “derecho-función”, que puede entrañar el riesgo de traducirse en una predominante y unidimensional instrumentalización economicista del derecho consagrado.

En el plano jurídico, dicha estrategia de política constitucional ha venido cristalizando actualmente en un nuevo proceso de sectorialización del Derecho Social (utilizando esta expresión en un sentido general y sin adjetivos, como el tipo de Derecho propio y específico del Constitucionalismo o garantismo democrático-social), a saber: el llamado “Derecho del Empleo”, el cual está llamado a instrumentar jurídicamente el derecho al trabajo y el principio constitucional de orientación de las políticas públicas hacia la consecución del pleno empleo (principio rector de la política económica y social). Se puede afirmar, pues, que partiendo del principio jurídico general recogido en el Título IX. “Empleo”, y artículos 151 del TFUE y 3.3 del TUE (cfr. art.40.1 CE), se puede transitar desde la fase preeminente «política» a otra más «juridificada», que dejaría emerger un auténtico y genuino «Derecho del» empleo (dimensión objetiva o institucional) articulado sobre el «derecho al» empleo (dimensión subjetiva). Como el propio Derecho del Trabajo general, tronco del que se desgaja y al que sobrepasa (pero con el cual establece inevitablemente fuertes vínculos de unión no sólo por varias de sus instituciones y técnicas, sino también porque el Derecho del Empleo todavía se ocupa en su mayor parte del “empleo asalariado”, dada –al menos por el momento- la estructura ocupacional de la población activa), también es en su constitucionalización donde primero podemos encontrar las bases de este conjunto sistemático y heterogéneo de principios y normas sobre el «empleo» que se caracteriza por su transversalidad u horizontalidad, es decir, su carácter de sector del ordenamiento laboral caracterizado, complejamente, tanto por razón de los sujetos, como de las relaciones sociales o de los «objetos» jurídicos. Dada esa trans-

versalidad, las disposiciones reguladoras *deberán estar presentes en todos los ámbitos de la actuación* de la Unión Europea. Como ha observado nuestro TC «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar [que es una libertad esencialmente negativa], supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente... En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica... un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma.» (SSTC 22/1981, 2 de julio, fj. 8; 107/1984, de 23 de noviembre y 178/1989, de 2 de noviembre).

En estas coordenadas de política del Derecho constitucional, la política de empleo ha afrontado permanentemente las “crisis del empleo” en sus dos expresiones principales: las normalizadas en el mundo del capitalismo, como crisis “coyunturales” (las cíclicas habituales en el capitalismo como sistema económico y modo de producción) y las “estructurales”, vinculadas éstas hoy en día a la más compleja y amplia crisis del empleo como crisis de la “sociedad salarial” con el emergente desplazamiento progresivo de la “sociedad del trabajo” industrial hacia la “sociedad del riesgo” y de la incertidumbre (“sociedad post-industrial” o “sociedad post-fordista” como se suele denominar). Es manifiesto que se está ante la crisis del fordismo como modelo de desarrollo en el marco de lo que se dio en llamar –sobre todo a partir de la segunda post-guerra mundial- capitalismo organizado con Estado Social de Derecho. En la nueva forma política de “Estado de Mercado” los gobiernos asumen políticas “pro-mercado” y de compromiso activo con las condiciones materiales y jurídicas de la competencia económica; y los Estados más débiles ven condicionada su política económica y social por las fuerzas operantes en el mercado y por las grandes potencias mundiales. La sociedad del trabajo se había fabricado conforme a criterios de racionalidad y eficiencia. En la sociedad del riesgo, el trabajo como empleo deviene en un bien escaso, y paulatinamente en un “empleo débil” (ocupado por un trabajador “flexible”). Se produce, así, un cambio axial en la nueva modernidad. Se está operando un proceso de desconstrucción de la empresa tradicional, dispersándola por el espacio circundante, hasta reducir al máximo la diferencia entre los lugares de la actividad productiva organizada y los lugares de la vida social que había sido constitutiva de la primera modernidad económica (desde las dos revoluciones industriales precedentes). (La misma externalización a través del *outsourcing* lo posibilita al poder recurrir a proveedores externos para realizar las actividades necesarias para alcanzar la finalidad de la empresa). La dinámica de la productividad tiende crecientemente a depender de la producción inmaterial y de la utilización de facultades humanas cognitivas (en la lógica de desplazamiento del capitalismo industrial

fordista al capitalismo cognitivo flexible, que realza la nueva naturaleza del trabajo, de la función del conocimiento como eje del proceso de creación de riqueza, de las fuentes de valorización y del a estructuras de dominio sobre las cuales se fundamenta el proceso de acumulación y las contradicciones que se operan). Pero también aparecen en este contexto de advenimiento de hechos sociales emergentes otras formas de trabajar diversas a las clásicas y en continua expansión, como las “nuevas” formas de autoempleo, trabajo autónomo, semi-autónomo, e incluso “autónomo económicamente dependiente”, que han tendido a “huir” de la aplicación plena de los estatutos protectores pensados principalmente –en los orígenes– para el trabajo como “empleo asalariado”. Y es que en el capitalismo flexible del presente, el trabajo asalariado es la tipología más relevante de prestación profesional de las existentes, pero no la única. La tendencia va en la dirección de desplazar progresivamente el trabajo asalariado dependiente y con trato por tiempo indefinido por otras formas de trabajo profesional diversas y más precarias. Lo que está planteando la crisis del modelo de tutela social construido alrededor del trabajo asalariado, estable y a tiempo completo. El fenómeno se puede contemplar desde una doble perspectiva: como reducción numérica del trabajo asalariado dependiente (por tiempo indefinido y a tiempo completo) y como emergencia de nuevas formas de trabajo distintas al trabajo dependiente (donde el trabajo autónomo tiende a adquirir un papel cada vez más relevante). Ambas perspectivas reflejan una fragmentación del mercado de trabajo, que visiblemente se perciben ya con toda nitidez como conjugados en plural, donde coexisten una multiplicidad de subjetividades laborales y profesionales en general. Precisamente, las políticas de flexibilidad y de desmantelamiento -controlado y selectivo- de un amplio conjunto de garantías sociales propician los procesos de precarización del trabajo en sus diversas formas de realización y modos de formalización jurídica. La realidad es que en el capitalismo flexible y cognitivo, el trabajo es móvil, inestable y disperso en un espacio productivo que no tiene fronteras especiales y organizativas rígida y tan sólo difusamente definidas. Existe una multiplicidad de formas de contratación y todas ellas tienden hacia la individualización eludiendo toda posibilidad de estandarización. Esa individualización contractual –a través de distintos tipos contractuales- sitúa fácilmente en condiciones de precarización objetiva y subjetiva generalizada para amplias capas de la población activa. Es decir, que los tipos contractuales no sólo formalizan, sino que también propician la precariedad, la cual es al mismo tiempo material y jurídico-formal. Los trabajadores que se encuentran en la “trampa” de la precariedad, acaban padeciéndola como una condición existencial, dentro y fuera del trabajo, entre otras cosas porque con las nuevas formas de trabajo es cada vez más difícil establecer una separación neta entre el tiempo de trabajo y no trabajo, dentro de un tiempo de vida cada vez más mediatizado por la racional-

zación productiva. Pero aquellos individuos que no están en situación precaria también reciben el efecto psicológico disciplinario –en su forma externa como amenaza, y también en su forma interna como auto-disciplina- de una posible “caída” en la precariedad en cualquier momento.

Todo ello se enmarca en un nuevo gobierno de la inseguridad social que combina el *workfare* restrictivo con el *prisonfare* expansivo, el cual entronca con el giro político y jurídico disciplinario y punitivo de las sociedades avanzadas que siguen la senda de la desregulación y “re-regulación” económica selectiva y la reducción –igualmente selectiva- de los instrumentos de protección social pública. Es una respuesta ofensiva del Estado neoliberal (que combina su doble componente de “Estado de mercado” comprometido con las exigencias de las fuerzas dominantes en el mercado y de “Estado de seguridad” que articula programas disciplinarios y punitivos respecto de los trabajadores precarios y desempleados y en relación a los pobres o en situación de exclusión social) a la inseguridad social que ha inundado el estrato más bajo y débil de la estructura de clases, causada ante todo por la fragmentación del trabajo asalariado y su desestabilización creciente. La misma extensión de la precariedad laboral supone una devaluación y desestabilización de la posición socio-jurídica de las clases trabajadoras o subalternas. En este contexto, la protección social renovada como *workfare* y sus programas de trabajo “obligatorio” (en términos de deber/obligación jurídica condicionante de la atribución de derechos prestacionales públicos) y las medidas estrictamente punitivas vienen a tejer una red organizacional. Actúan conjuntamente para normalizar la precariedad laboral, forzando a la población con problemas o dificultades de inserción a salir de la protección pública, por una parte, y manteniéndola, por otra, con la finalidad de encauzarla hacia los sectores periféricos del creciente mercado de trabajo “secundario” (menos protegido públicamente, menos sindicalizado, más sometido a los poderes omnímodos del empleador, etcétera). Es así que en el núcleo del Estado neoliberal (cuya emergencia se enmarca en un fenómeno de más amplias dimensiones como es el de “la sociedad de la competencia generalizada” y que puede definirse como una forma radicalizada de mercado y de orden de mercado; Rosanvallon, P., 2012, espec., 283 ss.) el *workfare* se une al *prisonfare*, cuestionando decisivamente la centralidad y dignidad del trabajo en la cuestionada tradición del constitucionalismo democrático-social. Su consecuencia directa es el abandono del modelo socio-económico fordista en favor de la construcción de la era de la normalización (jurídica e institucional) del trabajo precario y fragmentado (bajo el eufemismo del “trabajo flexible” subyace la “re-mercantilización” del trabajo, la “infraclase” y el “subempleo”), donde a menudo parece pesar más las obligaciones exigibles que los derechos, y la sanción que el apoyo público y la exclusión sobre la integración de las clases subalternas de la sociedad. Se comprende cómo el

workfare puede aparecer como el complemento coherente, desde las políticas sociales liberalizadoras, a las políticas flexibles del mercado de trabajo (Véase, ampliamente, Wacquant, L., 2010; Monereo Pérez, J.L., 2008 y 2011).

Esta metamorfosis de la política del Derecho está suponiendo no sólo una redefinición de las políticas sociales, sino también una reconfiguración de las políticas de empleo, las cuales, sin dejar de ocuparse del empleo asalariado, se encaminan también hacia otros ámbitos del trabajo profesional socialmente útil y conflictivo (y, como tal, de relevancia para su regulación por el Derecho conformador de la comunidad política). No es de extrañar que el pilar central de la ordenación legal de la política de empleo (constituido paradigmáticamente, entre otras, por la Ley 56/2006, de 16 de diciembre, Ley de Empleo) se vincule –directa o indirectamente- ya a la “multiplicidad” de estatutos reguladores del trabajo privado y público (“Estatuto de los Trabajadores” asalariados; “Estatuto del Empleado Público”; “Estatuto del Trabajo Autónomo”), incorporando tutelas y, en lo más específico de ella, establecimiento un sistema institucional y normativo encaminado a la creación y fomento del trabajo profesional en sus diversas expresiones en las sociedades complejas del capitalismo avanzado. El mercado de trabajo –en sentido amplio, comprensivo del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia y autónomo; y *no sólo reductivamente como lugar de intercambio neutral, sino lugar de encuentro de poderes económico/sociales-* se ha vuelto más complejo, incierto y diverso, y esto ha de tomarse en consideración para verificar el sentido y alcance de una política de empleo eficiente en sociedades complejas y flexibles como son las del capitalismo tardío. En este contexto los vínculos entre la política de empleo y las políticas sociales son más intensos, y en gran medida están siendo redefinidos porque la crisis del empleo estructural y las nuevas formas de empleo precario, requieren que el estatuto del empleo se complemente más intensa y dinámicamente con la articulación de protecciones sociales “estatutarias” no sólo basadas en la posición del trabajador en el empleo o, en su caso, como demandante de empleo, sino –adicional y complementariamente- en la atribución de derechos sociales de ciudadanía como persona, operándose un doble movimiento en este sentido, que va desde la universalización de ciertos derechos sociales, hasta la atribución singularizada de ciertas protecciones socio-profesionales (v.gr., el Derecho regulador propio del trabajo subordinado –el empleo en su acepción clásica, y el Derecho regulador propio del trabajo autónomo y por cuenta propia).

En todo caso, y es significativa la dirección que están tomando las iniciativas que se vienen adoptando en las últimas décadas, lejos del modelo uniforme o unilateral, el Derecho Social del Trabajo entendido en sentido amplio, heterogéneo y polisistémico (como Derecho del Trabajo Profesional y de la Seguridad Social) ofrece una imagen de diversificación, que se ve intensificada por las medidas adoptadas en el marco del nuevo Derecho Social

emergente, atendiendo a las distintas formas de dependencia del trabajador profesional y la multiplicidad de los riesgos y situaciones de necesidad que han de ser abordadas por el Sistema de Seguridad Social (y, en general, por el sistema público de protección social). Es así que el paradigma del empleo se vería completado (más que sustituido) por un paradigma del estado profesional de las personas, que no se encontraría definido exclusivamente conforme al ejercicio concreto de una profesión o de un empleo determinado, sino que englobaría las diversas formas de trabajo que toda persona puede llevar a cabo durante su existencia en la vida activa. Este estatuto profesional de las personas tendría un especial sentido ante la movilidad laboral de las personas (el trabajador móvil), esto es, el continuo cambio de su posición laboral, el empleo precario, el subempleo y, en general, toda esa multiplicidad de formas atípicas de trabajar para otro. En todo caso, conviene advertir que estamos ante formas emergentes de protección social de las personas; un proceso no clausurado, donde se aprecian líneas de continuidad y líneas de cambio, pero que supone una percepción más amplia del trabajo y del empleo profesional. En este orden de ideas, se puede afirmar que el trabajo se ha convertido en trabajo complejo y plural, pero consagrando también mecanismos de seguridad, de ciudadanía y de solidaridad públicamente organizada, ha de ser un elemento de reconstrucción de nuestro propio proceso de convivencia democrática. El trabajo asalariado no desaparecerá, pero será necesario relativizar la centralidad del empleo asalariado como elemento único de conformación de la identidad, del reconocimiento social y de la ciudadanía positiva, de manera que se apueste por un trabajo diverso y socialmente útil, como aportación a la colectividad, como derecho de ciudadanía y como obligación de la comunidad política. En tal sentido, el trabajo mercantil estricto (el que se intercambia por salario en el sector privado), es tan sólo una de las posibilidades sociales de trabajo y además ése es el tipo de trabajo con posibilidades de crecimiento más limitadas por la razón de que es el también el sector más dependiente de los procesos de modernización y de innovación tecnológica. Será posible reconstruir el trabajo a través de la puesta en práctica de una política paralela de redefinición del Estado Social como agente activo, como defensor del trabajo, como factor relacional, de generación de riqueza social y de remedio de necesidades por encima del propio empleo mercantil. Todo ello conduce a la consideración del trabajo más allá del empleo.

La efectividad de ese “derecho a trabajar” en condiciones dignas exige, entre otras cosas, la realización de una política orientada al pleno empleo. El “derecho a trabajar” requiere también de la organización de los servicios de colocación (“ Toda persona –dice el art.29 CDFUE- tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación”). Esa protección debe hacerse no sólo en el momento genético de vinculación con el mercado de trabajo, sino que también debe extenderse, en el momento dinámico, durante el desenvolvimiento de la

relación de trabajo ya constituida. Debe destacarse al respecto la “protección en caso de despido injustificado” establecida en el art. 30 de la CDFU (dentro del Cap. IV, “Solidaridad”), a cuyo tenor “Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Esto es importante dados los vientos fríos que corren actualmente con las políticas de máxima flexibilidad, es de advertir que ello constituye una garantía de una limitación para introducir medidas que tiendan al despido “*ad nutum*” o sin causa de los trabajadores, es decir, sin justificado motivo (Interesa recordar, igualmente, que el art.4 del Convenio OIT, núm. 158, establece que “no se 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 las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”).

Dentro de un mercado interior europeo este “derecho a trabajar” –como esfera de “libertad”- no tendría una real virtualidad en la práctica, si al mismo tiempo no se garantiza la libertad económico-profesional básica de libertad de circulación y de residencia (art.45 CDFUE, en el marco del cap. V. “Ciudadanía”). Su ubicación sistemática dentro de la Carta es discutible, pero al menos tiene el aspecto positivo de situar su centralidad dentro del estatuto jurídico de la “ciudadanía de la Unión”. Sin esa libertad de circulación en el espacio europeo no se puede hablar de un verdadero mercado interior.

Dentro de la lógica del principio de transversalidad, se establece en el TFUE que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana” (art.9 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art.III.117). Aparte de la competencia propia en materia de política de empleo, “la Unión tomará medidas para garantizar la *coordinación* de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas” (art.5.2 TFUE, en relación con el art.2.3 del TFUE). En lo que incida respecto a su proyección sociolaboral interesa realzar que también “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (art. 10, TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art. III.118). Conforme al art. Art.18 (antiguo artículo 12 TCE): “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, *se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”. El Convenio OIT, núm. 111, consagra la

discriminación en el empleo y la ocupación se define como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión pública, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trabajo en el empleo y la ocupación”.

Ahora bien, se insiste, lo que se reconoce es un derecho a trabajar en condiciones dignas, seguras y no discriminatorias. El TFUE introduce el principio de transversalidad de las políticas de la Unión: “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad” (art.8 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art.III.116). Por otra parte, se establece, igualmente, como se indicó, que “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (art.10 TFUE, procedente del Proyecto de Constitución Europea, art.III.118). Ese principio de transversalidad supone un compromiso jurídico-político que el Sistema de los Tratados impone a las instancias políticas de la Unión en defensa de la eficacia del principio de igualdad. Se han de tener en cuenta simétricamente los respectivos artículos 21 (“No discriminación”) y 23 (“Igualdad entre hombres y mujeres”. Esta disposición se inspira en el art. 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitarios de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores) de la Carta (ubicados, significativamente, en el Capítulo III, que intitulado “Igualdad”).

4. LA POLÍTICA DE EMPLEO COMO INSTRUMENTO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO “AL TRABAJO”

Se puede ir de lo más amplio, lo más general, a lo más concreto, recordando que la política de empleo es un instrumento adecuado de realización del derecho social al trabajo; lo es en nuestro país (v.g., en nuestra legislación, la relación sistémica entre los arts. 35 y 40 de la CE); lo es también en otros países. Este ámbito de la política pública comporta la realización de políticas de control del mercado y de desmercantilización relativa del trabajo. Así, los derechos sociales fundamentales asumen la función general de garantizar posiciones jurídicas de ventaja que el mercado por sí mismo no está en condiciones de satisfacer. Atienden a la satisfacción de situaciones de necesidad de las personas. El trabajo –como elemento de ciudadanía- es en sí mismo un factor de integración social, pero puede ser también, por ello mismo, un factor de exclusión social (en el trabajo, hoy por hoy, se funda la cohesión y la ciudadanía sociales). Los derechos sociales (incluido el derecho al trabajo) como elementos de la ciudadanía, son un *presupuesto* indispensable para la partici-

pación en el Estado democrático y para el ejercicio “efectivo” de los derechos y libertades fundamentales. De ahí su cualidad de derecho de participación en la vida económica y social. Si la política de pleno empleo es el instrumento de realización del derecho al trabajo y este es un factor de integración del individuo en la sociedad democrática (en el proceso social) y condición para la democracia misma, se puede comprender el porqué la política de empleo (ampliamente entendida) ha sido considerada como un elemento inherente a la forma política del Estado social contemporáneo. Éste se ha caracterizado muy especialmente por su compromiso con el empleo, y con la desmercantilización relativa del trabajo, pues, como decía Hugo Sinzheimer, el Derecho social tiene como misión impedir que el hombre sea tratado igual que las cosas. Instrumento también útil es el derecho a la reinserción profesional a través de políticas activas de empleo y de la propia actual de los servicios públicos de colocación. En todo caso, tanto la forma clásica –y más completa y correcta- del artículo 23.1 DUDH y 35.1 CE, como en la más débil –del “derecho a trabajar”- de los artículos 6.1 PIDESC y 15.1 CDFUE, no supone el reconocimiento de un derecho social fundamental a un trabajo concreto, específico, sino tan sólo un derecho social fundamental de acceso efectivo a posibilidades de empleo profesional. Se debe garantizar una oportunidad de trabajo, porque si una persona está en condiciones de trabajar, el no tener la posibilidad de acceder a una oportunidad de empleo afecta a su derecho al libre desarrollo de su personalidad plena. Además, esa falta de posibilidad incide, igualmente, en el derecho a la existencia digna cuando, aparte de esa falta de predisposición de medios, no se garantiza el derecho a un mínimo vital a la persona privada de empleo (que es un derecho social fundamental mínimo).

Es más: se trata de un elemento nuclear de esta forma de Estado social evolucionado. El concepto de constitución democrático-social del trabajo remite a la consideración de éste como un componente fundamental de la estructura de la sociedad democrática base de la producción social. Interesa recordar que el keynesianismo introdujo una nueva concepción de la gestión económica y del empleo, y puso de relieve que la economía no tiene una existencia aislada respecto de la política y del Derecho, aunque también las ideas económicas guían la política. Partía, sobre todo, de ese compromiso activo del Estado para realizar efectivamente el derecho al trabajo que tan importante parece dentro del sistema democrático en su conjunto. También es oportuno recordar –como elemento más próximo de comprensión de su significación política jurídica- los famosos informes Beveridge, cuyo eje central, muy especialmente, el Informe sobre el empleo, era precisamente el propio derecho al trabajo. Son, éstos, elementos de comprensión importantes a tener en cuenta en todo momento.

En esta perspectiva, cabe interrogarse sobre cuál es el concepto de política de empleo que mejor se corresponda con la realidad normativa actual. Necesaria-

mente se ha de formular un concepto amplio, si, en verdad, se desea entender las distintas intervenciones públicas (y privadas) en esta materia. Se puede hablar de la política de empleo haciendo referencia al conjunto de decisiones y acciones públicas que tienen como finalidad esencial la consecución del equilibrio satisfactorio entre la oferta y la demanda de trabajo (en sus aspectos cuantitativos y cualitativos o de calidad), la protección de las situaciones de desempleo y, asimismo, el conjunto de todas aquellas políticas públicas de acompañamiento necesarias.

La última fase del proceso de institucionalización jurídico-política de la política de empleo y del Derecho comunitario del empleo viene representada por su tratamiento en el Sistema de los Tratados de la Unión Europea. Se puede estudiar el bloque normativo de esa regulación “constitucional” desde una doble perspectiva:

A) En la perspectiva “subjetiva”; esto es, los derechos del empleo como derechos sociales de ciudadanía (derechos individuales). En esta perspectiva destaca el reconocimiento del derecho al trabajo. El derecho al trabajo es un derecho de cada individuo a procurarse los medios de sostenimiento vital a través del desarrollo de un trabajo libremente elegido o aceptado. Este derecho al trabajo es una condición esencial para la garantía de la dignidad y libertad de cada individuo. No obstante, lo que se consagra en los artículos 6.1 PIDESC y m15.1 es la fórmula débil del “derecho a trabajar”, en el sentido de que “Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”. A diferencia de esta formulación la Carta Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3 de mayo de 1996. Consejo de Europa), garantiza en el art.1 la formulación más fuerte del “derecho al trabajo” en la tradición de la cultura de los derechos del constitucionalismo democrático-social. Pero además dotándolo de un contenido esencial y de garantías de efectividad en su realización. “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A reconocer como uno de sus principios objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo. 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas”. Así, el derecho al trabajo involucra la *protección contra el despido injustificado* y la garantía de condiciones de trabajo dignas y adecuadas, es decir, incorpora, igualmente, el derecho a una ocupación efectiva y adecuada. El apartado 2 remite al derecho a la existencia digna a través del trabajo, pero aunque este precepto no contempla en sí el derecho a una renta mínima de ciudadanía o renta básica, no debe olvidarse que esta podría tener un amparo, ciertamente “difuso” y “debilitado” (entre otras cosas por su carácter *condicionado* a la falta de recursos económicos,

y también porque no le dota de un contenido mínimo esencial si no que se remite a las modalidades de reconocimiento legislativo), en el art. 34, relativo a la Seguridad Social y Ayuda Social, en el cual se establece que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta *el derecho a una ayuda social* y a una ayuda de vivienda para garantizar *una existencia digna* a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales” (apartado 3). La renta básica o ingreso de ciudadanía se vincula al derecho a la subsistencia digna con independencia de la esfera mercantil del trabajo profesional y también aporta unas ciertas condiciones mínimas de la libertad para trabajar y para el desenvolvimiento de otros ámbitos donde el individuo desarrolla su personalidad (Parijs, Ph. V., Vanderborght, Y., 2006, 109 ss.).

Importa retener que el art. 30 de la CDFUE garantiza como derecho social fundamental vinculado al derecho al trabajo el derecho a la protección en caso de despido injustificado, indicando, al efecto, que “todo trabajador tiene derecho a la protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. La relevancia del art. 30 CDFUE estriba en que al reconocer el derecho a la protección en caso de despido injustificado, lo que está rechazando es el despido “*ad nutum*”, esto es, el despido libre sin causa, y, en una interpretación necesariamente amplia y de textura abierta (que impone deducir de una interpretación sistemática y finalística), todo despido ilegítimo o arbitrario. Se consagra, pues, el despido por justificado motivo y la protección frente al despido arbitrado, ilegítimo (improcedente o nulo). Esta prohibición es coherente con las previsiones de la Carta Social Europea y con las tradiciones recibidas de la cultura jurídica de los Estados europeos más avanzados en materia social. Se trata de un derecho *social* íntimamente vinculado al derecho al trabajo y al derecho a trabajar (art.15.1 CDFUE), el cual impone obligaciones positivas para los Estados miembros. Entre ellas, y como especificación del derecho al trabajo, se ha de garantizar la protección contra el despido injustificado (un acto ilegítimo de resolución del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador). Son titulares del derecho todos los trabajadores (“todo trabajador”, dice el art.30 CDFUE), de cualquier grupo o categoría, *frente a cualquier despido ilegítimo*. Ahora bien: la norma ex art. 30 CDFUE remite al Derecho de la Unión y a las legislaciones y prácticas nacionales, tanto respecto a la delimitación de los supuestos de despido injustificado como respecto a la delimitación del concepto de trabajador (Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., 2012, 605 ss.).

El derecho frente al despido ilegítimo es uno de los derechos sociales fundamentales del Derecho Social del Trabajo. A través de él el trabajador ve garantizada la estabilidad en el empleo (lo que confiere seguridad al trabaja-

dor frente al riesgo de su pérdida) y el posible ejercicio efectivo de muchos de los derechos garantizados en el orden jurídico (generales o inespecíficos y específicos o sociales). Nótese, por lo demás, que las medidas de reinserción laboral –ambas en el marco de derecho al trabajo– se combinan con el sistema de garantías contra el despido ilegítimo o arbitrario. En este sentido, en los instrumentos jurídicos de la OIT se establece que “Debería utilizarse plenamente los servicios públicos del empleo u otros servicios adecuados para garantizar, en la medida de lo posible, que los trabajadores cuya relación de trabajo se hubiera dado por terminada a consecuencia de una reducción de personal sean colocados sin demora en otros empleo” (Punto 17 de la Recomendación OIT N° 119 (1963), sobre la terminación de la relación de trabajo).

Por otra parte, las garantías jurídicas frente al despido (principio de causalidad, prohibición de discriminación, derechos de readmisión, derecho de indemnización, etcétera) suponen una limitación jurídico-social del principio de libertad de empresa, de manera que el modelo de regulación jurídica del despido incide directamente, y de modo significativo, en la distribución y equilibrio de *poderes* en el marco de la relación jurídico-laboral. Por todo ello no es de extrañar que merezca una garantía reforzada tanto en los textos internacionales, generales y europeos, como en los ordenamientos jurídicos internos. La propia OIT lo ha realizado, aunque de una forma algo más limitada cuando afirma que: “Aunque el objetivo fundamental de la Recomendación (sobre terminación de la relación laboral, 1963, núm.119) es proteger la seguridad en el empleo de los trabajadores, *trata también de equilibrar los distintos intereses*. Por ejemplo, el interés del trabajador en la seguridad en el empleo, puesto que la pérdida del empleo puede entrañar la pérdida, para él y su familia, de los medios de vida indispensables; el del empleador en mantener la autoridad en las cuestiones que influyen en el funcionamiento eficaz de la empresa, y, por último, el interés de la comunidad en mantener relaciones de trabajo pacíficas y evitar desequilibrios innecesarios causados ya sea por el desempleo o por unidades económicas improductivas” (OIT.1974. Estudio General de los Informes relacionados con la Recomendación sobre terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm.119), párrafo 3). En este sentido se trata de combinar seguridad y flexibilidad, pero siempre en la perspectiva del garantismo jurídico del derecho al trabajo y de la dignidad del trabajador. En todo caso, la protección contra el despido ilegítimo o arbitrario forma parte de contenido esencial del derecho al trabajo.

De ahí la centralidad del derecho a la protección frente al despido ilegítimo (una las dimensiones individuales del derecho al trabajo) dentro del “constitución democrático-social del trabajo”, la cual comprende la garantía de los derechos sociales –individuales y colectivos– de la ciudadanía de los trabajadores en el interior y fuera de la empresa (ciudadanía laboral). El Convenio de la

OIT núm.158, en coherencia con el art. 30 CDFUE y art.24 de la Carta Social Europea Revisada, acoge el modelo de protección contra el despido basado en la estabilidad en el trabajo y en la búsqueda de un equilibrio de poderes en las relaciones laborales (Monereo Pérez, J.L., 2012, 699-700).

El hecho de que el PIDESC y la CDFUE no hayan reconocido el “derecho *al* trabajo” en sentido estricto, sino el diferenciado “derecho *a* trabajar” es criticable, y parece querer indicar cierta autolimitación del intervencionismo público en un contexto competencial en el que todavía la Unión encomienda la política del trabajo a la competencia de los Estados miembros. La cuestión es relevante porque el derecho al trabajo –así como el ejercicio libre de una profesión- es un aspecto necesario para la propia realización de la persona como “persona social”. No es difícil entrever los motivos subyacentes al no reconocimiento del “derecho al trabajo” en el sistema de la Carta y de los Tratados fundaciones revisados en virtud del Tratado de Lisboa. Por un lado, se trata de un derecho cuyo desarrollo corresponde a los países miembros; y, por otro, se piensa que el derecho al trabajo está subordinado al principio de la economía de mercado garantizado en la constitución económica europea. Por el contrario, el “derecho a trabajar” presenta un contenido más impreciso –e incluso ambiguo-, pues acentúa la idea de “empleabilidad” (como posición de derecho-deber; o derecho función), la capacitación de los trabajadores en el sentido de responder a las exigencias de las transformaciones tecnológicas y organizativas de las empresas, y un tipo de tutela a través de políticas económicas encaminadas a asegurar a quien busca trabajo, o busca conservar el trabajo, iguales puntos de partida, pero no de llegada. No se ha considerado relevante el derecho al trabajo como factor de integración y de participación en el producto social. Ello representa una decisión política de reconocimiento de un derecho que se sitúa por debajo de los niveles de protección consagrados en el estándar mundial de derechos sociales fundamentales y, por supuesto, en el estándar de derechos ya consagrados en los Estados miembros más avanzados, en cuanto situados en el movimiento histórico del constitucionalismo democrático-social.

Desde este punto de vista, el derecho al trabajo (incluso en la fórmula debilitada del “derecho a trabajar”) es un derecho de *inclusión social*. De manera que en materia de derechos individuales, configurados como derechos sociales, el empleo está, en cierta medida y en términos generales, correctamente reconocido. El derecho a trabajo y el derecho a trabajar se contemplan como derechos sociales de ciudadanía.

El art. 6 PIDESC establece un contenido mínimo del “derecho a trabajar”. En tal sentido dispone que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el *derecho a trabajar*, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido

o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho” (art. 6.1 PIDESC). En esa dirección, “Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana” (art. 6.2 PIDESC).

B) En la perspectiva “objetiva e institucional” de las políticas públicas comunitarias del empleo; es decir, en la ordenación del principio de heteronomía o intervencionismo público en materia de empleo para garantizar la plena efectiva de aquéllos. Aquí cabe realzar el núcleo de obligaciones positivas de intervención públicas y el aparato institucional preordenado para hacerlas valer en la práctica (Comité de Empleo y Fondo Social Europeo, especialmente). Quiere esto decir, que se refleja el compromiso activo del poder público para crear las condiciones más favorables para que se garantice el derecho al empleo. Y, efectivamente, se formulan principios que garantizan la heteronomía pública, el intervencionismo público; y ello se refleja en el establecimiento de obligaciones positivas recogidas en el texto constitucional que se imponen a las autoridades comunitarias en esta materia, y, asimismo, en la misma predisposición de todo un aparato institucional para hacerlas valer. Es decir, este bloque está caracterizado por el establecimiento de un intervencionismo público, que constituye un elemento institucional; a saber: un conjunto de instituciones que tratarían de realizar políticamente el derecho al trabajo, y los derechos vinculados al mismo.

Por otra parte, el art. 13 DUDH establece que “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado” (apartado 1) y que “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país” (apartado 2). Este derecho de emigración es un derecho incompleto, porque comprende el derecho a emigrar pero no el derecho a entrar en un país distinto al de origen, pues corresponde a la soberanía del Estado establecer las condiciones de ingreso en su propio territorio. Ahora bien, una vez incorporados al país de destino o acogida, la persona inmigrante que trabaja ha de ostentar los mismos derechos y condiciones de trabajo que los nacionales. Este principio de trato igual se infiere de la prohibición general de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 2 DUDH). Paradigmáticamente, el art. 23.2 DUDH, “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 8 de junio de 1998, establece entre los principios “la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

La Carta de la UE garantiza el derecho de igualdad en las condiciones de trabajo de los extranjeros autorizados para trabajar. Conforme al art.15.3 “Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”. Pero no son titulares directos e inmediatos de la libertad de circulación y de residencia, pues sólo se prevé que “Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro” (art.45.2). Ello no obstante, aparte de la Jurisprudencia una flexibilizadora –relativa y limitada- al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Sistema de los Tratados el art. 77 (antiguo artículo 62 TCE) del TFUE establece, en su apartado 1, que “La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo: a) *garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores*”.

Es de señalar, por otra parte, que el derecho a unas condiciones laborales equivalentes sólo se predicen respecto de las personas que “estén autorizadas a trabajar”, quedando excluidos de la garantía, en principio, los trabajadores irregulares o ilegales. Ello supone *de facto* una limitación del derecho a trabajar que paradójicamente consagra el propio art.15.1 para “toda persona”. No obstante, son numerosos los preceptos relativos a derechos garantizados, generales o específicamente sociolaborales que se atribuyen directamente a la “persona” (todos los derechos del Título. “Dignidad”; el propio derecho a trabajar ex art.15.1, la protección de la salud ex art.35, etc.) o al “trabajador” sin más (artículos 30, protección en caso de despido injustificado, 31, Condiciones de trabajo justas y equitativas, etc.), lo que supondría la atribución de estos derechos a toda persona con independencia de su situación jurídico-administrativa, de regularidad o irregularidad. (Sin embargo, otros preceptos insisten en la distinción y limitan el alcance subjetivo del derecho. Así, “Toda persona que *resida y se desplace legalmente* dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales” (art.34.2).

Por otra parte, es criticable que existan excepciones al principio de igualdad de trato en razón de la nacionalidad respecto a las personas que residan legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad de trato ha sido precisado por la Directiva 2004/38. El art.24.2, establece dos excepciones a esta norma: en los primeros tres meses de residencia, o durante un período más largo en el caso de los solicitantes de empleo, los Estados miembros no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de asistencia social a ciudadanos de la Unión distintos de los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia o que mantengan esa condición, y los miembros de sus

familias. Los Estados miembros tampoco están obligados a conceder ayudas en forma de becas o préstamos de estudios antes de la adquisición del derecho a la residencia permanente, a esas mismas personas.

La Carta de la UE es consciente de que de no existir ese principio de equiparación, aparte de contradecir la justicia social en sí, se cuestionaría el modelo social europeo. Existe, al respecto, una peligrosa tentación de utilizar el “*dumping social*” con la atribución a los extranjeros extracomunitarios de peores condiciones de trabajo que las nacionales de países miembros de la Unión, a modo de una “competitividad a la baja” de salarios y otras condiciones de trabajo y políticas de protección social. En tal sentido, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las ocasiones, las políticas de inmigración suelen estar motivadas, impulsadas, por la demanda, y no sólo por la oferta. Esto significa que nos encontramos con un fenómeno migratorio que en buena medida es funcional a las exigencias del mercado interior europeo, y que, por tanto, desde esa perspectiva de la demanda los flujos migratorios de entrada tienen un carácter esencialmente complementario respecto a las ofertas nacionales de mano de obra, pues ocupan ámbitos de actividad respecto de los cuales el personal nativo es insuficiente (señaladamente, el llamado “mercado secundario” de trabajo).

Con todo, los trabajadores extranjeros (es decir, en rigor, los que no ostentan la nacionalidad de ninguno de los países miembros de la Unión Europea) gozan de un estatuto protector vinculado al empleo. Así, por ejemplo, la STJ-CE de 10 de julio de 2008 (TJCE 2008, 157), califica directamente discriminatoria la conducta empresarial de proclamar su intención de no contratar a trabajadores de determinado origen étnico o racial. El apartado 2 del art.15 CDFUE incorpora las tres libertades garantizadas por los artículos 26, 45, 49 y 56 del TFUE, es decir: la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

El apartado 3 del art.15 CDFUE garantiza el principio de igualdad de trato por equivalencia entre ciudadanos europeos y extranjeros (extracomunitarios). Se basa en el art.153.1.g) del TFUE (“Para la consecución de los objetivos del art.151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos...g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión”), así como en el art.19, punto 4, de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 (versión revisada de 1996), a cuyo tenor: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familiares a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte, las Partes se comprometen: (...). 4. a garantizar a esos trabajadores que se encuentre legalmente dentro de su territorio un *trato no menos favorable que a sus propios nacionales* en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas

estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber: a) remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; b) afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos; alojamiento”. Es por lo tanto, aplicable el art. 52.2 de la Carta (“Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”). En términos generales, el art. 20, Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, de la Carta Social Europea (Revisada, Estrasburgo 3 de mayo de 1996), establece que “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación en los siguientes ámbitos: a acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; b orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; c condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; d desarrollo profesional, incluida la promoción”.

La Carta elude problemáticamente la referencia al principio de igualdad de trabajo en sentido estricto y opta por hacer referencia a las “condiciones equivalentes”. Por otra parte, conforme al art. 153.1.g) del TFUE: “Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión”. De este modo, dada esa atribución de competencias europeas, el derecho del art.15.3 de la CDFUE encuentra tan sólo una consagración débil, pues en el sistema del TFUE no hay un reconocimiento de un derecho subjetivo de los extranjeros, aunque su consagración en la Carta adquiere un valor significativo. Por lo demás, no debe olvidarse que el mismo art.153.5 del TFUE establece una exclusión de un conjunto de materias relevantes que forman parte de las condiciones de trabajo: “Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal”, de modo que para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión no podrá apoyar ni completar la acción de los Estados miembros en esos ámbitos.

Hay que tener en cuenta que la integración basada en los derechos exige su atribución a la persona (o como solución intermedia de transición, a la “persona residente”), sin posibilidad de establecer ninguna discriminación por razón de nacionalidad. De ahí la necesidad de superar el concepción restrictiva de ciudadanía en exclusiva (y excluyente) como *condición sine qua non* de atribución o dotación de derechos. Ello supone “desnacionalizar” los derechos fun-

damentales, pues los derechos fundamentales son universales y como tales han de ser garantizado a todas las personas. Ahora bien, no basta reconocer jurídicamente los derechos, con ser desde luego imprescindible, porque la garantía efectiva tiene que ser al mismo tiempo “jurídica” (que incluye, lógicamente, las garantías jurisdiccionales) y efectiva en la “realidad social”, es decir, los derechos fundamentales tienen que ser observados en las prácticas reales de los actores -públicos y privados- que intervienen en las sociedades complejas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*. Madrid, Ed. Civitas.
- ARENDT, H., *La condición humana*. Barcelona, Ed. Paidós, 2001.
- AWAD, I., *The global economic crisis and migrant workers: impact and response*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009.
- BARCELONA, P., “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social”. En *Problemas de legitimación en el Estado social*. AA. VV., OLIVAS, E. (coord.). Madrid, Ed. Trotta. 1993.
- BAYLOS GRAU, A., “Modelos de Derecho del Trabajo y Cultura jurídica”, en VV.AA., *Cultura jurídica y evolución del Derecho del Trabajo*, inédito, 2014.
- BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Ed. Trotta, 2009.
- BECK, U., *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Ed. Paidós, 2000.
- La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1998.
- BENJAMIN, W., *Tesis de Filosofía de la Historia*, en BENJAMIN, A., *Angelus Novus*, edición y estudio preliminar, “La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, Modernidad y Progreso” (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2012.
- BEVERIDGE, S.W., *Pleno Empleo en una sociedad libre*, Informe de Lord Beveridge (1944), Madrid, MTAS, 1989.
- CASTEL, R., *Las metamorfosis de la cuestión social*, Barcelona, Ed. Paidós, 1997.
- CHUECA SANCHO, Á. y AGUELO NAVARRO, P., “Breve panorámica so-

- bre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 21 (2009).
- CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.), *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Valencia, Ed. tirant lo blanch, 2011.
- D’ANTONA, M., “Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell’ ordinamento comunitario”, en *Opere*, Milán, Giuffrè, 2000.
- DE LUCAS, J., “Políticas de inmigración, derechos, ciudadanía”. En *Derechos Humanos e Inmigración. Una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*. AA. VV., NIETO GARCÍA, L. (dir.). Motril, Imprenta Comercial, 2003.
- DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L.Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed.Comares, 2007.
- DUGUIT, L., *Manual de Derecho Constitucional*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L.Monereo Pérez y José Calvo González, 2005.
- ELU TERÁN, A., “Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas”. *Revista CAUCES*, núm. 015 (2011).
- FERRAJOLI, L., “Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, en *Insonomia*, núm.9 (1998).
- ”De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, en *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 2001.
- ”Derechos fundamentales y crítica del Derecho”, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Ed. Fontamara, 2004.
- GARCÍA MURCIA, J., “La política comunitaria de inmigración en la Constitución europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Internacional y Comunitario*, núm.57 (2005).
- GARLAND, D., *La cultura del control*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005.
- GEORGE, H.: *Progreso y Miseria*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, 2009.
- GEORGE, S., “¿Globalización de los derechos?”. En *La globalización de los derechos humanos*. VV.AA., GIBNEY, M. J. (ed.), Barcelona, Crítica, 2004.
- GINER DE LOS RIOS, F., *La persona social*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008.
- GURVITCH, G., *La idea del Derecho Social*, edición y estudio preliminar, “La ‘Idea del Derecho Social’ en la teoría general de los derechos”, por J.L.Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005.

- KALECKI, M., “Aspectos políticos de la ocupación plena”, en *Ensayos escogidos sobre la dinámica de la economía capitalista*, México, FCE, 1973.
- LACALLE, D., *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*, Madrid, El Viejo Topo, 2009.
- LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Granada, Ed.Comares, 2011.
- MAESTRO BUELGA, G., *La constitución del trabajo en el Estado social*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- MARITAIN, J., *Los derechos del hombre y la ley natural*, traducción de Antonio Esquivias, 1ªed.; última edición, Madrid, Palabra, D.L. 2001.
- MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “¿Tienen derechos los inmigrantes?. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (2004).
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.Mª, “La coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa”, en *Revista del Ministerio de Trabajo E Inmigración*, núm.92 (2011).
- MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J., “La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad”, en *Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Martín y Pérez Nanclares, J (Coord.), Madrid, Iustel, 2008.
- MENGER, A., *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del Trabajo*, edición y estudio preliminar, “Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger” (pp. XI-LXXVIII), por J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2004.
- MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B., “El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32 (2001).
- MIRANDA BOTO, J.Mª, *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- MIRAVET BERGÓN, P., *Estado Social, Empleo y Derechos. Revisión Crítica*, Valencia, tirant lo blanch/Universitat de València, 2014.
- MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 26 (2001).
- MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social*, Granada, Ed.Comares, 2007.

- MONEREO ATIENZA, C., *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Ed. Comares, Granada, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, I y II”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas, núms. 56 y 57 (1992 y 1993).
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid, CES, 1995.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 2 (1999).
- MONEREO PÉREZ, J.L., *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “Evolución y futuro del Derecho el Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, en *Relaciones Laborales*, núm.15-16 (2001).
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo*, núm. 83 (2008), pp. 11-109.
- 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*, núm.48 (2009).
- MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significado político-jurídico”. Estudio introductorio a *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de JELLINEK, G., Granada, Comares, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “Libertad profesional y derecho a trabajar (Artículo 15)”, en VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Directores y Coordinadores), Granada, Ed. Comares, 2012.

- MONEREO PÉREZ, J.L., “La protección en caso de despido injustificado (Artículo 30)”, en VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Directores y Coordinadores), Granada, Ed. Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “Crisis económica y reforma laboral en la larga duración histórica”, en *teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 13 (2013).
- MONEREO PÉREZ, J.L., MONEREO PÉREZ, M., y OCHANDO CLARAMUNT, C.: “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, en *Revista de Sistema*, núm.155-156 (2000).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Política de empleo y Sistema de Relaciones Laborales”: La autonomía colectiva como fuente del Derecho del Empleo”, en *Trabajo*, nº 10 (2001).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Comentario a los artículos 35.1 y 40 de la Constitución”, en VV.AA., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada”. *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, núm. 8 (2003).
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción*, Granada, Ed. Comares, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, (I y II)”. *Revista Aranzadi Social*, núm. 19 y 20 (2010).
- MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. 2010. “El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”. En *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*. AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (coords.). Granada: Comares.
- MORENO VIDA, M^a.N., *El debate sobre la flexiseguridad en Europa*, Ponencia en X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 1., Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.
- “El Estatuto de los Trabajadores (Comentario al art. 35.2 de la Constitución)”, en VV.AA., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002.

- OFFEC, CL., *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, trad. Jaime Nicolás, Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2010.
- OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*. Madrid: Dikynson, 2004.
- ORDÓNEZ PASCUA, N., *Política de empleo en la Unión Europea*, Lisboa, Ed. Juruá, 2013.
- PARIJS, PH. V. y VANDERBORGHT, Y., *La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*, Barcelona, Ed. Paidós, 2006.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”. En *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid, Eudema, 1988.
- PÉREZ AGULLA, S., “Derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108 (2014).
- PÉREZ DE LA FUENTE, O., “Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes”, en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, VV.AA., CAMPOY CERVERA, I. (ed.). Madrid, Dykinson, 2006.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El mercado interior europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2008.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Las políticas de inmigración”. *Revista Tribuna Social*, núm. 133 (2002).
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Civitas, 1994.
- PÉREZ REY, J., *Estabilidad en el empleo*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.
- REY PÉREZ, J.L., *El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007.
- VALDUEZA BLANCO, M^a D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*. Valladolid, Lex Nova, 2008.
- RAMOS QUINTANA, M. I., “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63 (2006).

- RAMOS QUINTANA, M. I., “La política comunitaria en materia de inmigración: la progresiva consolidación de un modelo selectivo de migración laboral”. En *Migraciones laborales. Acción del a OIT y política europea*, VV.AA., RAMOS QUINTANA, M. I. (coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.
- RAVENTÓS, D., *Las condiciones materiales de la libertad*, Barcelona, Ed. El Viejo Topo, 2007.
- ROBLES CARRILLO, M., “El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa”, en *Revista del Ministerio de Trabajo E Inmigración*, núm.92 (2011).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea”. *Revista Relaciones Laborales*, núm. 15-16 (2009).
- ROJO TORRECILLA, E., “Inmigración y mercado de trabajo en el ámbito comunitario y español (el impacto de las políticas de inmigración sobre el empleo y la edad de la población trabajadora). En *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, AA. VV., CAMAS RODA, F. (coord.). Barcelona, Bosch, 2009.
- ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., “Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas”, en *Revista Temas Laborales*, núm. 104 (2010).
- ROSANVALLON, P., *La sociedad de los iguales*, Barcelona, RBA Libros, 2012.
- SALAMARERO TEIXIDÓ, L.: *La protección de los derechos sociales en el ámbito de las Naciones Unidas. El nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Madrid, Civitas/Cuadernos Civitas, 2012.
- SASSEN, S., *Perdiendo el control. La soberanía en la era de la globalización*, Barcelona, Bellaterra, 2001.
- SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Madrid, Ed. Trotta, 1996.
- SEN, A., *La idea de justicia*, Madrid, Ed. Taurus, 2009.
- SINZHEIMER, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1984.
- SUPIOT, A., *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Barcelona, Ed. Península, 2011.
- TAWNEY, R. M., *La sociedad adquisitiva*. Madrid, Alianza 1972.

- TRIGUERO MARTÍNEZ, L., “La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: notas clave para su comprensión”, en *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 2ª época, núm. 9 (2009).
- VAN BOVEN, T. C., “Criterios distintivos de los derechos humanos”. En *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. AA. VV., VASAK, K. (ed.). Barcelona, Serbal, 1984.
- VAN PARIJS, PH., *Libertad real para todos*, Barcelona, Ed. Paidós, 1996.
- VV.AA., *Inmigración y procesos de cambio*, AUBARELL, G. y ZAPATA, R. (eds.), Barcelona, Icaria-Antrazyt-IEed, 2004.
- VV.AA., *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2006.
- VV.AA., *El fenómeno de la inmigración en Europa: perspectivas jurídicas y económicas*, Madrid, Ed. Dykinson, 2005.
- VV.AA., *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, García Murcia, J. (Dir.), Madrid, MTAS, 2005.
- VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO, C. y PISARELLO, G. (Eds.), Madrid, Ed. Trotta, 2007.
- VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Monereo, J.L., Molina, C., Olarte, S. y Rivas, P. (Dirección y Coordinación), Granada, Ed. Comares, 2008.
- ZANFRINI, L., *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell’immigrazione*, Bari, Laterza, 2007.
- VV.AA., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Mangas Martín, A. (Dir.), Bilbao, Fundación BBVA, 2008.
- VV.AA., *International Labour Migration. A right-based approach*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010.
- VV.AA., “La migración y el asilo en el Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. núm. 85 (2010).
- VV.AA., “La presidencia española de la Unión Europea en materia de inmigración: la declaración de Zaragoza, el Plan de Acción de MENAS y la Evaluación del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (primer semestre de 2010)”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90 (2010).
- VV.AA., *Los derechos de los extranjeros en España*, Monereo Pérez, J.L. y L.A. Triguero Martínez (Dirs.), Madrid, La Ley, 2010.

- VV.AA., *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M^a.N. y Fernández Avilés, J.A. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 2011.
- VV.AA., *Manual de Política y Derecho del Empleo*, Monereo Pérez, J.L. et al., Madrid, Ed. Tecnos, 2011.
- VV.AA., *Il Diritto del Lavoro nell'Unione Europea*, Foglia, R. y Cosio, R. (a cura di), Milano, Giuffrè Editore, 2011.
- WACQUANT, L., *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2010.
- VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Directores y Coordinadores), Granada, Ed. Comares, 2012.

LAS HORAS COMPLEMENTARIAS COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN FLEXIBLE DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

EXTRACTO

Palabras Clave: Contrato de trabajo, tiempo parcial, horas complementarias, flexibilidad

El Real Decreto-ley 16/2013 ha modificado la fisonomía del trabajo a tiempo parcial. La estrella de la reforma es sin duda el régimen de horas complementarias, mediante el que se pretende conferir a la jornada de trabajo una flexibilidad sustancialmente más amplia de la que es actualmente posible en el trabajo a tiempo completo. Por primera vez los pactos de horas complementarias pueden suscribirse en los contratos temporales, pero además, los contratos indefinidos nacen ya, por imperativo legal, con un porcentaje de horas complementarias cuya regulación, extremadamente simple, se encuentra muy próxima al trabajo a llamada. La nueva tipología de horas complementarias se engarza en un panorama en el que destaca la posibilidad de negociar el régimen de dichas horas a nivel de empresa, así como el reforzamiento del poder de la autonomía individual tanto en la suscripción del pacto como en la gestión cotidiana de las horas complementarias incorporadas al contrato indefinido. El sistema resultante se caracteriza por su inclinación hacia los intereses empresariales en detrimento de los laborales. Todo ello hace de las horas complementarias un instrumento idóneo para transferir parte de los riesgos productivos a los trabajadores, aunque sea a costa de una intensa disponibilidad que pondrá en peligro el dominio del trabajador sobre su propia vida personal y familiar.

ABSTRACT

Key words: Employment relationship, part-time, complementary hours, flexibility

The Royal Decree-Law 16/2013 has changed the physiognomy of the part-time work. The star of the reform is undoubtedly complementary hours scheme, which is intended to confer on the working day flexibility substantially wider which is currently possible on the job full time. For the first time the agreements on supplementary hours can subscribe on temporary contracts, but in addition, indefinite contracts are born already, by imperative legal, with a percentage of supplementary hours whose regulation, extremely simple, is very close to call work. The new type of supplementary hours tastefulness in an overview that highlights the possibility to negotiate the regime of these hours at the enterprise level, as well as the strengthening of the power of individual autonomy in the day-to-day management of the additional hours added to the indefinite contract both the signing of the Pact. The resulting system is characterized by its tilt toward business interests at the expense of the labour. All this makes the supplementary hours an ideal instrument to transfer part of production risks to workers, even at the expense of an intense availability which will threaten the dominance of the worker about their own personal and family life.

ÍNDICE:

1. CRÓNICA Y OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL
2. LAS HORAS EXTRAS EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: UN VIAJE DE IDA Y VUELTA
3. CONCEPTO Y NUEVA TIPOLOGÍA DE LAS HORAS COMPLEMENTARIAS
 - 3.1 Las horas complementarias pactadas
 - 3.2. Las horas complementarias del contrato por tiempo indefinido
4. GARANTÍAS LABORALES FRENTE A LAS HORAS COMPLEMENTARIAS
 - 4.1. Prohibición de las horas complementarias en contratos con micro-jornada
 - 4.2. Voluntariedad en la realización de las horas complementarias
 - 4.2.1. Elementos de voluntariedad/obligatoriedad en torno al pacto de horas complementarias
 - 4.2.2. Voluntariedad en el ajuste continuo de las horas complementarias en el contrato indefinido
 - 4.3. El registro diario de las horas complementarias
5. LA GESTIÓN FLEXIBLE DE LA JORNADA A TIEMPO PARCIAL
 - 5.1. La distribución irregular de la jornada ordinaria
 - 5.2. Acumulación de elementos de flexibilización de la jornada a tiempo parcial
6. DISTRIBUCIÓN DE LAS HORAS COMPLEMENTARIAS
7. DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL
8. CONCLUSIÓN

1. CRÓNICA Y OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

La profunda transformación que están experimentando las instituciones laborales ha alcanzado por fin al trabajo a tiempo parcial. Aunque la Ley 27/2011 lanzó al Gobierno el órdago de llevar a cabo una remodelación integral del trabajo a tiempo parcial¹, éste no fue objetivo central de las reformas de 2011 y 2012. Es cierto que la reforma laboral de 2012 llevó a cabo un retoque, en apariencia leve, pero con una gran trascendencia práctica, al permitir la realización de horas extraordinarias, produciéndose una situación inédita en nuestro Derecho, como fue la posible convivencia de horas extras y horas complementarias en los contratos indefinidos a tiempo parcial. Pero al margen de esta modificación, sin duda precipitada, el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial sobrevivió tal y como había quedado dispuesto más de diez años atrás².

En 2013, sin embargo, se han consumado dos reformas sustanciales que afectan tanto a la vertiente social como a la laboral de esta modalidad de con-

¹ Disposición adicional vigésimo novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social.

² La última reforma en profundidad de este contrato tuvo lugar a través del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y de la subsiguiente Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo.

tratación. Por un lado, el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, modifica el tratamiento del periodo de carencia exigido para el acceso a distintas prestaciones del sistema, y varía el porcentaje aplicable a la base reguladora de las prestaciones. La reforma de las reglas de cómputo de la carencia era inevitable después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarase que la normativa española era contraria en este punto al Derecho de la Unión, al encubrir una discriminación indirecta por razón de sexo, y de que el Tribunal Constitucional apreciase igualmente dicho efecto discriminatorio a la luz del artículo 14 CE³.

Por otro lado, pocos días antes de expirar el plazo concedido al Gobierno por la Ley 27/2011 para remodelar el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, se publica el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que introduce relevantes modificaciones en dicha modalidad contractual.

Hasta aquí la crónica de una reforma anunciada. Cabe preguntarse ahora por los objetivos que persigue el nuevo régimen laboral del contrato a tiempo parcial.

El trabajo a tiempo parcial encierra en sí mismo numerosos dilemas. Las finalidades a las que puede servir –incremento de las tasas de empleo mediante la inclusión de personas con dificultades para trabajar a tiempo completo, mejora en la gestión de los recursos empresariales y de la subsiguiente competitividad, y ampliación de las posibilidades de conciliación de la vida laboral, personal y familiar– no resultan plenamente compatibles entre sí, de modo que el legislador debe optar por priorizar unos objetivos a sabiendas de que otros van a resultar proporcionalmente afectados⁴. En buena medida, dicha incompatibilidad proviene del modelo regulador que es propicio para alcanzar cada uno de los objetivos señalados. En términos generales, el incremento del empleo y la mejora de la competitividad empresarial a través del trabajo a tiempo parcial se encuentran próximos a modelos reguladores presididos por la flexibilidad, y por tanto inclinados hacia la descentralización de las fuentes reguladoras o incluso la desregulación normativa. Por el contrario, el objetivo de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar exige un modelo regulador dotado

³ STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11, Elbal Moreno y STC de 61/2013 de 14 marzo, a la que siguieron otras en el mismo sentido.

⁴ Davies, P. y Freedland, M., “The role of EU employment law and policy in the de-marginalisation of part-time work: a study in the interaction between EU regulation and Member State regulation”, *Employment Policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union. A Comparative Analysis*, Sciarra, S., Davies, P. y Freedland, M. (Eds.), Cambridge University Press (2004) 65, 66.

de cierta imperatividad, atento a la seguridad jurídica y a las prerrogativas y derechos del trabajador.

Obviamente, ninguno de estos modelos suele darse en la práctica en estado puro, pues es habitual que la regulación jurídica del contrato a tiempo parcial tienda simultáneamente hacia varias finalidades, aunque no todas tengan la misma prioridad. Sin embargo, la descripción de los fines propios del trabajo a tiempo parcial y de los modelos reguladores a ellos asociados, permite poner de relieve la tensión entre flexibilidad y seguridad que caracteriza al actual Derecho del Trabajo, y que adquiere tintes muy particulares en el trabajo a tiempo parcial⁵.

Consciente de esta tensión, y de la necesidad de atemperarla en la medida de lo posible, la Ley 27/2011 no solo encargaba al legislador la modificación del régimen laboral del trabajo a tiempo parcial, sino que añadía indicaciones concretas en torno a los ejes de la futura reforma (Disposición adicional vigésimo novena). En primer lugar, se preveía su ejecución a través de una ley, haciendo hincapié en la necesidad de que el proyecto fuese discutido con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social. En segundo lugar, se imponía el deber de promover “el necesario equilibrio entre las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad, requeridas por las empresas, y las demandas de estabilidad y seguridad en el empleo, demandadas por las personas trabajadoras”. Y, en tercer lugar, se planteaba una revisión de los incentivos empresariales para la utilización de contratos a tiempo parcial indefinidos. Se auguraba por tanto una reforma negociada, que ponderase los intereses contrapuestos de empresarios y trabajadores, y fomentase la contratación indefinida.

Ninguno de aquellos augurios ha conseguido materializarse. La reforma se ha llevado a cabo, como viene siendo habitual en los últimos años, a través de Real Decreto-ley, cuyo uso se apoya, una vez más, en la urgente necesidad de impulsar el crecimiento del empleo. El lacerante nivel de desempleo vuelve a actuar como carta blanca para eludir el procedimiento parlamentario ordinario, sin que el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2013 haya sido capaz de justificar de manera bien fundada la extraordinaria y urgente necesidad que habilita al uso de este instrumento, limitándose a una argumentación retórica y circular⁶. Además, hay que destacar que la reforma del trabajo a tiempo parcial tiene una vigencia indefinida, no condicionada a la situación del mercado de trabajo,

⁵ Valdés Dal-Ré, F., “El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible convivencia entre flexibilidad y Seguridad (1) y (2)”, *RL*, 1 (2002) 51-68 y Ferradans Caramés, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Dificil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Thomson Aranzadi, Navarra (2006) 35-39.

⁶ Sobre el abuso del Real Decreto-ley en las últimas reformas, véase Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, E., “El uso del Decreto Ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida”, *RL*, 4 (2014) 1-5 y J. Cruz Villalón, “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *TL*, 115 (2012) 16, 18-21.

como sucede en otras medidas recientemente adoptadas⁷. Pero si la norma no ha ido precedida del aconsejable diálogo social, tampoco será debatida en sede parlamentaria, pues el Congreso de los Diputados ha rechazado su tramitación como Proyecto de ley⁸.

Siendo el empleo la razón que justifica el recurso a la norma de urgencia, el objetivo esencial de la reforma del trabajo a tiempo parcial es revitalizar el uso de esta modalidad contractual, probablemente con la intención de equiparar el porcentaje de trabajo a tiempo parcial en España con la media europea, a la que alude el preámbulo. Pero, en sólida alianza con dicho objetivo, se abre paso claramente el deseo de ofrecer a los empresarios un mecanismo eficaz para adaptar las plantillas a las cambiantes circunstancias económicas y productivas, y garantizar la competitividad empresarial.

Se instaura así un binomio cerrado entre creación de empleo y mejora de la productividad empresarial que excluye otras consideraciones de signo garantista, referidas, por ejemplo, a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y a los elementos cualitativos del trabajo a tiempo parcial –igualdad y no discriminación respecto a los trabajadores a tiempo completo, así como facilidad en los tránsitos entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial, y viceversa-.

Por último, la reforma no ha supuesto un paso atrás en la introducción de mecanismos de gestión flexible de la jornada en los contratos temporales. Como es bien conocido, el régimen de horas complementarias que permaneció vigente entre 1998 y 2013 era aplicable únicamente a los contratos por tiempo indefinido, con la finalidad de potenciar el trabajo a tiempo parcial estable y evitar una pérdida de calidad de esta modalidad contractual debida a la acumulación de varios elementos de precariedad laboral –jornada a tiempo parcial, temporalidad y disponibilidad horaria-. Ni siquiera la reforma de 2012 alteró este planteamiento, aunque la introducción de las horas extraordinarias en los contratos temporales debilitase profundamente esos fines.

El actual retorno a las horas complementarias prescinde de la tradicional salvedad relativa a los contratos temporales, en los que ahora también podrá pactarse este tipo de horas⁹. La extensión a los contratos temporales del

⁷ Como ejemplo de ello véase la Disposición transitoria primera de 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.

⁸ Por Votación Plenaria del 22 de enero de 2014.

⁹ Con ello seguramente se evitarán prácticas “imaginativas” respecto a los contratos a tiempo parcial temporales, como el uso reiterado de la novación por razones de conveniencia temporal para ajustar la jornada a las necesidades productivas, o el descuento en el finiquito, una vez concluida la relación laboral, de las horas de trabajo no realizadas, pese a haber cumplido en su integridad los servicios asignados por el empresario. En torno a estas prácticas, véanse, respectivamente la STSJ de Aragón de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 464/2012, y la STS de 26 de enero de 2011, r. c. u. d. núm. 4391/2009.

elemento estrella de la reforma, mediante el que se pretende incrementar el recurso al trabajo a tiempo parcial, parece poco coherente con el propósito de “potenciar la contratación estable”, enunciado en el propio título del Real Decreto-ley y desarrollado en su preámbulo. Acaso para asegurar la coherencia con este objetivo, fomentando en mayor medida la contratación indefinida en un contexto de intensa flexibilización de la jornada de trabajo, el legislador crea un régimen de horas complementarias específico para el contrato indefinido, compatible con el pacto de horas complementarias. Sin embargo, el amplio espacio concedido a la gestión flexible de la jornada de trabajo a tiempo parcial en los contratos temporales probablemente reduzca el interés por la contratación indefinida, aunque ésta ofrezca cotas algo superiores de flexibilidad.

2. LAS HORAS EXTRAS EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: UN VIAJE DE IDA Y VUELTA

La reforma laboral de 2012 ya dejó patente que la intención del legislador de hacer más atractivo el recurso empresarial al trabajo a tiempo parcial pasaba por ampliar las posibilidades de gestión flexible de su jornada. Si bien se eligió para ello la vía, un tanto burda, de levantar sin más la prohibición relativa a las horas extraordinarias¹⁰.

En todo caso, conviene reflexionar en torno al papel que horas extraordinarias y complementarias pueden jugar dentro del contrato a tiempo parcial, teniendo en cuenta que, pese a sus similitudes, se trata de dos instrumentos diferentes de gestión flexible del tiempo de trabajo. Como es bien sabido, las horas extraordinarias permiten ampliar la duración de la jornada, pero desde hace tiempo el ordenamiento contempla también su uso como mecanismo de distribución irregular de la jornada sin incidencia en su duración. Al permitir las horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial el legislador se remitió en bloque al régimen jurídico ordinario, con una única salvedad, a saber, que el tope máximo anual de horas extras fuese proporcional a la jornada pactada (artículo 12.4.c) ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013, y artículo 35 ET). No cabía otra opción, ya que la aplicación del principio de proporcionalidad en este aspecto forma parte de la exigencia de igualdad de trato reconocida a nivel europeo entre trabajadores a tiempo completo y tra-

¹⁰ Sobre los problemas que podían derivarse de la aplicación conjunta de horas extraordinarias y complementarias, véase Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete (2013) 104-107 y Martínez Yáñez, N. M., “Trabajo a tiempo parcial y política de empleo: el retorno a las horas extraordinarias”, *Políticas de Empleo*, Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F. (coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra (2013) 104-118.

bajadores a tiempo parcial¹¹. Sin embargo, la reducción proporcional del tope legal de ochenta horas extraordinarias anuales limitaba en buena medida la gestión flexible del tiempo de trabajo, y lo hacía en especial en los contratos temporales, en los que no era posible pactar horas complementarias. Eso sí, dicha limitación afectaba únicamente a la capacidad de las horas extras de incrementar la jornada, ya que las posibilidades de distribución irregular mediante horas extras compensadas en los cuatro meses siguientes a su realización, quedaba intacta, al no computar dichas horas a efectos del tope máximo legal.

En definitiva, en los contratos temporales a tiempo parcial las horas extras permitían una posibilidad de incremento de la jornada ordinaria muy limitada –en torno a un 4,5% de la jornada pactada¹²-, y más amplias opciones de distribución irregular, si bien sujeta a un periodo de referencia de cuatro meses que, sin duda, debió parecer insuficiente a la parte empresarial. Hay que tener en cuenta que durante el breve periodo en que se levantó la prohibición de horas extras en el trabajo a tiempo parcial, si el convenio colectivo, o en su defecto un acuerdo de empresa, no abordaba la distribución irregular, el empresario contaba con la posibilidad de distribuir irregularmente a lo largo del año primero un cinco por ciento de la jornada, y más tarde hasta un diez por ciento (artículo 34.2 ET)¹³. La concesión por parte de la ley de dicha facultad unilateral, sujeta únicamente a un preaviso de cinco días, implica de hecho la generalización de la jornada irregular, pues, en el mejor de los casos, en los procesos de negociación se tomará el porcentaje legal como punto de partida para comenzar a negociar la distribución irregular. La puesta a disposición de los empresarios de una herramienta tan simple y poderosa para flexibilizar la jornada ordinaria, con un periodo de referencia anual, redujo sin duda el interés que las horas extras podían tener en los contratos a tiempo parcial. A todo ello hay que añadir que mientras las horas extraordinarias son voluntarias para el trabajador, las ampliaciones de jornada resultantes de la distribución irregular son obligatorias.

Aunque las cosas eran distintas en los contratos indefinidos, pues a las horas extraordinarias podía sumarse el pacto de horas complementarias, finalmente se llega a conclusiones similares. La ampliación de jornada que representaban las horas extraordinarias era muy reducida en comparación con las ampliaciones derivadas de la realización de horas complementarias –hasta un 15% de la jornada ordinaria, o hasta un 60% si así lo preveía el convenio

¹¹ Cláusula 4 de la Directiva 1997/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

¹² Aproximadamente, éste es el porcentaje que representan ochenta horas extras en una jornada anual de mil ochocientas horas.

¹³ Sobre las etapas de la introducción *ex lege* de un margen de distribución irregular de la jornada a favor del empresario en defecto de pacto colectivo a lo largo de las reformas de 2011 y 2012, véase Martínez Yáñez, N. M., “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, *RL*, 5 (2013) 47, 48, 61-67.

colectivo-. Además, la suma de horas ordinarias, extras y complementarias no podía alcanzar la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, lo cual dejaba muy escaso margen para las horas extras en los contratos con amplios porcentajes de horas complementarias. Y, en cuanto a la distribución irregular de la jornada mediante el uso de horas extras, la situación era idéntica a la descrita respecto a la contratación temporal.

A la vista de todo ello, la mayor ventaja que presentaban las horas extras frente a otras fórmulas de gestión flexible de la jornada era su inmediatez, ya que no están sujetas a preaviso, frente a los siete días que exigía la ley para conocer día y hora de realización de las horas complementarias, y los cinco días que rigen respecto a la distribución irregular de la jornada (artículos 35 ET, 12.5.d) ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013, y 34.2 ET, respectivamente). Otra ventaja menor era la ausencia de formalidades específicas para exigir la realización de horas extras, frente a las formalidades que rodeaban la suscripción del pacto de horas complementarias.

Todas estas cuestiones determinaron que, en una reflexión más reposada respecto a la necesaria reforma del trabajo a tiempo parcial, se optase por prohibir de nuevo las horas extraordinarias, con la única salvedad de las de fuerza mayor, volviendo al primado de las complementarias. Con ello se pretenden satisfacer las necesidades empresariales de ampliación de la jornada de trabajo a tiempo parcial, partiendo de que las de distribución irregular están suficientemente cubiertas mediante las previsiones generales (artículo 34.2 ET). Eso sí, el régimen jurídico de las horas complementarias se ha reformado en profundidad y, como se verá, algunas de las novedades parecen querer recoger parte de la experiencia derivada de la breve aplicación de las horas extraordinarias al trabajo a tiempo parcial.

3. CONCEPTO Y NUEVA TIPOLOGÍA DE LAS HORAS COMPLEMENTARIAS

El Real Decreto-ley 16/2013 no altera el concepto de horas complementarias. Estas son, como hasta ahora, las realizadas “como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial” (artículo 12.5 ET). La desaparición de las horas extraordinarias hace más sólida esta definición y evita algunos espinosos problemas de delimitación entre ambas categorías¹⁴. Asimismo, se mantiene la advertencia de que “la suma de las horas ordinarias y de

¹⁴ Problemas derivados en buena medida de la aplicación de una institución pensada para el trabajo a jornada completa al trabajo a tiempo parcial. Como muestra de esta problemática, veáanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, *Helmig* y otros; de 27 de mayo de 2004, asunto C-285/02, *Elsner-Lakeberg*; y de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, *Ursula Voß*.

las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial”, que adquiere particular importancia en un contexto caracterizado por el probable incremento de las horas complementarias (artículo 12.4.c) ET).

No obstante, es preciso destacar un cambio significativo en la ordenación de las fuentes que regulan las horas complementarias. Antes de la reforma, su régimen jurídico se encomendaba a las reglas específicas previstas en el Estatuto de los Trabajadores “y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior” (artículo 12.5 ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013). Con esa coletilla se llevaban a cabo dos operaciones. Primero, se dejaba clara la posibilidad de que la negociación colectiva interviniese en la regulación de las horas complementarias, bien haciendo uso de las remisiones establecidas en el propio precepto legal, bien ampliando o mejorando dicho régimen. Y, segundo, se ordenaba la estructura de la negociación colectiva, expresando una preferencia por el convenio sectorial sobre el de empresa o grupo empresarial para la regulación de las horas complementarias.

Dicha remisión desaparece en la actual redacción de la citada disposición. A la obvia finalidad de relegar al convenio sectorial como fuente reguladora de las horas complementarias, se une una profunda desconfianza del legislador hacia la negociación colectiva en general, seguramente motivada por el deseo de que las facultades que la reforma confiere al empresario en la gestión de las horas complementarias no sean alteradas ni reducidas por vía convencional.

A pesar de que este silencio desarticula la negociación colectiva en materia de horas complementarias, no impide a los convenios de cualquier ámbito intervenir en la regulación de dichas horas. Pero, en caso de concurrencia conflictiva, probablemente haya que considerar que tiene prioridad el convenio de empresa para adaptar a sus necesidades los aspectos de la contratación a tiempo parcial (artículo 84.2.e) ET).

3.1. Las horas complementarias pactadas

Como ya se ha dicho, una de las novedades de mayor calado de la reforma del trabajo a tiempo parcial es la posibilidad de pactar horas complementarias en los contratos temporales. Ello significa que la pretensión de incrementar la tasa de empleo a tiempo parcial se dirige de forma indistinta tanto al empleo temporal como al indefinido, con el probable riesgo de que se haga más profunda la segmentación laboral que caracteriza nuestro mercado de trabajo y se amplíen las desigualdades entre el empleo típico y atípico¹⁵. Pero además de ello, hay otros cambios que merece la pena comentar.

¹⁵ Según el estudio de EUROSTAT, *Labour force survey overview 2012*, mientras la tasa de temporalidad de la Unión Europea se situaba en un 13,7% en dicha anualidad, en España se situaba en un 23,6%, siendo superada únicamente por Polonia.

Desde el punto de vista formal, apenas hay variaciones. El pacto de horas complementarias sigue siendo un negocio jurídico bilateral, formal y accidental, pues no es preciso que los contratos a tiempo parcial incluyan este tipo de pacto, y, de hacerlo, su suscripción puede efectuarse en el momento de firmar el contrato o con posterioridad¹⁶.

Es importante subrayar que, como pacto accesorio al contrato, sigue su mismo curso en supuestos de suspensión, extinción o novación, de modo que aunque las horas complementarias incorporen al trabajo a tiempo parcial elementos propios del trabajo a llamada, estos no pueden desarrollarse independientemente del contrato a tiempo parcial convencional.

Se mantiene la exigencia de forma escrita del pacto, dada la trascendencia del compromiso que vincula a empresario y trabajador, pero se omite la anterior referencia al modelo oficial, con el ánimo de evitar complicaciones administrativas y simplificar su tramitación (artículo 12.5.a) ET y preámbulo del Real Decreto 16/2013)¹⁷.

Al margen de las cuestiones formales, los cambios más trascendentes se dan en el plano material, y se refieren a la ampliación de la cuantía de horas complementarias que pueden ser pactadas y a la reducción del plazo de preaviso¹⁸.

Desde 2001 la cantidad de horas complementarias que las partes podían pactar estaba limitada legalmente a fin de evitar una excesiva precarización del trabajo a tiempo parcial, teniendo en cuenta que las horas complementarias son de realización incierta, y que por tanto, proyectan una gran inseguridad en los trabajadores respecto a la cantidad de trabajo que deberán realizar, su horario y su salario efectivo. Así pues, las horas complementarias no podían superar el 15% de la jornada ordinaria contratada, si bien dicho tope era disponible para el convenio colectivo sectorial, o en su defecto de ámbito inferior, que podía sustituirlo por otro porcentaje máximo, nunca superior al 60% de las horas ordinarias contratadas (artículo 12.5.c) ET en su redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013).

Frente a este régimen, la reforma de 2013 introduce dos modificaciones. En primer lugar, eleva el tope máximo legal hasta un 30% de la jornada ordina-

¹⁶ Rodríguez Piñero-Royo, M. C. y Calvo Gallego, F. J., *Las horas complementarias y su pacto en el trabajo a tiempo parcial*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2000) 62-64.

¹⁷ En sentido crítico, contraponiendo esta medida a la reciente proliferación de nuevas modalidades contractuales a tiempo parcial, Molina Navarrete, C., "Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial", *DL*, 100 (2014) 26-28.

¹⁸ En todo caso, a tenor de la Disposición transitoria única del Real Decreto-ley 16/2013, los pactos de horas complementarias suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, seguirán rigiéndose por el régimen pactado en el momento de su suscripción, salvo que las partes acuerden su modificación para adecuarlos a la nueva redacción del artículo 12.4 y 5 ET.

ria, duplicando así la horquilla puesta a disposición de la autonomía individual.

En segundo lugar, respecto a la regla convencional, el legislador evita la referencia al convenio sectorial, y la sustituye por una mención abstracta a “los convenios colectivos” para propiciar que la eventual ampliación del tope máximo de horas complementarias se lleve a cabo a nivel de empresa, como así ha sucedido. Pero además, el máximo legal se torna imperativo para el convenio, que no puede rebajarlo. Es decir, si antes el convenio podía fijar cualquier tope de horas complementarias, incluso por debajo del máximo legal vigente, en la actualidad dicho tope debe situarse necesariamente entre el 30% y el 60% de las horas ordinarias contratadas (artículo 12.5.c) ET)¹⁹.

La nueva regulación legal refuerza el dominio de la autonomía individual respecto al pacto de horas complementarias. No solo ampliando sustancialmente la cuantía susceptible de acuerdo individual, sino también blindando el margen otorgado por la ley frente a la autonomía colectiva para evitar que ésta restrinja las facultades conferidas a las partes del contrato. En este orden de cosas, la función del convenio se reduce a ensanchar el poder de la autonomía individual mediante la ampliación del porcentaje legal, pues queda vedada la

¹⁹ En todo caso, en la práctica, los convenios suelen optar por porcentajes máximos elevados dentro de la franja que ofrece la ley. Así, entre los convenios de empresa publicados en el B.O.E. desde enero de 2014 la gran mayoría optan por el máximo del 60%. Así sucede en el Convenio colectivo de Servicio BSH al Cliente Zona 2 Norte, B.O.E. de 25 de junio de 2014 (art. 12.A.4), el Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente para sus centros de trabajo de Gerona, Tarragona y Palma de Mallorca, B.O.E. de 15 de abril de 2014 (art. 12.A.4), el Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, S.A., B.O.E. de 17 de julio de 2014 (art. 16), el VII Convenio colectivo de V2 Complementos Auxiliares, S.A., B.O.E. de 11 de abril de 2014 (art. 27), el I Convenio colectivo de Randstad Project Services, S.L.U., B.O.E. de 24 de marzo de 2014 (art. 30), el Convenio colectivo de la Sociedad de Prevención de Fremap, S.L.U., B.O.E. de 20 de marzo de 2014 (art. 24), el Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos Singulares, S.L., B.O.E. de 21 de marzo de 2014 (art. 16), Convenio colectivo de Sistemas a Domicilio SD 2000, S.L., B.O.E. de 14 de febrero de 2014 (art. 17), y el Convenio colectivo de Menzies Handling Alicante, UTE, Menzies Handling Almería, UTE, Menzies Handling Jerez, UTE y Menzies Handling Murcia, UTE, B.O.E. de 7 de enero de 2014 (art. 22). Solo en dos supuestos se opta por un porcentaje máximo de un 50% -Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, S.A., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 14) y Convenio colectivo de Viriato Seguridad S.L., para los centros de trabajo de las provincias de Murcia y Valencia, B.O.E. de 24 de junio de 2014 (art. 17.2)-, y en otros dos supuestos el porcentaje se rebaja hasta el 40% -Convenio colectivo de Cimodin, S.L., B.O.E. de 22 de enero de 2014 (art. 10) y Convenio colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas, B.O.E. de 24 de febrero de 2014 (art. 18.2). La tendencia es la misma en los convenios de sector, que, pese a regular con parquedad las horas complementarias, suelen inclinarse por porcentajes elevados. Así, se establece un porcentaje máximo del 60% de las horas ordinarias contratadas en el Convenio colectivo del sector de curtidos, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peleterías, B.O.E. de 27 de mayo de 2014 (art. 26) y en el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios del campo para actividades de reposición, B.O.E. de 28 de mayo de 2014 (art. 19), y de un 40% en el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, B.O.E. de 24 de mayo de 2014 (art. 19.B).

adopción de otras decisiones más favorables al interés de los trabajadores y menos proclives a la competitividad empresarial.

Algo similar sucede con el otro cambio relevante efectuado por el Real Decreto 16/2013 en el régimen de horas complementarias pactadas, que consiste en la reducción del plazo de preaviso. A tenor de la regulación vigente desde 2001, “salvo que otra cosa se establezca en convenio”, el trabajador debería conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con siete días de antelación (artículo 12.5.d) ET en su redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013). El plazo de preaviso legal era, pues, una regla supletoria que actuaba en defecto de regla convencional, de modo que la autonomía colectiva no quedaba vinculada en absoluto por el plazo legal, sino que tenía plena libertad para establecer el preaviso que considerase más oportuno.

En la actualidad, el precepto mencionado indica que el trabajador debe conocer el día y hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo inferior (artículo 12.5.d) ET). Aparte de la reducción de la duración del preaviso legal de siete a tres días naturales, la regla legal parece perder, en sentido estricto, su carácter supletorio respecto a la convencional, pues el convenio únicamente puede introducir un plazo de preaviso menor²⁰. Es decir, el plazo legal de tres días se torna imperativo para la negociación colectiva, que solo puede acortarlo, pero no ampliarlo²¹.

La actual regulación del preaviso favorece los intereses empresariales en detrimento de los laborales. En el marco de las horas complementarias el preaviso sirve para poner cerco al margen de disponibilidad al que están sujetos los trabajadores a tiempo parcial, proteger el correcto ejercicio de sus derechos extra laborales y aportar cierta seguridad jurídica en cuanto a la ejecución de la prestación con cargo a horas complementarias. Pero, de forma correlativa,

²⁰ Si se observa la práctica de la negociación colectiva que ha tenido lugar tras la reforma del régimen de horas complementarias, se aprecia que la mayoría de los convenios opta por plazos más reducidos, prevaleciendo el preaviso de dos días. Como ejemplo de ello, puede verse el Convenio colectivo de Essilor España, S.A., B.O.E. de 21 de marzo de 2014 (art. 19), el Convenio colectivo de Cimodin, S.L., B.O.E. de 22 de enero de 2014 (art. 10), el I Convenio colectivo de Randstad Project Services, S.L.U., B.O.E. de 24 de marzo de 2014 (art. 30.2), el Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, S.A., B.O.E. de 17 de julio de 2014 (art. 16.d) y el y Convenio colectivo de Viriato Seguridad S.L., para los centros de trabajo de las provincias de Murcia y Valencia, B.O.E. de 24 de junio de 2014 (art. 17.2.d). Únicamente dos convenios se inclinan por el preaviso de tres días. Se trata del Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, S.A., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 14) y el de KFC Restaurants Spain, S.L., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 21.6). Por último, llama la atención el Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos Singulares, S.L., B.O.E. de 21 de marzo de 2014, que establece un preaviso mínimo de cuatro horas (art. 16).

²¹ En sentido contrario, véase Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social”, *AL*, en prensa.

el preaviso limita la capacidad de respuesta empresarial frente a las circunstancias productivas que no se ha podido o sabido prever.

Por consiguiente, la duración del preaviso evidencia el balance entre los intereses empresariales y laborales. Cuanto más reducido sea, más débil será la protección que trata de dispensar, y por el contrario, mayores las posibilidades empresariales de conseguir un rápido ajuste entre la jornada laboral y las necesidades productivas.

Las modificaciones que afectan al tope de horas complementarias pactadas y al plazo de preaviso muestran cómo el actual Derecho del Trabajo ha evolucionado desde su tradicional finalidad de protección de la parte débil de la relación laboral y de reequilibrio de las fuerzas presentes en el mercado, a ponerse al servicio de la productividad y la competitividad empresarial²². El cambio de los fines perseguidos ha dado lugar a una nueva comprensión de las funciones propias de las fuentes del Derecho laboral y de las relaciones entre ellas. En los preceptos citados se advierte que la ley ya no asume la tarea de garantizar un nivel mínimo de protección para los trabajadores, y por lo tanto, tampoco tiene sentido que las normas inferiores en rango se articulen según el criterio de favor, a tenor del cual el convenio debía establecer normas más favorables a las previstas en la ley²³. En el sistema de fuentes que se atisba en la actual regulación de las horas complementarias la ley se refuerza como fuente jerárquicamente superior, capaz de vedar al convenio la tradicional facultad de mejorar ciertas condiciones laborales, pero permitiéndole favorecer el interés empresarial. La suma restricción de las posibilidades de actuación de la negociación colectiva –incluso a nivel empresarial– favorece un nuevo protagonismo de la autonomía individual, desarrollado bajo la sombra protectora de la ley.

3.2. Las horas complementarias del contrato por tiempo indefinido

Aparte de las horas complementarias pactadas, el Real Decreto-ley 16/2013 ha creado una nueva categoría de horas complementarias que no nacen de un pacto específico, sino que están implícitas en el contrato indefinido a tiempo parcial. Es decir, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2013 los contratos indefinidos suscritos con anterioridad o posterioridad a dicha norma cuentan, por atribución legal, con una bolsa de horas complementarias a la que el empresario puede recurrir cuando lo necesite.

²² Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, E., “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”, *RL*, 2 (2014) 13, 14.

²³ Mercader Uguina, J. R., “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”, *REDT*, 109 (2002) 19-22, 24-27.

Sin embargo, estas horas complementarias no pueden confundirse, ni conceptualmente ni a efectos de su regulación, con las horas complementarias pactadas. De hecho, el Estatuto de los Trabajadores reconoce su plena compatibilidad. Es decir, que el empresario disponga de cierta cantidad de horas complementarias al haber suscrito un contrato a tiempo parcial indefinido, no impide que las partes suscriban un pacto de horas complementarias a fin de redoblar los elementos de gestión flexible del tiempo de trabajo. Y si esto sucede, las horas complementarias del contrato indefinido no computan a efectos de los porcentajes máximos de horas complementarias pactadas, de manera que unas y otras se suman, sin superponerse (artículo 12.5.g ET).

Mediante la introducción de esta inédita categoría de horas complementarias, el contrato por tiempo indefinido sigue siendo una herramienta más flexible que el contrato temporal a tiempo parcial. Y no solo por la posibilidad de acumular varios tipos de horas complementarias, sino también por el hecho de que las horas complementarias vienen dadas con el contrato, sin necesidad de pacto.

En cuanto a su régimen jurídico, en términos comparativos llama la atención su simplicidad, mediante la que sin duda se pretende facilitar el uso de este mecanismo.

El único elemento similar respecto a las horas complementarias pactadas es la acotación de su cuantía, para la que se eligen, sin embargo, porcentajes bien diferentes. Así, las horas complementarias realizadas en virtud del contrato por tiempo indefinido no podrán superar el 15% de la jornada ordinaria, aunque el convenio colectivo podrá ampliar dicho porcentaje hasta un 30%²⁴. Pese a que el nivel real de flexibilidad dependerá de la posición de la negociación colectiva frente a los porcentajes máximos de los dos tipos de horas complementarias, y sobre todo, de las decisiones tomadas por las partes del contrato, es evidente el deseo del legislador de reservar las cuotas más altas de jornada complementaria al espacio del pacto, donde su ejecución puede ser exigida por el empresario. No obstante, la flexibilidad intrínseca al contrato por tiempo indefinido no resulta desdeñable.

²⁴ De los convenios suscritos desde enero de 2014 que abordan esta materia, todos salvo uno optan por el porcentaje máximo, esto es, el 30% de las horas ordinarias pactadas. Se trata del XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., Operadora, S. Unipersonal, B.O.E. de 22 de mayo de 2014, (Segunda Parte, art. 1), el Convenio colectivo de KFC Restaurants Spain, S.L., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 21.5), Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos Singulares, S.L., B.O.E. de 21 de marzo de 2014 (art. 16), Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, S.A., B.O.E. de 6 de junio de 2014 (art. 14) y Convenio colectivo de Servicio BSH al Cliente Zona 2 Norte, B.O.E. de 25 de junio de 2014 (art. 12.A.4). Solo el Convenio colectivo de la Kiabi España Ksce, S.A., B.O.E. de 17 de julio de 2014, limita el porcentaje de horas complementarias de aceptación voluntaria en el contrato por tiempo indefinido a un 15% de la jornada ordinaria (art. 16.g).

Según el Estatuto de los Trabajadores, las horas complementarias del contrato indefinido podrán ser ofrecidas “en cualquier momento”. Mediante esta expresión seguramente se pretende excluir cualquier plazo de preaviso, tanto legal como convencional²⁵. Pero además podría significar la disponibilidad del trabajador fuera de su horario de trabajo para recibir la oferta de horas complementarias. Ello implicaría una doble vinculación del tiempo de no trabajo, por un lado, para ejecutar la prestación laboral correspondiente a las horas complementarias, y por otro lado, para atender posibles requerimientos del empresario, sean de ejecución inmediata o no. Esta interpretación, plausible a la vista del tenor literal de la norma, colocaría al trabajador indefinido a tiempo parcial en una situación de sujeción similar a la que comportan las guardias de disponibilidad horaria, en especial si la distribución de las horas complementarias es libre. El único factor que atenúa en cierta medida tal disponibilidad es la atribución al trabajador de la posibilidad de rechazar la oferta empresarial sin resultar sancionado por ello²⁶.

A través de todos los elementos descritos se vislumbra cierta semejanza entre las horas complementarias del contrato indefinido y las horas extraordinarias. Es probable que, tras el breve periodo de tiempo en que estuvieron vigentes las horas extras en el trabajo a tiempo parcial, se considerase positiva la convivencia dentro de los contratos indefinidos de las horas complementarias y de otro instrumento de ampliación de la jornada menos complejo, más inmediato y algo menos vinculante para los trabajadores. Las horas complementarias propias del contrato indefinido nacen, por tanto, como un *tertium genus* que toma caracteres tanto de las horas complementarias pactadas –su uso exclusivo como instrumento de ampliación de jornada, no susceptible de compensación con descansos–, como de las horas extras –no necesidad de pacto previo, ausencia de preaviso y carácter voluntario–.

Sin embargo, no hay que soslayar que el nivel de ampliación de jornada que comportan las horas complementarias propias de los contratos indefinidos es entre tres y seis veces superior al que podían generar las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial.

Solo resta hacer dos consideraciones en torno a la nueva categoría de horas complementarias. La primera es que en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida una parte de la jornada que el trabajador asume en virtud

²⁵ De hecho, los convenios colectivos que se refieren a estas horas complementarias no regulan el plazo de preaviso, y si lo hacen, es para indicar que será el que pacten empresa y trabajador. Véase, en este sentido, el Convenio colectivo de ATE Sistemas y Proyectos Singulares, S.L., B.O.E. de 21 de marzo de 2014 (art. 16).

²⁶ Véase, en torno al alcance de esta regla, Molina Navarrete, C., “Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial”, cit., 34.

de su contrato está indeterminada *a priori*, pues no se sabe si el empresario hará uso del porcentaje de horas complementarias que la ley pone a su disposición o no, y, si lo hace, en qué cantidad. Se puede pensar que esa relativa indeterminación existía ya en la regulación anterior. Pero antes de la reforma las horas complementarias no eran una condición intrínseca al contrato a tiempo parcial indefinido, de modo que las partes decidían libremente y de común acuerdo si añadían ese margen de incertidumbre a la jornada pactada, y para ello, como se ha visto, era preciso un pacto expreso, escrito y en modelo oficial.

No cabe duda de que hay en la regulación de la jornada del contrato a tiempo parcial, sobre todo del indefinido, una tendencia clara hacia fórmulas de trabajo a llamada o en función de necesidades empresariales que han tenido y tienen notable presencia en ordenamientos laborales de nuestro entorno, pero que hasta ahora no han sido implantadas en España²⁷. En todo caso, la determinación de la cantidad máxima de horas complementarias tomando como referencia la jornada ordinaria, así como el carácter accesorio del pacto de horas complementarias respecto al contrato a tiempo parcial, garantizan que la jornada “a llamada” está indisolublemente ligada a una jornada convencional que aporta al trabajador seguridad jurídica respecto a cierta cantidad de trabajo comprometida y su correspondiente salario. De este modo, se puede decir que el contrato a tiempo parcial con pacto de horas complementarias, o el contrato a tiempo parcial indefinido -con o sin pacto- son una modalidad mixta o “rebajada” del contrato a cero horas²⁸.

La segunda y última consideración versa sobre el espacio exiguo que el legislador reserva a la autonomía colectiva en la regulación de las horas complementarias del contrato por tiempo indefinido. La única llamada al convenio colectivo se refiere a la posibilidad de que éste amplíe el porcentaje de horas complementarias asociadas al contrato; ampliación que satisface en mayor medida los intereses empresariales que los de los trabajadores. Al margen de ello, los términos imperativos que usa el legislador excluyen la posibilidad de que

²⁷ Conviene recordar el rechazo del Tribunal Supremo a la introducción de cláusulas de trabajo a llamada en modalidades contractuales reguladas en el Estatuto de los Trabajadores en las dos sentencias de 17 de diciembre de 2001, rec. cas. núm. 68/2001 y rec. cas. núm. 66/2001.

²⁸ *Zero-hours contract* es una expresión coloquial que se refiere a diversas modalidades de trabajo flexible -*flexible working arrangements*- que han proliferado especialmente en Reino Unido al amparo de una legislación laboral muy poco incisiva, característica de los sistemas de *common law*. En general, con esta expresión se hace referencia a una forma de trabajo asalariado en la que el trabajador no tiene garantizada su ocupación efectiva y sin embargo permanece disponible para prestar servicios cuando el empresario lo necesite. Sobre esta modalidad de trabajo, y su incidencia reciente en Reino Unido, véase Lang, C., Schömann, I. y Clauwaert, S. “Atypical forms of employment contracts in times of crisis”, *ETUI Working Paper*, 3 (2013) 18-20, Brinkley, I., *Flexibility or insecurity? Exploring the rise in zero hours contracts*, The Work Foundation-Lancaster University, August (2013) 10-14 y Pyper, D. y McGuinness, F., *Zero-hours contracts*, Standard Note SN/BT/6553, House of Commons Library, (2014) 1-19.

el convenio colectivo establezca un límite de horas complementarias inferior al legal, o que introduzca un plazo de preaviso. De nuevo el deseo de blindar las prerrogativas que la ley confiere a los empresarios conduce a un reforzamiento del carácter imperativo de la regulación, que acaba ocupando terrenos que podrían ser propios de la negociación colectiva.

4. GARANTÍAS LABORALES FRENTE A LAS HORAS COMPLEMENTARIAS

El régimen jurídico de las horas complementarias acusa un marcado desequilibrio entre la satisfacción de los intereses empresariales y los laborales. Pese a todo, se han incorporado algunos elementos cualitativos mediante los que trata de ofrecer ciertas garantías o facultades a los trabajadores frente a la aplicación de los regímenes de horas complementarias. Si tales garantías son capaces de reequilibrar la balanza entre flexibilidad y seguridad en el marco de las horas complementarias se verá a continuación.

4.1. Prohibición de las horas complementarias en contratos con microjornada

Algunas características del actual sistema productivo, como la fuerte competitividad en un entorno globalizado o la inestabilidad de la demanda, explican la proliferación del trabajo atípico en los mercados laborales occidentales. La Unión Europea ha mostrado desde hace tiempo su preocupación por estas formas de trabajo, habiendo elaborado varias directivas sobre el trabajo a tiempo parcial, contratos temporales, o trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal²⁹. Sin embargo, una de las características del trabajo atípico es su versatilidad, hasta el punto de que más allá de las formas de trabajo atípico convencionales, como la contratación temporal o a tiempo parcial, están emergiendo otras fórmulas de trabajo no estándar, como los contratos a cero horas o el trabajo a llamada, que plantean desafíos no resueltos respecto a la protección de los derechos laborales. Partiendo de esta situación, a nivel teórico ya se ha propuesto una distinción entre trabajo atípico y trabajo muy atípico, para llamar la atención sobre un grado más profundo de precariedad laboral que se produce dentro de la legalidad y se caracteriza

²⁹ Directivas 1997/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, 1999/70/CE del Consejo; de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada; y 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

por condiciones de trabajo más flexibles, menos costosas y dotadas de menor protección, o bien por la acumulación de varios elementos convencionales de precariedad en una única relación laboral³⁰.

Los trabajadores contratados bajo modalidades contractuales muy atípicas se encuentran en una situación especialmente vulnerable respecto a los riesgos asociados al trabajo no estándar, que pueden resumirse en un difícil acceso a la formación, salarios muy bajos, escasa protección social, nulas perspectivas de desarrollar una carrera profesional, y una vida laboral construida a base de tránsitos entre diferentes formas de trabajo atípico y periodos de desempleo. Por ello deberían contar con medidas especiales de protección que les permitiesen ejercitar sus derechos laborales, aunque sea en el marco de formas de trabajo muy poco convencionales.

Los contratos a tiempo parcial con una jornada inferior a diez horas de trabajo semanal se consideran comprendidos en el concepto de trabajo muy atípico³¹. En estos contratos se acentúan algunas de las tendencias observadas en la práctica sustantiva del trabajo a tiempo parcial. Así, por regla general son contratos que afectan en mayor medida a los jóvenes, aunque también a los trabajadores con edades próximas a la jubilación, suelen darse en puestos de trabajo no cualificados del sector agrícola, hostelero o de la construcción, y en muchos casos se desarrollan en franjas horarias o semanales inconvenientes.

La última reforma del trabajo a tiempo parcial ha tenido en cuenta la especial vulnerabilidad de los trabajadores con micro-jornada a la hora de regular el régimen de las horas complementarias. Con el ánimo de protegerles frente a la disponibilidad que comportan las horas complementarias, y de evitar una acumulación excesiva de elementos de precariedad laboral, se prohíbe la aplicación de cualquier régimen de horas complementarias –tanto pactadas como propias del contrato indefinido– en los contratos cuya jornada sea inferior a diez horas semanales en cómputo anual (art. 12.5.b) y g) ET). La medida debe ser bien recibida por su sesgo protector y porque contribuye a poner de relieve la diversidad de situaciones, muy dispares entre sí, que comprende el trabajo a tiempo parcial, y que, sin embargo, suelen ser objeto

³⁰ El concepto de trabajo muy atípico se ha desarrollado principalmente en los dos siguientes informes de Eurofound: Broughton, A., Biletta, I. y Kullander, M., *Flexible forms of work: 'very atypical' contractual arrangements*, Eurofound (2010) y Riso, S., *Very atypical work: Exploratory analysis of fourth European Working Conditions Survey - Background paper*, Eurofound (2010). Sobre este concepto, véase también Giubboni, S., Caldarini, C. y McKay, S., "The 'place' of atypical work in the European social security coordination: A transnational comparative analysis (Belgium, France, Germany, Italy, Slovenia, Spain, Sweden, United Kingdom)", *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes*, 2 (2014).

³¹ Broughton, A., Biletta, I. y Kullander, M., *Flexible forms of work: 'very atypical' contractual arrangements*, cit. y Riso, S., *Very atypical work: Exploratory analysis of fourth European Working Conditions Survey - Background paper*, cit., 7-10.

de un tratamiento jurídico homogéneo. Pero precisamente, una vez demostrada esa sensibilidad frente al trabajo muy atípico, el legislador debería haber sido más exhaustivo.

Los mismos estudios que califican a los contratos a tiempo parcial de menos de diez horas como formas de trabajo muy atípicas, extienden dicha calificación a los contratos temporales con una duración de seis meses o inferior³². No obstante, en estos supuestos el ordenamiento no prohíbe el pacto de horas complementarias. Es cierto que en los contratos a tiempo parcial de muy corta duración –hasta tres meses aproximadamente–, la jornada ordinaria difícilmente alcance las diez horas semanales de promedio en cómputo anual, de modo que, según una interpretación literal de la norma, no cabría la suscripción del pacto de horas complementarias (arts. 12.5.b) ET)³³. Pero conforme se va ampliando la duración del contrato dicha posibilidad se va reduciendo y el trabajador queda desprotegido ante la introducción de un nuevo elemento de precariedad laboral que se suma a la parcialidad y la temporalidad. Por ello, hubiera sido deseable que la prohibición de suscripción del pacto de horas complementarias se extendiese a los contratos temporales de duración inferior a seis meses.

4.2. Voluntariedad en la realización de las horas complementarias

Ya desde su Exposición de Motivos, el Real Decreto-ley 16/2013 se empeña en enfatizar la voluntariedad de las horas complementarias vinculadas a los contratos indefinidos, refiriéndose a ellas como horas complementarias “voluntarias” frente a las “pactadas”. Y es que en el contrato indefinido, la voluntariedad asume el papel de contrapeso frente a la fuerte carga de disponibilidad que por mandato legal imperativo se inserta en la relación laboral, y respecto a la cual no hay un consentimiento expreso y separado del trabajador, como sucedía en la regulación anterior.

En el presente trabajo, sin embargo, se ha optado por no recoger la denominación propuesta por el legislador³⁴, por dos razones. En primer lugar, porque si la voluntariedad se refiere a la concurrencia de consentimiento del trabajador, los dos tipos de horas son voluntarias, solo que el consentimiento

³² Broughton, A., Biletta, I. y Kullander, M., *Flexible forms of work: ‘very atypical’ contractual arrangements*, cit. y Riso, S., *Very atypical work: Exploratory analysis of fourth European Working Conditions Survey - Background paper*, cit., 11-13.

³³ Se inclina por una interpretación opuesta, basada en la intención del legislador, Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social”, cit.

³⁴ Critica la denominación de las horas complementarias “de aceptación voluntaria”, Miñarro Yanini, M., “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”, *RL*, 3 (2014) 46, 48.

se manifiesta en diferentes momentos. Mientras que en las pactadas la voluntad del trabajador se expresa una única vez, al suscribir el pacto de horas complementarias, que a partir de ahí vincula en virtud del principio *pacta sunt servanda*, en las horas propias del contrato indefinido la prestación o no del consentimiento se produce ante cada oferta empresarial. Y, en segundo lugar, porque si la voluntariedad se refiere a la libertad de decisión del trabajador, como pretende la norma, hay poderosas razones para dudar de la efectiva concurrencia de la misma.

Pero antes de escrutar la pretendida voluntariedad de las horas complementarias propias del contrato por tiempo indefinido, es preciso hacer una serie de consideraciones respecto a la voluntariedad/obligatoriedad de las horas complementarias pactadas.

4.2.1. Elementos de voluntariedad/obligatoriedad en torno al pacto de horas complementarias

Como todo producto de la autonomía individual, el pacto de horas complementarias nace de un acto caracterizado por la concurrencia libre y voluntaria del consentimiento de las partes. Ahora bien, el examen de los elementos de voluntariedad/obligatoriedad que surgen en torno a dicho pacto no puede pasar por alto la reciente posibilidad de suscribir pactos de horas complementarias en los contratos temporales. Cabe esperar que cuanto más precario sea el vínculo contractual, menor peso tenga la libre voluntad del trabajador en la suscripción del pacto. Sin duda, en los contratos temporales la decisión del trabajador de aceptar o rehusar el pacto de horas complementarias estará influida por el temor a que el contrato no se prorrogue, o a no ser nuevamente contratado tras su extinción³⁵. Asimismo tampoco confiar en que el consentimiento se exprese con plena libertad en el contexto de otras modalidades contractuales no estrictamente temporales, pero caracterizadas por una profunda precariedad, como el contrato de apoyo a los emprendedores, que a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2013 puede suscribirse a tiempo parcial.

Una vez que las partes han concluido el pacto de horas complementarias, la voluntariedad es sustituida por la obligatoriedad, pues el empresario adquiere la facultad de exigir las horas y el trabajador de someterse a dicha exigencia, so pena de ser sancionado de forma disciplinaria. Los dos únicos supuestos en los que el trabajador podría verse relevado de su obligación son el incumplimiento de los requisitos que rodean la exigencia de las horas complementarias y la renuncia al pacto.

El régimen vigente con anterioridad ya preveía que la negativa del trabajador a realizar horas complementarias no constituiría conducta laboral sanciona-

³⁵ Miñarro Yanini, M., “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”, cit., 47.

ble cuando se incumpliesen los requisitos legales y, en su caso, las disposiciones establecidas en los convenios colectivos de aplicación (artículo 12.5.h) ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013). La nueva regulación mantiene en esencia esta regla, pero con un matiz que no debe ser desatendido, y es que desaparece la referencia al régimen convencional (artículo 12.5.f) ET). Pese a esta omisión, no cabe duda de que el rechazo a realizar horas complementarias exigidas con vulneración de los requisitos convencionales –por ejemplo, superando los porcentajes máximos previstos en el convenio, o sin respetar el plazo de preaviso convencional- no resulta sancionable, pues el trabajador no está obligado a obedecer órdenes ilegítimas³⁶. Por ello, la omisión al régimen de horas complementarias que el convenio pueda establecer debe interpretarse como una manifestación más del deseo del legislador de que la intervención de la negociación colectiva en esta materia sea mínima, y no vaya más allá de los asuntos en los que la ley reenvía al convenio con una clara intención liberalizadora.

La renuncia al pacto de horas complementarias no se ha modificado, a pesar de que diversos elementos de la reforma incrementan la disponibilidad de los trabajadores a tiempo parcial sujetos al pacto –piénsese, entre otros, en la reducción del preaviso, la ampliación del porcentaje máximo legal de horas complementarias pactadas y la posibilidad de que éstas se acumulen a las propias del contrato indefinido-. En un escenario de extensas posibilidades de uso y gestión empresarial del tiempo de trabajo complementario hubiera sido razonable dar asimismo al trabajador mayor libertad para desvincularse del pacto suscrito. Más que la ampliación de las causas tasadas de renuncia, sin duda demasiado restrictivas, parecía aconsejable dar validez a la renuncia *ad nutum*, probablemente en conjunción con un preaviso más largo, equilibrando así las facultades conferidas a las partes. Sin embargo, la flexibilidad que el legislador aplica con generosidad cuando se trata de favorecer el interés empresarial se torna en rigidez cuando los intereses merecedores de atención son los de los trabajadores a tiempo parcial.

Además de la concurrencia de causa y de un preaviso de quince días, la renuncia al pacto de horas complementarias precisa que haya transcurrido un año desde su suscripción (artículo 12.5.e) ET). Este requisito, que puede tener cierta coherencia en un sistema de horas complementarias asociado al contrato indefinido, no se ajusta al actual panorama en el que las horas complementarias pueden pactarse en los contratos temporales. Si el contrato es inferior a un año, el trabajador temporal simplemente no tendrá ninguna posibilidad de renunciar al compromiso adquirido durante toda su relación laboral, aunque concurran causas muy justificadas incompatibles con la disponibilidad derivada de las horas complementarias –por ejemplo, la suscripción de otro contrato de traba-

³⁶ En el mismo sentido, Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social”, cit.

jo, o la hospitalización de un hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave-. Parece claro que la normativa vigente está privando al trabajador temporal a tiempo parcial de su capacidad para hacer efectivo el ejercicio de ciertos derechos de conciliación, formación o acceso a otro empleo, situándole a las puertas de la extinción voluntaria de la relación laboral, con la consiguiente pérdida de la posibilidad de acceder a prestaciones por desempleo.

Pero incluso si la duración del contrato es superior a un año, cabe preguntarse si el blindaje del pacto de horas complementarias durante un año es proporcional respecto a la duración de la relación laboral, o resulta abusivo.

4.2.2. Voluntariedad en el ajuste continuo de las horas complementarias en el contrato indefinido

Como se ha apuntado, donde el legislador de urgencia pretende introducir importantes elementos de voluntariedad es en las horas complementarias vinculadas al contrato indefinido. La posibilidad de que las partes del contrato lleven a cabo un ajuste continuo de la duración de la jornada a las necesidades productivas en virtud de múltiples acuerdos *ad hoc* no había sido contemplada hasta ahora por el ordenamiento laboral, aunque sí ha tenido incidencia en otros ordenamientos de nuestro entorno. En la sentencia *Wippel*³⁷ el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas examinó la adecuación al Derecho comunitario de un contrato a tiempo parcial en el que la entera duración de la jornada semanal y la distribución del tiempo de trabajo no estaban establecidas de antemano, sino que dependían de la carga de trabajo y debían determinarse caso por caso, siendo libre la trabajadora de aceptar o rechazar cada trabajo propuesto. Precisamente, la concurrencia de esa libertad de decisión frente a cada oferta empresarial llevó al Tribunal a entender que la situación de los trabajadores a tiempo parcial –en su práctica totalidad mujeres- no era comparable con la de los trabajadores a tiempo completo, que si bien gozaban de mayor seguridad jurídica respecto a la duración y distribución de su jornada, estaban sujetos a la obligación de prestar servicios, sin poder eludirla. Al no haber un término válido de comparación se desechó que los trabajadores a tiempo parcial recibiesen un trato menos favorable que quienes trabajaban a tiempo completo o que fuesen objeto de una discriminación indirecta por razón de sexo³⁸.

³⁷ STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto C-313/02.

³⁸ En su fallo, la sentencia declara esta modalidad contractual acorde con la cláusula 4 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, y con los artículos 2.1 y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Sobre el razonamiento circular de esta sentencia, véase Militello, M., “Lavoro e/o tutele secondo il fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT*, 42 (2005) 14-23.

La sentencia *Wippel* aleja del régimen de las horas complementarias del contrato indefinido cualquier sospecha de vulneración del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial. No obstante, es posible hacer algunas consideraciones de orden práctico sobre la libertad para aceptar o rechazar la oferta de horas complementarias, ya que las normas jurídicas no operan en el vacío, sino que nacen para ser aplicadas en contextos sociales concretos.

Por regla general, en España el trabajo a tiempo parcial es involuntario, es decir, la mayor parte de las personas que trabajan a tiempo parcial quisieran tener un empleo a tiempo completo, pero no lo han logrado³⁹. Las horas complementarias del contrato indefinido se adaptan mejor al perfil de este trabajador, supuestamente dispuesto a trabajar más, que al de quien elige el trabajo a tiempo parcial para compatibilizar su prestación laboral con otras actividades. Sin embargo, el trabajador que incrementa su jornada con horas complementarias no deja de ser un trabajador a tiempo parcial, y aunque su jornada efectiva se acerque a la de los trabajadores a tiempo completo, no es probable que se produzca el tránsito hacia el trabajo típico, a la vista de las extensas posibilidades de ajuste en la gestión de los recursos humanos y en los costes laborales que ofrecen las horas complementarias. Paradójicamente, pues, el régimen de horas complementarias establecido por el Real Decreto-ley 16/2013 contribuye a aproximar a trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo por lo que se refiere a la duración de su jornada, pero los aleja tajantemente si se atiende al conjunto de derechos y obligaciones que ambos asumen en virtud de sus respectivas relaciones laborales. De este modo, se consolida la tendencia del mercado laboral español hacia el estancamiento de los trabajadores en el trabajo a tiempo parcial involuntario⁴⁰, con las consecuencias negativas que ello puede acarrear a medio y largo plazo⁴¹.

Por otro lado, la tasa de paro en España en el último trimestre de 2013 -fecha de publicación de la reforma laboral que se está comentándose situaba en un 26,03%⁴². En semejante contexto no es posible hablar en sentido riguroso de “aceptación voluntaria” del trabajador de la oferta de horas complementarias. Es obvio, y no requiere grandes explicaciones, que

³⁹ Así lo advierte la OCDE, *Society at a glance 2014: OECD social indicators*, OECD (2014) 98, 99.

⁴⁰ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, E., “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”, cit., 10.

⁴¹ Para una descripción de las mismas, puede consultarse Ashiagbor, D., “The European Employment Strategy and the regulation of part-time work”, *Employment Policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union. A comparative Analysis*, Sciarra, S., Davies, P. y Freedland, M. (eds.). Cambridge University Press (2004) 59-61.

⁴² Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta de Población Activa*, <http://www.ine.es>.

su libertad de decisión estará seriamente limitada y condicionada por el temor a resultar perjudicado por la no aceptación. Y aunque el Estatuto de los Trabajadores prohíbe la imposición de sanciones disciplinarias a causa del rechazo de las horas complementarias propuestas, tal protección no alcanza a otras consecuencias negativas que pueden derivarse del ejercicio legítimo del poder organizativo del empresario. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de quedar relegado frente a otros compañeros en futuras ofertas de trabajo complementario, o no ser elegido para ocupar un puesto de trabajo a jornada completa, o ser objeto de una medida de movilidad geográfica o de modificación sustancial de las condiciones de trabajo mediante las que se busca una mejor ordenación de los recursos humanos atendiendo a la productividad demostrada, o ser seleccionado frente a otros trabajadores más productivos para formar parte de un expediente de regulación de empleo. Además, en las empresas con una organización empresarial horizontal, la negativa a realizar horas complementarias puede ser interpretada como una falta de compromiso o de implicación del trabajador en los fines empresariales.

La libertad para aceptar o rechazar las horas complementarias propias del contrato indefinido tampoco es igual durante toda la relación laboral. Así, dicha libertad será muy reducida durante el periodo de prueba. Y a este respecto hay que referirse otra vez al contrato indefinido de apoyo a los emprendedores suscrito a tiempo parcial. En este caso, la aceptación de las horas complementarias ofrecidas por el empresario durante el largo periodo de prueba de un año de duración no puede calificarse con rigor de voluntaria.

Por último, hay que decir que, en términos comparativos, el régimen de horas complementarias asociado al contrato indefinido es tanto o más vinculante que el pacto de horas complementarias. Y ello porque aparte de la disponibilidad que tiñe el tiempo de no trabajo de la incertidumbre respecto a la ejecución de una eventual prestación laboral, el trabajador indefinido asume, sin poder evitarlo, una disponibilidad personal que le obliga a recibir las ofertas empresariales de trabajo complementario, y a contestarlas en sentido positivo o negativo. En el régimen jurídico de las horas complementarias pactadas ambos tipos de disponibilidad pueden excluirse de una sola vez con la negativa a suscribir el pacto. En cambio, el trabajador con contrato indefinido no puede eludir la sujeción a requerimientos empresariales, cuya reiteración puede reducir de hecho su libertad para rechazar la realización de horas complementarias. Desde que la solicitud empresarial de las horas complementarias se integra en la estructura legal del contrato a tiempo parcial, se pierde la posibilidad de excluir de una vez por todas el recurso a las horas complementarias.

4.3. El registro diario de las horas complementarias

La última medida orientada a la protección los derechos de los trabajadores a tiempo parcial pretende instaurar un mayor control respecto al cómputo de la jornada ordinaria y complementaria.

Para ello, se obliga al empresario a llevar un registro de jornada diario en el que se plasmen las horas ordinarias y complementarias realizadas, entregando al trabajador cada mes, junto con su recibo de salarios, una copia del resumen mensual relativo a su jornada. Se añade la obligación de conservar los resúmenes mensuales durante al menos cuatro años, con la evidente intención de que puedan ser objeto de control por la autoridad laboral y, en su caso, judicial. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones conduce a la presunción de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, salvo que se pruebe el carácter parcial de los servicios (artículo 12.5.h) ET).

De nuevo parece que la experiencia de la aplicación de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial ha dejado su huella, ya que el Estatuto impone una obligación similar relativa al registro de las horas extraordinarias (artículo 35.5 ET).

La introducción de esta medida ha de ser valorada positivamente, ya que en ciertos ámbitos los excesos de trabajo no retribuidos sobre la jornada pactada son muy frecuentes, y no cabe duda de que tanto la nueva obligación como su consecuencia jurídica suponen, cuando menos, un obstáculo para este tipo de prácticas⁴³. Además, hay que tener en cuenta que tras la reforma la cantidad de horas complementarias puede ser mayor, especialmente en los contratos indefinidos, donde a las horas complementarias propias del contrato pueden sumarse las pactadas. Por eso, es de esperar que algunos contratos a tiempo parcial tengan jornadas globales solo ligeramente inferiores a los contratos a tiempo completo. En esos casos, el registro diario de la jornada y su resumen mensual funcionan como un importante medio para controlar que no se traspase, ni siquiera circunstancialmente, la delgada línea que separa el trabajo a tiempo parcial del trabajo a tiempo completo, o para detectar trabajo a tiempo completo encubierto.

Además, la obligación de registro diario de las horas ordinarias y complementarias es muy relevante cuando concurren otros mecanismos de gestión flexible del tiempo de trabajo, como la distribución irregular de la jornada ordinaria. Un adecuado respeto de los derechos de los trabajadores y una correcta gestión empresarial exige el cómputo diario de las horas de trabajo y la imputación de tales horas, cuando exceden del horario pactado, a

⁴³ Lousada Arochena, J. F., “La reforma de la regulación contractual del trabajo a tiempo parcial según el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre”, *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, 162 (2014) 136.

la jornada ordinaria o a las horas complementarias. La identificación en este sentido del trabajo prestado es fundamental para garantizar la regularización de la jornada ordinaria en el periodo que se haya establecido, y para no excederse de la cantidad pactada y/o legal de horas complementarias. De hecho, y con la misma finalidad, en el caso de contratos indefinidos con horas complementarias pactadas habría que identificar qué horas se han realizado como consecuencia del pacto, y qué horas proceden de la aceptación voluntaria de la oferta empresarial.

Por último, dicha identificación es esencial a efectos retributivos, pues si bien la distribución irregular de la jornada no suele alterar el salario mensual del trabajador, ya que en términos globales la duración de la jornada pactada no varía, las horas complementarias son un instrumento que incide sobre la duración de la jornada –y solo secundariamente sobre su distribución–, de modo que han de ser inmediatamente retribuidas⁴⁴. Sin duda, esta es la intención de la ley cuando obliga a entregar mensualmente, junto con el recibo de salarios, el resumen de las horas ordinarias y complementarias realizadas en el mes anterior. De esta manera el trabajador puede comprobar de inmediato si las horas complementarias realizadas han sido pagadas.

5. LA GESTIÓN FLEXIBLE DE LA JORNADA A TIEMPO PARCIAL

5.1. La distribución irregular de la jornada ordinaria

Al margen de las horas complementarias, la jornada ordinaria de los contratos a tiempo parcial también puede ser gestionada de forma flexible.

Las reglas generales de distribución irregular de la jornada previstas en el Estatuto de los Trabajadores, y pensadas con referencia al trabajo a tiempo completo, son aplicables sin modulaciones a los trabajadores a tiempo parcial (artículo 34.2 ET). Pero su proyección sobre éstos provoca una disponibilidad mayor que la que afecta a los trabajadores a tiempo completo, simplemente porque el tiempo de no trabajo del trabajador a tiempo parcial –esto es, aquél que no integra ni la jornada ni los descansos– es más extenso que el del trabajador a tiempo completo, y sin embargo, queda afectado en su totalidad por la posibilidad de alteración de horarios de trabajo como consecuencia de la distribución irregular⁴⁵.

⁴⁴ Por eso son contrarias a la ley las disposiciones convencionales que prevén la posibilidad de compensar las horas complementarias con tiempo de descanso retribuido. Véase, como ejemplo de este tipo de cláusulas, el artículo 21.7 del Convenio colectivo de KFC Restaurants Spain, S.L., B.O.E. de 6 de junio de 2014.

⁴⁵ Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, cit., 102, 103.

Eso sí, la ley mantiene una exigencia de seguridad jurídica a favor de los trabajadores a tiempo parcial, ya que en el contrato deberá figurar el número de horas ordinarias de trabajo contratadas al día, a la semana, al mes o al año, así como su distribución, añadiendo el Real Decreto-ley 16/2013, “según lo previsto en el convenio colectivo” (artículo 12.4.a) ET). Si antes de la reforma la necesidad de hacer constar la distribución de la jornada ya había sido objeto de una interpretación laxa, la actual remisión al convenio colectivo parece confirmar este criterio, de modo que para cumplir la normativa bastaría con reproducir en el contrato de trabajo las pautas convencionales⁴⁶. El valor conferido a este contenido necesario del contrato a tiempo parcial, cuya relevancia es seguramente informativa, es tal que la ausencia de los mencionados datos conduce a la presunción *iuris tantum* de que el contrato se ha celebrado a jornada completa.

Por consiguiente, el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de empresa, establecerán las normas de distribución irregular de la jornada a tiempo parcial, o simplemente, enunciarán unas reglas generales aplicables con independencia de la modalidad contractual. Lo más probable es que esta regulación se lleve a cabo a nivel de empresa, pues el convenio colectivo empresarial tiene prioridad aplicativa respecto a la distribución irregular de la jornada, y también es posible el descuelgue del convenio sectorial en esta materia, si concurren los requisitos legales (artículo 84.2.c) y 82.3.b) ET)⁴⁷.

En defecto de pacto, el empresario podrá distribuir de forma irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada ordinaria del trabajador a tiempo parcial. No obstante, una lectura de esta regla a la luz del principio de proporcionalidad como garante de la igualdad efectiva entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, puede llevar a concluir que dicho porcentaje debería aplicarse a los trabajadores a tiempo parcial en proporción a la jornada ordinaria contratada⁴⁸. Con ello se reduciría en cierta medida la disponibilidad que pesa sobre los trabajadores a tiempo parcial como resultado de la distribución irregular de la jornada.

En cuanto su colocación, la jornada irregular está sujeta a las reglas sobre descansos mínimos diario y semanal del Estatuto de los Trabajadores (artículos 34.2 y 37.1 ET). También hay que tener en cuenta el tope de jornada máxima

⁴⁶ Véase al respecto Martínez Yáñez, N. M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra (2011) 137-142 y, en sentido crítico con la reforma, Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social”, cit.

⁴⁷ En todo caso, no cabe menospreciar la relevancia práctica del convenio sectorial en un sistema productivo dominado por pequeñas empresas y micro empresas (Cruz Villalón, J., “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *RL*, 12 (2013) 209-211).

⁴⁸ Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, cit., 101, 102.

diaria de nueve horas, que sin embargo, es dispositivo por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo de empresa. Todos estos límites operan frente a la jornada total del trabajador a tiempo parcial, sin distinción entre horas ordinarias y horas complementarias.-

Los posibles perjuicios ocasionados a los trabajadores a tiempo parcial por la aplicación de unos topes únicos de jornada máxima y distribución del tiempo de trabajo pensados a medida de los trabajadores a tiempo completo, fueron examinados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Wippel*. Pero, sin apenas razonamiento jurídico previo, el Tribunal concluyó que este proceder no conlleva un tratamiento menos favorable de los trabajadores a tiempo parcial frente a quienes trabajan a tiempo completo, por lo que no vulnera las cláusulas de no discriminación establecidas en las Directivas 97/81 y 76/207⁴⁹.

En el ordenamiento interno, el único límite adicional a la distribución irregular que opera en el trabajo a tiempo parcial se refiere a los supuestos en que la jornada diaria sea inferior a la jornada de los trabajadores a tiempo completo y se realice de forma partida. En tal caso, solo será posible efectuar una única interrupción, salvo que disponga otra cosa el convenio colectivo (artículo 12.4.b) ET). También aquí la anterior referencia al convenio colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior, es sustituida por una llamada en abstracto al convenio, con la intención de favorecer la regulación de esta cuestión a nivel de empresa. Pero en este nivel de negociación el interés empresarial puede presionar con mayor fuerza a favor de interrumpir en más de una ocasión la jornada diaria, y la fuerza negociadora de los representantes de los trabajadores puede ser menor por diversas razones. Por consiguiente, la actual regulación es en este punto menos garantista que la anterior.

Por lo demás, la gestión de la distribución irregular de la jornada ordinaria a tiempo parcial también se sujeta a las reglas de preaviso y de compensación de los excesos y defectos de jornada establecidas con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores.

El preaviso mínimo de cinco días para conocer el día y hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular contrasta con el preaviso legal de tres días para las horas complementarias pactadas, o con la inexistencia de preaviso respecto a las horas complementarias derivadas del contrato indefinido⁵⁰. No obstante, hay que llamar la atención sobre el hecho de que en la distribución irregular de la jornada el preaviso, tal y como ha sido definido en la ley, solo opera respecto a los incrementos de jornada, pero no frente a

⁴⁹ Apartados 48 a 51 de la STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto C-313/02.

⁵⁰ Se muestra muy crítico con estas diferencias Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial y reducciones de jornada: delimitación de supuestos y consiguientes efectos jurídicos, en especial en materia de Seguridad Social”, cit.

los descansos compensatorios. Motivos de seguridad jurídica y de un mejor aprovechamiento por parte del trabajador –sea a tiempo parcial o a tiempo completo- de sus momentos de no trabajo exigen que también deba respetarse un plazo de preaviso similar al legal para la notificación del día y hora de disfrute de los descansos compensatorios. El convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de empresa, deberían velar por el establecimiento de este tipo de garantías.

En cuanto a la compensación de excesos y defectos de jornada, el Estatuto de los Trabajadores ha mostrado tradicionalmente su inclinación por el periodo anual. Así se aprecia en la regla sobre jornada máxima semanal, concebida como un promedio en cómputo anual, o en la facultad conferida a la autonomía colectiva y, en su defecto, al empresario para distribuir irregularmente la jornada “a lo largo del año” (artículo 34.1 y 2 ET).

Sin embargo, estas normas no son conformes con la Directiva sobre tiempo de trabajo⁵¹, que, como regla general, concede a los Estados la facultad para establecer periodos de referencia que no excedan de cuatro meses de duración (artículo 16.b) de la Directiva 2003/88/CE). Es cierto que la Directiva contempla numerosas excepciones a dicha regla general, vinculadas a sectores o profesiones concretas, o bien a la capacidad de decisión atribuida a la negociación colectiva nacional o regional (artículos 17 y 18 de la Directiva 2003/88/CE). Pero en tales casos el periodo de referencia no podría ser superior a seis meses (artículo 19 de la Directiva 2003/88/CE).

Y también es cierto que, por otro lado, se atribuye a los Estados la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos establezcan periodos de referencia más amplios, pero en ningún caso superiores a doce meses (artículo 19 de la Directiva 2003/88/CE).

Por tanto, la imposición por parte del Estado español, a través de la ley y de forma incondicionada, de un periodo de referencia anual, no se ajusta a ninguna de estas excepciones y tampoco a la regla general⁵².

Ahora bien, esta situación de conflicto con el Derecho de la Unión Europea se ha complicado y agravado tras la reforma de la distribución irregular de la jornada acometida por el Real Decreto 16/2013 (artículo 1). Así, tras determinar que la compensación de los excesos y defectos de jornada derivados de la distribución irregular se regulará según lo dispuesto en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo de empresa, se añade una regla supletoria a tenor de la cual las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan

⁵¹ Directiva 2003/88/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

⁵² Martínez Yáñez, N. M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, cit., 363-370.

(artículo 34.2 ET). El legislador no solo insiste en establecer como regla supletoria legal un periodo de referencia anual, sino que parece querer atribuir a la autonomía colectiva la capacidad de determinar periodos de referencia más amplios. Es evidente la contradicción de esta interpretación con la Directiva sobre tiempo de trabajo que, siendo una norma de seguridad y salud, excluye por completo los periodos de referencia superiores al año.

Pero además, una interpretación semejante supondría rebasar la regla estatutaria de jornada máxima legal, enunciada dentro de los parámetros semanal y anual (artículo 34.1 ET). Y añadiría un nuevo factor de complejidad en la identificación del trabajador a tiempo parcial, pues éste podría trabajar durante el año tantas horas como un trabajador a tiempo completo, si el disfrute de los descansos compensatorios quedase diferido, en todo o en parte, para la siguiente anualidad. Tal resultado no es conforme ni con la definición europea de trabajador a tiempo parcial, ni con el concepto estatutario de trabajo a tiempo parcial, pues en ambos supuestos la confrontación entre las horas trabajadas por el trabajador a tiempo parcial y el trabajador a tiempo completo comparable se produce en un marco temporal máximo de un año (artículo 12.1 ET y cláusula 3 de la Directiva 97/81/CE).

Por todas estas razones, es preciso descartar la interpretación según la cual el nuevo párrafo introducido por el Real Decreto-ley 16/2011 autoriza a la autonomía colectiva a instaurar periodos de referencia superiores al anual para compensar los excesos y defectos de horas derivados de la distribución irregular de la jornada.

Las consideraciones hechas hasta aquí muestran que no resulta fácil proteger al trabajador a tiempo parcial de la gestión extremadamente flexible de su jornada ordinaria que permite el ordenamiento. Hubiera hecho falta que la ley incorporase criterios para atemperar la aplicación de las reglas generales de distribución irregular cuando éstas operasen sobre el trabajo a tiempo parcial.

Pero en ausencia de tales disposiciones, los convenios colectivos pueden mitigar los efectos de una excesiva flexibilización, por ejemplo, acotando el número de horas –diarias o semanales- que pueden ser añadidas a la jornada ordinaria; o dejando a salvo determinados días o franjas horarias del impacto de la distribución irregular.

En todo caso, en virtud de las normas sobre prioridad aplicativa del convenio de empresa y descuelgue, las operaciones llevadas a cabo al respecto en el ámbito sectorial tendrán una eficacia vinculante debilitada. De manera que el nivel de negociación más apropiado para establecerlas es el de empresa. Si bien en él la búsqueda de una ventaja competitiva apoyada en la gestión flexible de la jornada a tiempo parcial probablemente bloquee estas pretensiones garantistas.

5.2. Acumulación de elementos de flexibilización de la jornada a tiempo parcial

Una de las cuestiones más criticadas de la reforma de 2012 del trabajo a tiempo parcial fue la falta de límites para evitar la acumulación excesiva de diversos instrumentos de flexibilización de la jornada, que en aquel momento eran las horas extraordinarias, las complementarias y la distribución irregular de la jornada ordinaria.

El retorno a la prohibición de las horas extras y al primado de las horas complementarias podría dar pie a pensar que la nueva regulación ha conjurado los excesos de una gestión extremadamente flexible de la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial, pero no es así.

El legislador revela con claridad su intención de permitir la acumulación de elementos de flexibilidad al declarar la compatibilidad entre las horas complementarias propias del contrato indefinido y las pactadas (artículo 12.5.g) ET). Seguramente de esta manera se pretenden conjugar dos sistemas de disponibilidad horaria que, dada su configuración legal y a pesar de sus similitudes, pueden servir a finalidades diferentes. La seguridad con la que cuenta el empresario respecto a la ejecución de las horas complementarias pactadas si fuese necesario, hace de ellas un instrumento más idóneo para transferir parte de los riesgos productivos a los trabajadores a tiempo parcial. Es decir, las horas complementarias pactadas pueden resultar más interesantes para afrontar momentos de incertidumbre respecto al comportamiento de la demanda, o para hacer frente a periodos de restricción de la misma, o evitando costes laborales, que para afrontar incrementos productivos. Y, por el contrario, las horas complementarias que el empresario puede ofrecer en el contrato indefinido parecen más adecuadas para responder a incrementos productivos imprevistos.

Al margen de ello, la reforma tampoco ha establecido incompatibilidades, ni limitaciones, ni siquiera reglas de acomodación, entre la distribución irregular de la jornada a tiempo parcial y las horas complementarias de cualquier tipo. Por consiguiente, es perfectamente posible la acumulación de todos estos mecanismos de gestión flexible del tiempo de trabajo, con el único tope de las reglas sobre descansos mínimos y jornada máxima.

Pese a lo cual, la gestión conjunta de la distribución irregular de la jornada y de las horas complementarias es susceptible de generar ciertas situaciones problemáticas. Aparte de la necesaria identificación de los incrementos de jornada, a efectos salariales y de cómputo, que se beneficia de la exigencia legal de registro de las horas complementarias, cabe preguntarse, por ejemplo, si el empresario puede exigir u ofrecer la realización de horas complementarias en los momentos en que la jornada ordinaria de trabajo se reduce con cargo a los descansos compensatorios. En principio, cabe esperar que los descansos

compensatorios se ubiquen en periodos de descenso de la producción, pero no se puede excluir la concurrencia de circunstancias imprevistas tanto de índole productiva como organizativa –por ejemplo, bajas, vacaciones o permisos del resto del personal–, que sugieran la prolongación de jornada del trabajador a tiempo parcial.

Parece evidente que “rellenar” los momentos de descanso compensatorio con horas complementarias invalida la función reparadora de dichos descansos y, en tal medida, atenta contra la seguridad y salud del trabajador a tiempo parcial. En consecuencia, aunque la ley no prohíbe expresamente esta posibilidad, no resulta admisible, pues los descansos compensatorios deben ser efectivos.

6. DISTRIBUCIÓN DE LAS HORAS COMPLEMENTARIAS

Las horas complementarias son un instrumento de ampliación de la jornada que, por lo tanto, incide de manera directa sobre su duración. Pero no cabe duda de que la realización de horas complementarias puede tener un efecto colateral extraordinariamente relevante en la distribución del tiempo de trabajo.

Quizás consciente de ello, con anterioridad a la reforma de 2013, el Estatuto de los Trabajadores señalaba que la distribución y forma de realización de las horas complementarias debería atenerse a lo establecido en el convenio colectivo de aplicación y en el pacto de horas complementarias (artículo 12.5.d) ET en la redacción anterior al Real Decreto-ley 16/2013). De este modo, se expresaba el deseo de que fuese la autonomía colectiva, o bien la autonomía individual en el momento de suscribir el pacto, quien asumiese la regulación de dichas cuestiones.

El Real Decreto-ley 16/2013 ha suprimido esta remisión, a fin de que la distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas pasen a formar parte del poder organizativo del empresario, sin más límites que la referencia legal –o convencional– al preaviso. La nueva redacción de la norma responde a una de las constantes que presiden las reformas laborales operadas desde el año 2012, a saber, la pretensión de reducir la intervención de la negociación colectiva –e incluso también de la autonomía individual– para ensanchar el poder unilateral del empresario. Pero en este caso hay que subrayar que la mera omisión del reenvío al convenio colectivo o al pacto individual no impide que ambos puedan seguir regulando la distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas. Ahora bien, al igual que se ha hecho notar respecto a la distribución irregular de la jornada ordinaria, hay que dejar constancia de la debilidad del convenio sectorial en esta materia, a causa de las normas sobre prioridad aplicativa del convenio de empresa y descuelgue, en relación con la distribución del tiempo de trabajo (artículo 84.2.c) y 82.3.b)

ET). Y de las escasas expectativas de conseguir una regulación garantista de las horas complementarias pactadas a nivel de empresa⁵³.

El panorama es similar respecto a las horas complementarias derivadas de la suscripción de un contrato indefinido. La ley dice que el empresario puede ofrecerlas “en cualquier momento” (artículo 12.5.g) ET). Aparte de otros significados, esta expresión también puede interpretarse como una exclusión de cualquier regla sobre distribución de estas horas complementarias. No obstante, por muy lacónica y contundente que sea la redacción del precepto – sin duda para acentuar su carácter imperativo- no hay motivo para concluir que los convenios colectivos no puedan determinar, por ejemplo, un límite de horas complementarias exigible en cierto marco temporal –diario, semanal o mensual, por ejemplo-, o prohibir la realización de horas complementarias en ciertos días o franjas horarias.

La única exigencia legal acerca de la colocación de las horas complementarias es el respeto a los topes legales sobre descansos diario, intrajornada y semanal, así como al tope de nueve horas de jornada máxima diaria, en caso de que no haya sido eliminado por pacto colectivo, y sobre jornada máxima en el trabajo nocturno (artículo 12.5.i) ET). Pero aunque el Estatuto no lo indique, no podrán realizarse horas complementarias en días de vacaciones y, si la jornada diaria es inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y se realiza de forma partida, la colocación de las horas complementarias estará sujeta a la regla legal o convencional, en su caso, sobre interrupción de la jornada a tiempo parcial (artículos 38 y 12.4.b) ET).

⁵³ El Convenio colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas, B.O.E. de 24 de febrero de 2014, limita las posibilidades de distribución de las horas complementarias a las franjas horarias, los días de la semana y los periodos en los que sea exigible la prestación de trabajo ordinario, vedando expresamente la determinación genérica de la distribución de tales horas o aquella que conlleve la disponibilidad plena del trabajador. Además, establece que las horas complementarias solo serán exigibles cuando vayan unidas al inicio o al fin de la jornada (art. 18.2). Aparte de este ejemplo de regulación garantista de la distribución de las horas complementarias, el resto de los convenios colectivos o bien no indican en esta cuestión, o bien la regulan con bastante laxitud. La mayor parte de ellos hacen depender la distribución de las horas complementarias de las necesidades productivas, sin otras condiciones, con lo que se deja un amplio margen de poder en manos del empresario. Como ejemplo de ello, puede verse el Convenio colectivo de Menzies Handling Alicante, UTE, Menzies Handling Almería, UTE, Menzies Handling Jerez, UTE y Menzies Handling Murcia, UTE, B.O.E. de 7 de enero de 2014 (art. 22.6), el Convenio colectivo de Swissport Handling Madrid UTE y Swissport Handling Lanzarote UTE, B.O.E. de 10 de febrero de 2014 (art. 22). Entre los convenios sectoriales, el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, B.O.E. de 28 de mayo de 2014, sujeta igualmente la distribución y forma de realización de las horas complementarias a “las necesidades y modificaciones reales de los servicios” (art. 19). Por otra parte, el Convenio colectivo de Essilor España, S.A., B.O.E. de 21 de marzo de 2014, establece la posibilidad de distribuir las horas complementarias “a lo largo del año natural en función de las necesidades organizativas y productivas de la empresa” (art. 19).

La ley deja en el aire la cuestión de si podría solicitarse la realización de horas complementarias en días festivos o no laborables a tenor del calendario de la empresa. Para hacer efectiva esta posibilidad sería necesario que así se advirtiese en el convenio colectivo, acuerdo de empresa, o incluso en el pacto de horas complementarias⁵⁴. De lo contrario, se trataría de una extralimitación del poder unilateral del empresario que ampliaría aún más la extensa disponibilidad que pesa sobre el trabajador a tiempo parcial, lo que no resulta admisible.

Así pues, dentro de estos contornos, la ley permite cualquier distribución de las horas complementarias conforme a parámetros propios, no necesariamente coincidentes con los parámetros de distribución fijados para la jornada ordinaria.

A partir de ahí, una distribución fuertemente irregular de las horas complementarias, combinada con la distribución irregular de la jornada ordinaria o con fórmulas de trabajo a tiempo parcial vertical, multiplica las posibilidades de gestión flexible del tiempo de trabajo.

Piénsese, por ejemplo, en la concentración vertical tanto de la jornada ordinaria como de las horas complementarias. La jornada ordinaria de los trabajadores a tiempo parcial podría concentrarse en determinados periodos del año –incluso con una jornada diaria igual a la de los trabajadores a tiempo completo–, acumulándose las horas complementarias en otros periodos en que las necesidades de la empresa sean menores o intermitentes. Durante estos últimos, el trabajador estaría sometido a un auténtico régimen de trabajo a llamada, pues, más allá del preaviso legal o convencional de las horas complementarias pactadas, desconocería los días en que debe o puede prestar servicios, la duración de su jornada –tanto la diaria como la total en ese periodo–, su horario de trabajo en caso de que fuese llamado, y su salario. Por su parte, el empresario no tendría ningún deber de exigir u ofrecer la realización de horas complementarias, y en caso de hacerlo, no está obligado a respetar ningún orden o prioridad respecto a la llamada⁵⁵.

A la vista de los sutiles límites entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial, y la amplitud que puede llegar a tener la jornada complementaria en los contratos indefinidos con pactos de horas complementarias, sería factible que un trabajador a tiempo parcial trabajase durante cinco meses el mismo número de horas diarias que un trabajador a tiempo completo, en cumplimiento de su jornada ordinaria, y que durante el resto del año el empre-

⁵⁴ De hecho, la falta de referencias claras del convenio colectivo o el pacto a la distribución de las horas complementarias ha favorecido su colocación en momentos ajenos a la jornada laboral habitual. A este respecto, véase la STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2009, rec. núm. 2274/2006.

⁵⁵ Un ejemplo de este tipo de regulación puede verse en el XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., Operadora, S. Unipersonal, B.O.E. de 22 de mayo de 2014, (Segunda Parte, art. 1).

sario pudiera ofrecerle/exigirle trabajar con cargo a las horas complementarias hasta cuatro meses y medio, si el convenio colectivo hubiese optado por los porcentajes máximos.

En este contexto es posible que los contratos de trabajo fijos periódicos sufran reformulaciones, básicamente para reducir la jornada ordinaria y poder hacer uso de las horas complementarias que, como contratos indefinidos que son, les confiere ahora el Estatuto de los Trabajadores. O bien para concluir además pactos de horas complementarias, permitiendo así al empresario un mejor ajuste de los recursos humanos en los momentos iniciales o finales de la temporada.

También es muy probable que la nueva regulación del trabajo a tiempo parcial cause un fuerte impacto sobre el trabajo fijo-discontinuo, que podría retraerse en favor de nuevos contratos a tiempo parcial con amplios márgenes de horas complementarias. Y es que, a la luz de la legislación vigente, resulta más sencillo suscribir con los trabajadores de temporada contratos a tiempo parcial indefinidos, con pactos de horas complementarias que alcancen el tope máximo, sea legal o convencional, que optar por la modalidad de fijo-discontinuo. De este modo, se evitan las reglas sobre llamamiento, que pueden dar lugar a reclamaciones laborales si no se sigue el orden establecido, no se respetan los requisitos de forma exigidos por convenio, o no se llama o se posterga a quien tenía derecho a participar en la campaña. Además, mediante el uso de las horas complementarias se puede conseguir un ajuste más exacto de la fuerza de trabajo disponible a las necesidades de cada campaña. Obviamente, todo ello se consigue a base de menoscabar los derechos de trabajadores en sectores donde la precariedad laboral tiene una fuerte presencia.

7. DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

El régimen mixto de trabajo a llamada que el trabajo a tiempo parcial asume con la nueva regulación de las horas complementarias dificulta en extremo la atención de responsabilidades personales y familiares durante el tiempo de no trabajo. La incertidumbre que comportan los regímenes de horas complementarias es incompatible con la organización de la vida personal y familiar, y ni siquiera la pretendida voluntariedad de las horas complementarias propias del contrato indefinido puede alterar esta conclusión, por las razones que ya se han expuesto.

Pero además, el nuevo régimen de trabajo a tiempo parcial puede interferir en el ejercicio de los derechos de conciliación legalmente reconocidos. La mayor parte de ellos son derechos de ausencia, es decir, conceden al trabajador la facultad de reducir en diversa medida su tiempo de trabajo para atender a las

necesidades familiares. A este esquema responden las reducciones de jornada, permisos y excedencias. La conciliación como derecho de presencia no tiene un reconocimiento firme a nivel legal. Aunque se enuncia un derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada por razones de conciliación, su ejercicio solo es posible en los términos establecidos en la negociación colectiva o en acuerdo individual con el empresario (artículo 34.8 ET). Y lamentablemente, la negociación colectiva no ha hecho un gran esfuerzo por regular fórmulas flexibles de adaptación de la jornada a las necesidades familiares, ni por defender la idea de que éstas deben pactarse individualmente en el seno de la empresa. Más allá de medidas muy consolidadas en algunos convenios colectivos, como los horarios flotantes, resulta difícil encontrar otros instrumentos más sofisticados de adaptación de la jornada por motivos familiares.

De esta breve mirada a los mecanismos de conciliación previstos en el ordenamiento se desprenden dos consecuencias importantes. Primero, que las medidas de conciliación se conciben tomando como referencia al trabajador típico, esto es, al trabajador con contrato indefinido y a jornada completa, pues solo en el contexto de semejante relación laboral tienen pleno sentido derechos como las excedencias o las reducciones de jornada. Y segundo, que los derechos de conciliación actúan sobre la duración de la jornada ordinaria, pero no alcanzan otras dimensiones de la misma, como su distribución, o bien tiempos de trabajo adicionales, de presencia o de disponibilidad que no se integran en la jornada ordinaria⁵⁶.

Estas dos consecuencias tienen una relevancia especial respecto al trabajo a tiempo parcial. Para empezar, es posible que algunas instituciones de conciliación presenten menor interés para los trabajadores a tiempo parcial. Así podría suceder con la reducción de jornada diaria para el trabajador a tiempo parcial horizontal, que cuenta ya con una jornada diaria inferior a la del trabajador a jornada completa (artículo 37.5 ET). En cambio, para el trabajador a tiempo parcial vertical la reducción de jornada diaria tiene la misma utilidad que para un trabajador a tiempo completo. De todos modos, esta institución sí podría interesar al trabajador a tiempo parcial horizontal para evitar prestar trabajo en una franja horaria comprendida dentro de su jornada ordinaria e incompatible con las responsabilidades familiares, pues la concreción horaria de la reducción corresponde al trabajador (artículo 37.6 ET).

Pero el mayor problema que plantea el ejercicio de los derechos de conciliación en el trabajo a tiempo parcial es que éste no alcanza a las horas complementarias. Es decir, si un trabajador a tiempo parcial opta por una reducción de jornada por razones de conciliación, la cuantía de la reducción se calculará

⁵⁶ A este respecto, véase la SAN núm. 74/2014, de 10 de abril, sobre la aplicación de la reducción de jornada por guarda legal a los trabajadores del transporte sujetos a tiempos de presencia.

en función de la jornada ordinaria, y la reducción deberá llevarse a cabo dentro del horario de la jornada ordinaria, sin que se tengan en cuenta las horas complementarias que podría realizar o que ya ha ejecutado, al haber suscrito un contrato indefinido o un pacto de horas complementarias. De este modo, hay una parte de su tiempo de trabajo que no computa a efectos del cálculo y del ejercicio del derecho de conciliación.

En todo caso, los derechos de conciliación que consisten en reducciones de jornada sí tienen una incidencia directa respecto a las horas complementarias, pues como éstas se calculan también en función de la jornada ordinaria, la reducción de la misma deberá determinar inmediatamente una novación del pacto de horas complementarias, a fin de rebajarlas, y/o ser tenida en cuenta para el cálculo de las horas complementarias que derivan del contrato indefinido. Incluso, en el supuesto de que la jornada reducida no alcance diez horas semanales en cómputo anual, habría que descartar el uso de horas complementarias mientras dure la reducción de jornada.

Sin embargo, aunque la cantidad de horas complementarias se ajuste a la jornada reducida, el trabajador seguirá sujeto a la estrecha disponibilidad que éstas arrojan sobre su tiempo de no trabajo. Es más, al no haber reglas específicas al respecto, es posible que el trabajador deba realizar horas complementarias en las franjas horarias en las que se aplica la reducción de jornada, haciendo inútil el ejercicio de este derecho.

En cambio, los derechos de conciliación que implican la suspensión del contrato de trabajo podrán ser ejercitados sin problemas por los trabajadores a tiempo parcial, pues al ser el pacto de horas complementarias accesorio al contrato, sigue su misma suerte.

Esta diferente incidencia de las horas complementarias sobre los derechos de conciliación que consisten en reducción o adaptación de jornada, por un lado, y los que implican la suspensión del contrato de trabajo, por otro, no es positiva, porque puede empujar al trabajador a tiempo parcial a optar por éstos últimos, pese a los riesgos que conllevan de pérdida de capacidades profesionales, derechos salariales o de protección social.

La opción legislativa a favor de un modelo de trabajo a tiempo parcial orientado a la mejora de la productividad y competitividad empresarial, y no a la conciliación de la vida laboral y familiar, es legítima. Ahora bien, lo que no resulta admisible es que las condiciones de flexibilidad atribuidas legalmente a la jornada de trabajo a tiempo parcial impidan el ejercicio de algunos derechos de conciliación que la ley reconoce a todos los trabajadores. Es precisa, por tanto, la introducción de mecanismos que maten la exigencia de las horas complementarias cuando el trabajador ejercita derechos de reducción o adaptación de la jornada, impidiendo, por ejemplo, que dichas horas se sitúen en determinadas franjas horarias, o limitando la cantidad de horas complementarias diarias.

8. CONCLUSIONES

El nuevo régimen de horas complementarias altera el anterior equilibrio entre las fuentes reguladoras. La ley se hace más fuerte e imperativa a fin de desplazar a la negociación colectiva sectorial, y los pocos espacios abiertos a la negociación deberán desarrollarse seguramente a nivel de empresa. El poder unilateral del empresario se nutre de los silencios legales y convencionales, pero sin duda, la fuente reguladora que emerge con mayor contundencia en este escenario es la autonomía individual, que adquiere una dimensión muy novedosa en el contrato por tiempo indefinido. No obstante, esta estrategia ignora una de las tradicionales funciones del Derecho del Trabajo, a tenor de la cual, la diferente fuerza negociadora de las partes del contrato hace preciso el establecimiento de garantías a fin de asegurar la libertad contractual y evitar abusos que puedan menoscabar la dignidad de los trabajadores. La regulación de las horas complementarias –las pactadas, pero especialmente las propias del contrato indefinido– vuelve a dejar a solas frente a frente a las partes de la relación laboral, como si ambas tuvieran la misma fuerza y libertad para decidir.

El Derecho del Trabajo afronta el reto de reformular sus principios para adaptarlos al sistema productivo, pero ello no puede suponer una renuncia a sus señas de identidad. Las normas sociales deben poner a disposición de los trabajadores mecanismos con suficientes garantías para que éstos puedan participar en la gestión de sus condiciones de trabajo y de su carrera laboral, en vez de ser sujeto pasivo de decisiones tomadas por los actores económicos⁵⁷. La pregunta es si la regulación de la jornada de trabajo a tiempo parcial lo consigue.

En cuanto a sus objetivos, la reforma de las horas complementarias es una manifestación más de una tendencia ya generalizada en los actuales mercados laborales que consiste en la transferencia de los riesgos productivos de la empresa a los trabajadores⁵⁸. Las bolsas de horas complementarias, ya sean pactadas o propias del contrato indefinido, actúan como amortiguador frente a las bruscas bajadas de la demanda que pueden generar costes laborales innecesarios. La adaptación de los recursos productivos a las necesidades reales de la empresa mediante este sistema no conlleva ningún coste económico para el empresario, pero a cambio de ello, el trabajador sujeto a horas complementarias ha de soportar una intensa disponibilidad e inseguridad respecto a su jornada, horario y salario. Las diversas modificaciones operadas en el régimen

⁵⁷ Schiek, D., “Re-embedding economic and social constitutionalism: Normative perspectives for the EU”, *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Schiek, D., Liebert, U. y Schneider, H., Cambridge University Press (2011) 30.

⁵⁸ Davies, A., “Regulating atypical work: beyond equality”, *Resocialising Europe in a time of crisis*, Countouris N. and Freedland, M. (eds.), Cambridge University Press (2013) 246, 247.

de horas complementarias facilitan el uso de este mecanismo y su control por el empresario, e incrementan el margen de riesgo productivo que puede trasladarse a los trabajadores.

La transferencia de riesgos permite a la empresa ser más competitiva, y por ello se espera que la nueva regulación contribuya a crear empleo, principalmente a tiempo parcial. Ahora bien, la reforma puede tener un impacto negativo sobre quienes eligen esta modalidad contractual de forma voluntaria, aunque no es éste el perfil usual del trabajador a tiempo parcial en España. También habrá que ver si, en caso de producirse, el aumento del empleo a tiempo parcial se hace a costa de empleo a tiempo completo, pues es posible que, a la vista de la mayor flexibilidad de la jornada y de la posibilidad de regular sus condiciones a nivel de empresa, algunas empresas se vean tentadas a fomentar la conversión de trabajo a tiempo completo en trabajo a tiempo parcial.

Teniendo en cuenta que la jornada a tiempo parcial puede acercarse mucho a la jornada a tiempo completo, y que la proporción de horas complementarias ahora puede ser más alta, cabe preguntarse si, al amparo de la legalidad, la reforma abre una vía para eludir la aplicación del régimen jurídico del trabajo a tiempo completo, que aporta más seguridad jurídica a los trabajadores, pero que puede implicar mayores costes económicos u organizativos. Parece que esta pregunta podría tener en términos generales una respuesta afirmativa.

Todas las razones expuestas permiten concluir que la reforma de las horas complementarias, y el nuevo trabajo a tiempo parcial que se instaura con ellas, contribuyen a una devaluación de la calidad del empleo en general, abriendo la puerta a elementos de flexibilidad muy acentuada que hasta ahora habían tenido una presencia contenida en el mercado laboral, pero que en un futuro próximo podrían generalizarse.

EL VOLUNTARIADO: DE FÓRMULA DE PARTICIPACIÓN SOCIAL A INSTRUMENTO PARA EL EMPLEO

JUANA M^a SERRANO GARCÍA

*Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Castilla La Mancha

EXTRACTO

Palabras clave: Voluntariado, trabajo no retribuido, fomento del empleo y empleo irregular

El voluntariado es una forma de participación ciudadana en la que la solidaridad y el compromiso son los valores predominantes. La actividad del voluntario tiene una vertiente comunitaria y colectiva, que va más allá del acto individual, y una dimensión política, que le otorga una importante capacidad transformadora de la sociedad.

Inicialmente, el voluntariado se desarrollaba principalmente en el área de la asistencia social con personas poco cualificadas, desde los años ochenta éste se ha ido profesionalizando y especializando. También se ha extendido un voluntariado más institucional, menos autónomo, fomentado y promovido por las Administraciones públicas, que deciden cuáles son las actividades que se financian.

Desde las distintas Administraciones interesadas –estatales y supra-estatales- se ha vinculado el voluntariado más profesionalizado a nuevas motivaciones, como la adquisición de experiencia profesional, de práctica, de formación no reglada, etc., que van más allá de la solidaridad y el compromiso con la sociedad.

La pérdida, en muchas ocasiones, por parte del trabajador voluntario de la motivación altruista y solidaria que debe presidir este tipo de relaciones de trabajo, el incremento de su profesionalización, su confusión en algunas entidades u organizaciones con el trabajo asalariado, su asimilación en determinadas circunstancias al becario, o su proximidad con otras figuras como el “colaborador social”, contribuye a aumentar las sospechas respecto del uso “perverso” que se está haciendo del voluntariado en algunos casos.

ABSTRACT

Key words: Volunteer, non-salaried work, promotion in employment and irregular employment

Volunteering is a form of participation in which solidarity and commitment are the prevailing values. The activity of the volunteer has a community and collective, slope that goes beyond individual act, and a political dimension, which gives an important transformative capacity of society.

Initially, volunteering was mainly developed in the area of social assistance with low-skilled, since the 1980s it has been professionalizing and specializing. A more institutional, less autonomous, volunteer fostered and promoted by public administrations, which decide what are the activities that are funded has also been extended.

From different administrations involved –State level and supra- has been linked more professional volunteering to new motivations, such as the acquisition of professional experience, practice, informal training, etc, that go beyond solidarity and commitment to society.

The loss, in many occasions, by the voluntary worker solidarity and altruistic motivation that must govern such relationships work, increase their professionalism, their confusion in some entities or organisations with paid work, their assimilation in certain circumstances to the fellow, or its proximity with other figures such as the “social partner”, contributes to suspicions regarding the “perverse” use being made of volunteers in some cases.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DESDE ÁMBITOS SUPRANACIONALES SE FOMENTA LA ACTIVIDAD DEL VOLUNTARIO POR RAZONES ECONÓMICAS
3. ANTECEDENTES Y CARACTERES CUANTITATIVOS DEL VOLUNTARIADO EN ESPAÑA
4. EL TRABAJO VOLUNTARIO EXCLUIDO DEL MARCO ESTATUTARIO EN DETERMINADAS CONDICIONES
5. LA FLEXIBILIDAD DE LOS ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN AL TRABAJO ASALARIADO DEBE TENERSE EN CUENTA EN EL ESTUDIO DE LAS RELACIONES DE VOLUNTARIADO
6. LOS NUEVOS INTERESES DEL VOLUNTARIADO LO ACERCAN AL TRABAJO ASALARIADO PRECARIO
7. LOS LÍMITES JURÍDICO-LABORALES DEL “COMPROMISO” ADOPTADO POR EL VOLUNTARIO
8. LA CRISIS DEL EMPLEO FAVORECE EL VOLUNTARIADO
9. EL “COLABORADOR SOCIAL” O “VOLUNTARIO FORZOSO” DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA HA SIDO REINTERPRETADO POR LA JURISPRUDENCIA
10. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El voluntariado es un fenómeno social que surge de los movimientos asociativos de ciudadanos. Desde la sociología, el trabajo social o la psicología social esta forma de participación ciudadana ha sido ampliamente analizada, elogiada, discutida y criticada. Por ello, partiendo de la realidad socio-económica en la que se desarrolla el trabajo voluntario abordaremos esta institución desde la perspectiva del Derecho del Trabajo¹.

No se trata tanto en este trabajo de profundizar en los caracteres de los diferentes modelos participativos ciudadanos, sino de comprobar en qué medida todas las actividades que se realizan bajo la etiqueta de “voluntariado” son efectivamente de carácter extra-estatutario y están fuera de las exigencias del Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, insertas en el marco de la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, en adelante, LV, o de las diferentes leyes de voluntariado de las distintas Comunidades Autónomas.

El voluntariado es un concepto relativamente moderno, con el que históricamente se identificaban formas de participación social y política de la ciudadanía. En la acción voluntaria tiene un alto peso la solidaridad y la preocupación por el bienestar colectivo y ello lleva a las personas a dedicar su tiempo y su trabajo a las buenas causas y a los demás; los valores que inspiran este compromiso pueden tener relación con creencias religiosas, con ideales de sociedad o simplemente, ser concebidos como deber moral. Ello supone que

¹ No es una perspectiva habitual de estudio de esta figura, sin perjuicio de que recientemente F. Valdés Dal-Ré haya reflexionado sobre la prestación de servicios de los voluntarios en: “El trabajo prestado en el marco del voluntariado social (I) y (II)”, *Relaciones Laborales*, nº 10 y 12, 2012; ó M.J. Romero Ródenas, “El tercer sector”, en *Manual de políticas sociolaborales*, Dir. Cabeza Pereiro y Cardona Rubert, Thomson Reuters, 2014 (en prensa). Otro trabajo, menos reciente, pero de gran profundidad realizado por un laboralista es el de: P. Belloch Sanz, *La actividad en Régimen de Voluntariado*, Aranzadi, Navarra, 2007.

existe una estrecha relación entre las preocupaciones de la ciudadanía y la expresión voluntaria en el abordaje de los mismos.

Tras la ordenación jurídica de este fenómeno social nos encontramos que los actos de colaboración gratuita se extienden por todos los ámbitos del acontecer social, yendo más allá del campo de la asistencia social. La ampliación del campo objetivo de la actividad voluntaria se debe al aumento de las organizaciones sociales orientadas a fines de interés general, que han crecido en número, en presupuesto global, en calidad y volumen de sus actividades, en presencia social, en capacidad de negociación con los poderes públicos, etc. A su vez, estos actos de colaboración han quedado inmersos en un proceso de institucionalización que ha alterado el sentido social del acto voluntario².

En el contexto social dominante se tiende a la individualización de la acción del voluntario en detrimento de su dimensión comunitaria. Ese proceso de individualización del voluntariado está estrechamente relacionado con el proceso de despolitización y encaja con una dimensión menos participativa del mismo, orientada al caso individual y a reducir los espacios de posible transformación. A juicio de los más críticos con la deriva que está teniendo el voluntariado, éste modelo de participación debería mantener la dimensión política que está perdiendo, en aras a una pretendida neutralidad o apolitismo que conduce a la pérdida de su capacidad transformadora³.

En definitiva, nos encontramos ante una acción voluntaria fragmentada e individual, aunque coordinada por las entidades, al margen de los procesos comunitarios, poco interesada en la participación en grupos y con escaso compromiso cívico⁴.

Los cambios en el voluntariado se deben fundamentalmente a la instrumentalización que está sufriendo por parte del Estado, perdiendo su autonomía social y política y alterando su sentido social, convirtiéndose en un ejemplo

² A. Madrid, *La institución del voluntariado*, Trotta, Madrid, p.13.

³ “Profundizar en el voluntariado: los retos hasta el 2020”, Plataforma del Voluntariado de España, 2012 p.46., puede verse en: en <http://www.documentacion.edex.es/docs/1706FREpro.pdf>.

Estas alteraciones en este modelo participativo son estudiadas en profundidad por: A. Zurdo Alaguero, “El voluntariado en la encrucijada: consideraciones sobre los límites de la participación social en un contexto de individualización, despolitización e instrumentalización creciente”, *Documentación Social. Revista de estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 160, 2011.

⁴ A. García Inda advierte que ello se debe a que el voluntariado está sufriendo una alteración en consonancia con la tendencia actual a la individualización y a la mercantilización de la ciudadanía “Sobre participación, voluntariado y Servicio civil”, *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 122, 2001, p.166.

paradigmático⁵ muy criticado por la doctrina⁶.

Las alteraciones que este modelo participativo está sufriendo, ya sea, por los nuevos intereses que mueven a los voluntarios a desarrollar ese tipo de actividades, que van más allá de los mencionados en la Ley del Voluntariado, ya sea, por medidas de promoción y fomento del voluntariado por parte de la Administración, nos han llevado a plantearnos en qué medida el voluntariado más que una vía de participación social de carácter solidario se ha convertido, en parte, en un instrumento de la Administración para abaratar las obligaciones sociales del Estado⁷ a través de actividades “formalmente” voluntarias, cuya verdadera naturaleza jurídica se cuestiona ante los tribunales. No se trata en este trabajo de ir en contra de la participación ciudadana desinteresada, sino de denunciar el uso “perverso” de ésta, que tanto daña al mercado de trabajo y a la verdadera institución del voluntariado.

2. DESDE ÁMBITOS SUPRANACIONALES SE FOMENTA LA ACTIVIDAD DEL VOLUNTARIO POR RAZONES ECONÓMICAS

Tanto informes de la Organización Internacional del Trabajo⁸ (OIT) como de la Unión Europea⁹ (UE) afirman que el voluntariado representa una parte mucho más importante de la fuerza de trabajo de las naciones de lo que se piensa habitualmente e insisten en el interés que tiene para los Estados empujar y fomentar esta forma de participación para la cohesión social y económica.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) es la principal fuente de normativa sobre voluntariado a escala internacional. A través de sus informes, resoluciones, declaraciones y recomendaciones ha resaltado la contribución de la participación ciudadana al desarrollo social de cada país y ha insistido en el necesario apoyo y fomento de las acciones voluntarias por parte de los

⁵ A. García Inda, “Sobre participación, voluntariado y Servicio civil”, op. cit., p.165

⁶ A. Madrid, *La institución del voluntariado*, op. cit.45. Este autor sostiene que la institucionalización del voluntariado expresa la voluntad de conducir las actividades prestacionales voluntarias al circuito de la economía de mercado. Advierte que aunque la actividad del voluntario es gratuita, cada vez queda valorada económicamente con mayor detalle. A su juicio, la gratuidad está adquiriendo una importancia económica creciente. Desde esa perspectiva, el voluntariado no es relevante por su bondad o su generosidad, tampoco por sus componentes éticos, sino porque contribuye a “desresponsabilizar” el funcionamiento de las dinámicas de la economía de mercado.

⁷ A. Madrid habla de la mercantilización del voluntariado, en *La institución del voluntariado*, op. cit., p. 210.

⁸ OIT, *Manual de Medición del Trabajo Voluntario*, 2011, revisado en: http://www.ilo.int/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_166577.pdf.

⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2008, sobre “*La función del voluntariado como contribución a la cohesión económica y social*” (Diario Oficial n^o C 259 E de 29 de octubre 2009) y El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “*El servicio cívico europeo (Dictamen exploratorio)*”, Diario Oficial n^o C 218 de 11 de Septiembre 2009.

gobiernos nacionales. El Manual de Medición del Trabajo Voluntario de la OIT (2011) muestra la cara más económica del voluntariado y nos indica que aproximadamente 140 millones de personas en estos países participan en alguna actividad voluntaria cada año. Esto representa alrededor del 12% de la población adulta de estos países. Si todos estos voluntarios constituyeran la población de un país, sería el octavo país más grande del mundo, que se situaría entre Rusia y Japón. Estos voluntarios equivalen a 20.8 millones de trabajadores equivalentes pagados a tiempo completo, es decir, son muchos más que el número de empleados del sector de servicios de utilidad pública y un poco menos que el número de empleados del sector de transportes y de la construcción en los 37 países estudiados. En resumen, incluso con estimaciones conservadoras, los trabajadores voluntarios realizan una contribución de \$400 mil millones a la economía mundial.

Taras las cifras mencionadas, dicho Manual advierte que además del impacto estrictamente económico, el trabajo voluntario entrega beneficios adicionales a la sociedad y a los mismos voluntarios: a éstos les proporciona una capacitación laboral importante y un acceso a la fuerza de trabajo, así como, un sentimiento de satisfacción personal, de realización, de bienestar y de participación en la sociedad y a la sociedad le ofrece servicios difíciles de proporcionar por los trabajadores remunerados, refuerza la solidaridad social, el capital social, la legitimidad política y la calidad de vida en una sociedad, contribuye a promover la inclusión social y la integración.

A nivel europeo se ha insistido también, en muchas ocasiones, en torno al relevante papel que asociaciones, fundaciones, Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y sociedad civil juegan en la construcción europea. Distintas entidades y organismos de la UE han desempeñado hasta nuestros días un papel muy activo y relevante en la proyección internacional y homogeneización del voluntariado, así como, en la promoción y difusión de políticas activas pro-voluntariado. El voluntariado es entendido por la UE como un modo de solidaridad y una forma que tienen las asociaciones de identificar y abordar necesidades humanas sociales y medioambientales.

Los países de la Unión Europea tienen una amplia experiencia de voluntariado, que es variada de acuerdo a tradiciones y culturas. Se calcula que en la Unión hay en torno a 100 millones de personas voluntarias. El voluntariado está regulado en países como Bélgica, Chipre, la República Checa, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Rumania, Portugal y España; implícitamente regulado (en el marco de otras leyes) en Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Lituania, Holanda, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido; no está regulado en Bulgaria y Eslovenia.

En todos ellos, el voluntariado es muy activo y en algunos, como es el caso de Austria, Holanda Suiza o Reino Unido, el porcentaje de voluntarios supera

el 40% de la población adulta. De hecho, el número de personas voluntarias ha crecido, en general, en la última década. El voluntariado tiene en Europa no solo un gran valor económico, que en algunos países alcanzaría en términos equivalentes entre un 3 y un 5% del producto interior bruto, sino un inestimable valor en las dimensiones de inclusión social, educación y formación, ciudadanía activa, protección del medioambiente, promoción del deporte, la cultura, etc¹⁰.

La UE insiste en que el voluntariado es un pilar importante de nuestras sociedades democráticas y pluralistas. En la Comunicación de la Comisión de 6 de junio de 1997¹¹, sobre la “Promoción del Papel de las Asociaciones y Fundaciones en Europa” se reconoce la relevancia política, económica y social de las actividades voluntarias. Desde la Unión Europea ya se empieza a mostrar la cara menos solidaria y más económica del voluntariado, en concreto, reconoce que éste favorece la cohesión social y económica, contribuye al sostenimiento de los servicios públicos, eleva el margen de beneficio obtenido por estas actividades, en concreto, la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de Abril de 2008 advierte que por cada euro que las organizaciones gastan en apoyar a voluntarios, reciben de media entre tres y ocho euros de vuelta, y advierte de las contrapartidas que podrán obtener los ciudadanos que opten por esta forma de participación, que no son precisamente el bienestar colectivo o el interés común, sino otras más individuales, como la adquisición de competencias y conocimientos clave en ámbitos como las relaciones públicas, las comunicaciones, la expresión personal, las capacidades sociales, la gestión y la formación profesional, etc. -Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El servicio cívico europeo”¹².

3. ANTECEDENTES Y CARACTERES CUANTITATIVOS DEL VOLUNTARIADO EN ESPAÑA

La sociedad civil española, como las de otros países del sur de Europa, ha estado caracterizada históricamente por su débil organización. En términos generales, los ciudadanos no han tenido una presencia fuerte y estructurada en el espacio público, su participación política se ha canalizado fundamentalmente a través de los partidos, que prácticamente han monopolizado la representación. La explicación de esta realidad está en las peculiaridades históricas y culturales de los países mediterráneos, que han hecho que la democracia haya sido

¹⁰ Cifras obtenidas del informe “*Profundizar el voluntariado. Los retos hasta 2020*”, en <http://www.documentacion.edex.es/docs/1706FREpro.pdf>

¹¹ COM 1997/241 final.

¹² Diario Oficial n° C 218 de 11 de Septiembre 2009.

una forma de gobierno con menos tradición y continuidad y, por tanto, se hayan desarrollado menos los valores y pautas de acción social relacionados con la implicación de los ciudadanos en los asuntos públicos. A ello hay que unir la importancia de la familia, como ámbito primordial de relaciones de apoyo mutuo, lo que ha relegado a otras instancias para intervenir en la protección social, a excepción de las instituciones religiosas que, junto a la familia, casi, han monopolizado la acción social¹³.

Las primeras actividades asociativas y privadas apelan a la virtud religiosa de la caridad o al valor cívico de la fraternidad, tenían un alto contenido filantrópico, haciendo aportaciones muy considerables a la producción y distribución de lo que hoy se considera el campo propio de los servicios sociales y de los bienes públicos¹⁴.

La falta de tradición asociativa en España fue una realidad que provocó que en nuestro país el voluntariado tuviera su origen básicamente en la acción de la Administración Pública durante los años 90⁷ y no surgiera de movimientos populares independientes, como ha sucedido en otros Estados europeos. El voluntariado nace muy vinculado al Programa de reparto del 0,52% (actualmente del 0,7%) del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y tanto el crecimiento de las entidades como la constitución de la Plataforma de Organizaciones No Gubernamentales de Acción Social¹⁵, actor colectivo que representa hoy a las organizaciones más importantes, son fruto de estos años. Cuatro de cada cinco entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro en las que se desarrolla el voluntariado han surgido después de 1982, a partir de la transición democrática, en concreto, cuando creció la preocupación por la acción social, se reconoció la libertad de asociación y aumentaron los fondos públicos para estos fines. Así pues, en España el sector en el que se desarrolla el trabajo voluntario, denominado Tercer Sector¹⁶, es relativamente joven.

El conocimiento de la dimensión del voluntariado en España no es tarea fácil ante la ausencia de obligatoriedad de inscripción de los voluntarios en algún registro público, sin embargo, pese a la dificultad de encontrar datos nos

¹³ Explicando los recientes comienzos del Tercer Sector en nuestro país puede verse: *Anuario del Tercer Sector de Acción Social en España 2012*, editado por la Fundación Luis Vives, en: http://www.luisvivesces.org/publicaciones/informe_anual_del_tercer_sector_de_accion_social_en_espana.html.

¹⁴ AA.VV., *Las cuentas de la Economía Social. El Tercer Sector en España*, Dir. J.I.garcía Delgado, Cívitas, serie especial Fundación ONCE, Madrid, 2004.

¹⁵ <http://www.plataformaong.org/>.

¹⁶ Dentro del gran perímetro del Tercer Sector se enmarcan formas jurídicas de muy diverso tipo: Asociaciones, Fundaciones, Entidades Singulares, Cooperativas, Sociedades Laborales, Mutualidades. Las Sociedades Anónimas o Limitadas pertenecientes a los grupos empresariales de algunas grandes entidades del Tercer Sector; sólo las del complejo institucional de la ONCE.

parece importante detenernos en el aspecto cuantitativo del voluntariado a fin de conocer la extensión de este fenómeno y de mostrar que no estamos ante un hecho insignificante sino significativo y con repercusiones socio-económicas y laborales. Ni el Centro de Investigaciones Sociológicas, ni el Instituto Nacional de Estadística nos ofrece cifras al respecto. Sí es cierto, que contamos con algunos estudios serios, amplios y recientes que cuantifican el voluntariado y nos permite conocer aproximadamente el número de voluntarios, así como, el tamaño de las entidades no lucrativas y sus ámbitos de actuación.

Empecemos señalando que las organizaciones o entidades que podrán recurrir al trabajo de voluntarios deben constituirse legalmente con personalidad jurídica propia, carecer de ánimo de lucro y desarrollar programas en el marco de las actividades de interés general (art. 8 LV) –asistenciales, de servicios sociales, cívicas, educativas, culturales, científicas, deportivas, sanitarias, de cooperación al desarrollo, de defensa del medio ambiente, de defensa de la economía o de la investigación, de desarrollo de la vida asociativa, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otras de naturaleza análoga- (art. 4 LV). La amplitud de los términos en los que se redacta la Ley implica que un universo de entidades puedan encuadrar alguna de sus labores en el marco de la Ley del Voluntariado, tales como, asociaciones comerciales y profesionales, organizaciones benéficas tradicionales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de desarrollo populares, instituciones de educación superior, hospitales y movimientos sociales organizados, organizaciones dedicadas al culto religioso, cooperativas, mutualidades, grupos de ayuda mutua, clubes deportivos, partidos políticos, etc..

Sin lugar a dudas, las instituciones que más voluntarios incorporan son las ONG (26,8%), las asociaciones culturales, deportivas, de vecinos y de padres, etc. (32,4%) o las asociadas a las parroquias o iglesias (14,4%), en los hospitales actúa el 5,4% y en los partidos políticos el 4,4%. Las Administraciones públicas mueven en sus centros y proyectos un importante número de personas voluntarias (17,5%), preferentemente en el nivel municipal (13,4%), es decir, en los ayuntamientos, sus centros culturales, deportivos, de ocio, etc. En menor medida (4,1%), las personas voluntarias cooperan con la Administración autonómica y la central.

Especialmente a tener en cuenta es el hecho de que el 3,4% de las personas voluntarias, desarrollan tareas en proyectos promovidos por la empresa privada. Esta tendencia, que no es muy relevante por su porcentaje es, sin lugar a dudas, creciente y se sitúa en el marco de las iniciativas empresariales de Responsabilidad Social Corporativa de la Empresa (RSC) y preferentemente en la acción social de ésta.

También destacaremos que el 14,4% de las personas voluntarias que actúan al margen de cualquier tipo de organización, es decir, por su cuenta, con

amigos, en grupos informales, etc, lo que confirma, por una parte, la viveza de la iniciativa solidaria de las personas, así como, su capacidad para auto-organizarse o implicarse activamente en distintas acciones de interés general.

TIPO DE ORGANIZACIÓN	NÚMERO DE PERSONAS QUE HAN REALIZADO VOLUNTARIADO EN LOS ÚLTIMOS 12 MESES (CIS)
ONG, organización sin ánimo de lucro	1.764.556 personas (26,8%)
Asociación (cultura, deportiva, de vecinos...)	2.133.269 personas (32,4%)
Fundación	612.327 personas (9,3%)
Partido/movimiento político	289.703 personas (4,4%)
Colegio, instituto	915.199 personas (13,9%)
Hospital	355.544 personas (5,4%)
Ayuntamiento/centro municipal	882.278 personas (13,4%)
Otras administraciones públicas	269.950 personas (4,1%)
Iglesia, parroquia	948.119 personas (14,4%)
Proyecto promovido por empresa privada	223.861 personas (3,4%)
Ninguna (por su cuenta, con amigos..)	948.119 personas (14,4%)
TOTAL	141,9% ¹⁷

Fuente: www.injuve.es/sites/default/files/2012/26/noticias/DATOS%20DE%20VOLUNTARIADO%202011..pdf

Una vez delimitados los tipos de entidades u organizaciones en los que se desarrolla el voluntariado nos detendremos en su tamaño, para lo cual atenderemos a las cifras del Anuario del Tercer Sector de Acción Social en España 2012. Nos centramos ahora en las entidades dedicadas a la acción social porque ese es el campo de actuación del mayor porcentaje de entidades del Tercer Sector y, como veremos a posteriori, éstas son también las que mayor fomento y promoción reciben por parte del Estado porque a ellas van dirigidas, principalmente, las subvenciones.

Las tres cuartas partes (77%) de las entidades del Tercer Sector que se ocupan de la asistencia social tienen menos de 50 trabajadores. El 23% restante se compone de organizaciones en su mayoría medianas (entre 50 y 250 trabajadores) y sólo algunas de ellas tienen más de 250 trabajadores. No es pues un conglomerado de micro organizaciones (sólo un 13% tiene hasta dos trabajadores), sino una mezcla de pequeñas y medianas, en la que las de menor tamaño son comparativamente menos que en el sector empresarial (donde las empresas con hasta dos trabajadores son el 58,9%). El tamaño medio de las entidades del Tercer Sector de Acción Social según el número de empleados contratados es bastante más alto que las entidades empresariales con las que puede compararse.

El aumento del número de entidades sociales se ha visto favorecido por la ampliación de los campos en los que estas entidades podían actuar, así pues, la

¹⁷ El total es superior a 100 ya que una misma persona puede realizar voluntariado en distintas entidades.

extensión de los campos de actuación solidaria, la delegación administrativa de actividades prestacionales y la políticas de fomento público han contribuido a crear un mercado laboral en torno a las entidades no lucrativas¹⁸. Éstas se han profesionalizado, extendiendo su ámbito de actuación más allá de las actividades que precisaban personas con escasa formación, se han especializado en determinadas áreas y ello les permite competir entre ellas y con las empresas privadas que prestan sus mismos servicios. Compiten por los espacios mediáticos, por ser visibles socialmente y por captar recursos privados, pero sobre todo los públicos. Este proceso, en muchas ocasiones, ha significado una pérdida de base social, de participación y de protagonismo de las personas voluntarias, que se ven orientadas de modo instrumental al mero desarrollo de tareas, difuminándose los caracteres del trabajo voluntario y confundiendo con el asalariado.

El Anuario del Tercer Sector de Acción Social en España 2012 afirma que uno de los rasgos distintivos de las entidades del Tercer Sector son las personas voluntarias. En torno a un millón doscientos mil residentes en España mayores de 18 años en 2011 podrían estar colaborando activamente como voluntarios en entidades de acción social. Esta cifra equivale al 4,65% de la población activa mayor de 16 años y al 5,9 de la población ocupada que había en España en 2011¹⁹. Pese a estas cifras, el Eurobarómetro (2011) considera que en España comparativamente hay pocas personas voluntarias (19% en España frente al 30% de media en la Unión Europea)²⁰. Se trata de una cifra de voluntarios importante, aunque menor que la existente en otros países de Europa en los que las tasas de participación social son mayores, pero también significativamente, más elevada que las de los otros países mediterráneos y del este.

Para el conjunto del sector los voluntarios representan el 53,2% del total de personas que trabajan en estas organizaciones y la tendencia en nuestro país, al igual que a nivel internacional, es al aumento. El trabajo voluntario, debidamente homogeneizado en términos equivalentes a los del empleo remunerado, representa

¹⁸ A. Madrid, *La institución del voluntariado*, op. cit., p.43.

¹⁹ R. Flores Martos y E. Gómez González, "Características del voluntariado de acción social en España", *Revista Española del Tercer Sector*, monográfico dedicado al Voluntariado, n^o 18, 2011, p.97. Estos autores advierten de los importantes cambios que se han experimentado en nuestro país que la han alejado de la pauta de los países con menor capital social y participación, tanto mediterráneos como de otras áreas culturales, acercándose a los países europeos donde ambas cosas son mayores y, por tanto, más fácil el desarrollo de organizaciones como las que nos ocupan en este documento. Por otra parte, los estímulos que se han puesto en marcha desde la administración española y comunitaria para la participación del tercer sector en la gestión de la política social, refuerzan los cambios en el contexto sociocultural, hasta haberlo convertido en una oportunidad y hacer que haya dejado de ser un freno para el desarrollo y consolidación del Tercer Sector en España.

²⁰ http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/2011/juillet/04_07/rapport_%20eb75_2_%20benevolat_es.pdf. Junto a España tiene un bajo porcentaje de participación: Malta (16 %), Grecia (14 %), Rumanía (14 %), Bulgaria (12 %), Portugal (12 %) y Polonia (9 %) todos están muy por debajo de la media de la UE

un total de casi medio millón de puestos de trabajo a jornada completa. Ello implica que si se incorpora este trabajo voluntario al cómputo, el conjunto del Tercer Sector —1.210.081 puestos de trabajo equivalentes a tiempo completo— eleva su participación en el empleo nacional al 9 por 100 del total²¹.

Las razones por las que la cifra de voluntarios está aumentando son muy variadas y en ellas nos detendremos a lo largo del trabajo, adelantando que están relacionadas con las acciones de fomento y de apoyo por parte de las propias Administraciones públicas y las nuevas motivaciones que encuentran los ciudadanos en esta forma de participación social, más allá de las que recoge la Ley del Voluntariado.

Respecto a las áreas en las que actúan hay que decir que la de discapacidad y dependencia, más la de exclusión social y salud ocupan el 79,9% de los voluntarios, es decir, más de las tres cuartas partes de las personas que hacen voluntariado en España, intervienen en el campo de la acción social. La siguiente área es la educación (33,3%), mientras la implicación en el campo medioambiental, incluida la protección de los animales, es también de las más frecuentes, pues el 31,5% de las personas participan en ese ámbito. El voluntariado se orienta en menor medida a los ámbitos del deporte, ocio y tiempo libre (21%), a la promoción de los derechos humanos (14,3%), a la cooperación al desarrollo (9,9%) y la protección civil (5,9%).

ÁMBITO DE ACTUACIÓN	NÚMERO DE PERSONAS VOLUNTARIAS (2011)
EDUCACIÓN	(33,3%) 2.193.224 personas
SALUD	(30,9%) 2.036.017 personas
DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA	(24,6%) 1.620.092 personas
EXCLUSIÓN SOCIAL	(24,4%) 1.613.120 personas
DEPORTE, OCIO Y TIEMPO LIBRE	(21%) 1.387.167 personas
MEDIO AMBIENTE	(16 %) 1.056.061 personas
PROTECCIÓN DE ANIMALES	(15,5%) 1.022.482 personas
PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS.	(14,3%) 945.021 personas
PROTECCIÓN CIVIL	(5,9%) 392.571 personas
COOPERACIÓN AL DESARROLLO	(9,9%) 658.106 personas
TOTAL	195,8%(5)

Fuente: www.injuve.es/sites/default/files/2012/26/noticias/DATOS%20DE%20VOLUNTARIADO%202011..pdf

²¹ AA.VV., *Las cuentas de la economía social. El tercer sector en España*, op. cit., p. 37. En este estudio se muestra, así mismo, las cifras de empleo asalariado que estas instituciones mueven: 835.409 trabajadores remunerados, el 6,1 por 100 del trabajo asalariado en España, aunque algo menos en términos de empleo equivalente—721.639 y el 5,5 por 100, respectivamente—, dado el mayor componente a tiempo parcial de su empleo, particularmente, en las asociaciones.

El importante porcentaje de voluntarios en el campo de la acción social está relacionado directamente con la contribución económica de la Administración Pública en el fomento de las entidades u organizaciones no lucrativas que se ocupan de estas acciones y es que encontramos una alta dependencia del Tercer Sector de los recursos públicos y ese es, quizás, uno de los riesgos más evidentes. El 92,8% de las entidades recurren a la financiación pública, lo que representa el 60% de los presupuestos de las entidades del sector, y esta dependencia de la subvención preocupa en el mundo asociativo-voluntario²². El resto de la financiación es privada (18,2%), casi la mitad procede de las obras sociales de las cajas de ahorros o propia (21,8%), de la que cuatro quintas partes procede de ingresos por los servicios prestados. Las aportaciones económicas directas de los ciudadanos a las entidades del Tercer Sector son pocas en comparación con las otras fuentes de ingresos.

Desde la Unión Europea se insiste a los Estados a financiar a este sector basándose en la elevada compensación económica y social que les reporta. El Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de abril de 2008, sobre “La función del voluntariado como contribución a la cohesión económica y social” considera que el voluntariado no sólo conlleva un valor mensurable económicamente, sino que puede suponer un ahorro significativo para los servicios públicos.

No en vano, nuestro Estado promueve y fomenta las actuaciones voluntarias pero no cualesquiera sino las que se consideran oportunas para el desarrollo de políticas de bienestar social, protección civil, protección medioambiental, etc²³. Como ya hemos señalado, las organizaciones del Tercer Sector trabajan principalmente en los campos de la educación (33,3%), la salud (30,9%), la discapacidad y la dependencia (24,6%), la exclusión social

²² En torno a los negativos efectos de esta dependencia se pronuncia A. GARCÍA INDA, “La generalización del voluntariado, o la nueva militancia”, AA.VV., *El voluntariado: regulación jurídica e institucionalización social*, ed. Egido, Zaragoza, 1999, p.118, en este trabajo advierte que estas organizaciones dedican una parte muy importante de su tiempo y sus energías a desarrollar actividades que les permita obtener subvenciones; además coloca a estas organizaciones en una situación de incertidumbre anual; propicia el desarrollo de una situación de competencia entre organizaciones afines por el reparto de escasos recursos y fomenta el desarrollo de una cultura clientelar.

²³ En las dos resoluciones citadas a continuación puede comprobarse, en la primera, los potenciales beneficiarios a los que van destinadas las ayudas, en la segunda, aquellos sobre los que realmente recaen las subvenciones: Resolución de 17 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se convocan subvenciones a entidades del Tercer Sector de ámbito estatal colaboradoras con la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad (BOE 19 de Julio 2013), para actuaciones de acción social, para programas de infancia y familia, instituciones para víctimas del terrorismo y para programas de personas con discapacidad. Resolución de 21 de enero de 2014, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publican las subvenciones concedidas a entidades del tercer sector de ámbito estatal colaboradoras con la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, durante el año 2013.

(24,4%), todos ellos espacios propios de un Estado de Bienestar. Lo que nos lleva a cuestionarnos si el Tercer Sector es una “tercera opción” entre el sector público y el privado capitalista, o no. Atendiendo a los objetivos del voluntariado que figuran en la norma reguladora habría que negar la posibilidad de que se trate de una tercera opción, no olvidemos que el art.3.3 LV señala que la actividad del voluntariado no podrá en ningún caso sustituir al trabajo retribuido, aunque esta exigencia case mal con la resolución del Parlamento Europeo de 22 de Abril que habla de “ahorro significativo para los servicios públicos”, en tanto que ¿cómo ahorrar en este ámbito si no es con la mano de obra? .

En sentido estricto el voluntariado debe concebirse como el resultado de la capacidad creativa de la sociedad para satisfacer nuevas necesidades y atender las mayores expectativas que despierta el desarrollo económico y el cambio social en las sociedades libres; no debe venir, consecuentemente, el Tercer Sector tanto a sustituir como a agregar, tanto a compensar como a añadir²⁴.

4. EL TRABAJO VOLUNTARIO EXCLUIDO DEL MARCO ESTATUTARIO EN DETERMINADAS CONDICIONES

Una vez constatada la importancia cuantitativa del voluntariado, se trata de revisar las razones por las que esta prestación de servicios está fuera del marco del Estatuto de los Trabajadores. El ámbito objetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores viene definido en el art. 1 de dicha norma cuando dispone que “será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Por otro lado, el artículo 8.1 de la misma norma consagra la libertad de forma para la celebración del contrato de trabajo y una presunción “iuris tantum” de existencia del mismo, al señalar “el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”.

Las notas del trabajo asalariado las encontramos en el art. 1.1 ET y las excepciones se hallan en el art. 1.3 ET, que es donde creemos debería encuadrarse el voluntariado, en concreto, en el epígrafe 1.3.d) ET dedicado a los “trabajos realizados a título de amistad, benevolencia y buena vecindad”, aunque paradójicamente la Ley del Voluntariado en su art. 3.1 deja claro que

²⁴ AA.VV., *Las cuentas de la Economía Social. El Tercer Sector en España*, op. cit., p.20. No obstante, un importante sector de la doctrina denuncia de forma acertada como el voluntariado está tratando de cubrir el campo del Estado asistencial, A. MADRID, *La institución del voluntariado*, op. cit.p.63.

sólo ampara el trabajo voluntario que se realiza en una organización pública o privada y en el apartado 2º de ese mismo precepto excluye de su regulación “las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas o prestadas al margen de organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad”.

El voluntariado regulado en la Ley 6/1996 no estaría en las exclusiones del art. 1.3 ET. De forma que las relaciones de voluntariado que se cuestionen ante los tribunales han de ser interpretadas desde la óptica de que el ET persigue que el trabajador, dependiente y por cuenta ajena, perciba una retribución, pues la consecución de ésta es la razón justificativa de la cesión de su fuerza de trabajo y su correspondiente inserción en el ámbito de la organización empresarial, sin que ello implique imposibilitar la realización de un servicio movido por un interés diferente al de la retribución material. Debe tenerse en consideración que la ausencia de retribución deriva o, es consecuencia necesaria, de la inexistencia de contrato de trabajo y no al contrario, pues vigente éste se ostenta un derecho irrenunciable a su retribución.

El voluntariado ha sido definido por el art. 3 LV a través de una técnica de identificación negativa, en tanto que señala que actividades no deben ser consideradas voluntariado, tales como, las laborales, funcionariales, mercantiles u otras retribuidas, a la vez que exige que la relación de trabajo voluntario sea: altruista y solidaria, libre, sin contraprestación económica y se desarrolle a través de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas o proyectos concretos.

La actividad del voluntariado es una excepción legalmente constituida a la regla general, de forma que en los casos en que se discuta la naturaleza estatutaria o extra-estatutaria de dicha actividad habrá que recurrir, en primer lugar, al arsenal normativo y conceptual que contiene la legislación laboral²⁵ y, en un segundo lugar, a la Ley del Voluntariado²⁶.

Ahora bien, son muchos los pronunciamientos judiciales que estudiando algunas relaciones de voluntariado controvertidas hacen una aplicación inversa de las normas, es decir, examinan, en primer lugar, la concurrencia de alguno de los elementos de la excepción para excluir la aplicación de la regla

²⁵ En este sentido se pronuncia F. Valdés Dal-Ré, “El trabajo prestado a título de amistad, benevolencia y buena vecindad”, *Relaciones laborales*, nº 2, 2012.

²⁶ P. Benlloch Sanz propone la reforma de esta ley requiriendo que se diseñe no por referencia a lo que no se quiere que sea –relación laboral, mercantil o funcionarial– sino sentando las bases de lo que realmente se quiere que sea: “Una nueva oportunidad para repensar el voluntariado, en ¿Hacia una nueva configuración legal de la acción voluntaria organizada?, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 18, 2011, p. 143. Este autor propone que desaparezca del concepto legal la referencia a la “relación laboral” o a cualquier otra que pueda ser similar al actuar voluntario y de la que sea necesario deslindarla.

general²⁷.

El trabajo voluntario debe interpretarse desde la óptica del Estatuto de los Trabajadores, que persigue que el trabajador dependiente y por cuenta ajena perciba una retribución y esté bajo el paraguas de la normativa laboral, sin que ello impida, cuando se den los elementos necesarios contenidos en la Ley del Voluntariado, la realización de una actividad movido por un interés diferente al de la retribución material.

La Exposición de Motivos de la Ley 6/1996 señala que “el moderno Estado de Derecho debe incorporar a su ordenamiento jurídico la regulación de las actuaciones de los ciudadanos que se agrupan para satisfacer los intereses generales, asumiendo que la satisfacción de los mismos ha dejado de ser considerada como una responsabilidad exclusiva del Estado para convertirse en una tarea compartida entre Estado y sociedad”. Esta Ley regula la actividad voluntaria, altruista y totalmente desinteresada del ciudadano en las organizaciones buscando la satisfacción del interés general y especialmente la erradicación de situaciones de marginación a fin de que todos los ciudadanos gocen de una calidad de vida digna.

Esta forma de participación se caracterizaría también por su espíritu crítico y transformador, orientado a eliminar las causas de la desigualdad y no sólo trabajar sobre sus consecuencias²⁸.

El concepto estricto de voluntariado parte de las siguientes premisas: el voluntariado no es mano de obra barata, ni suplencia de profesionales remunerados, ni prácticas profesionales, ni tan siquiera, una vía de acceso a un puesto de trabajo²⁹. Ello implicaría la existencia de una independencia total entre el voluntariado y el mercado de trabajo, por tanto, en teoría, el voluntar-

²⁷ TSJ Andalucía (Sevilla) en sentencia de 12 de Junio 2013, Rec. 2245/2012. TSJ de Andalucía (Granada) en sentencia de 21 de Febrero 2013, Rec. 2667/2012. TSJ de la Región de Murcia, en sentencia de 5 Marzo 2012, Rec. 700/2011. En la línea de las citadas, el TSJ de Galicia en sentencia de 13 de Diciembre de 2011 (Rec. 3769/2011) hace una interpretación inversa a la propuesta, empieza comprobando si tiene alguno de los caracteres del “trabajo voluntario”, afirma que los actores no perciben remuneración alguna por su trabajo (sin perjuicio, eso sí, de que pudieran haber sido resarcidos por los gastos generados para cumplir su compromiso) lo que excluye de manera tajante la consideración laboral de los servicios prestados en favor del Concello demandado. Es cierto que los voluntarios realizan su trabajo con un horario, jornada y con sometimiento a las órdenes y directrices de la asociación o entidad con la que colaboran, pero habrá de estarse únicamente al elemento subjetivo y finalista que lleva al ciudadano a realizar estas tareas para llegar a la correcta calificación jurídica las mismas, es por ello que “la existencia o no de una contraprestación económica constituye el criterio fundamental para distinguir ambas situaciones”.

²⁸ Observatorio del Voluntariado de la Plataforma del Voluntariado en España (2010).

²⁹ Martí Bosch, LL. *Por qué el voluntariado*, CCS, Madrid, 2000: 16-18 y 29-32.

iado jamás podría tener un impacto negativo sobre el mercado laboral³⁰. “En esta construcción del voluntariado no hay lugar alguno para la precarización y, mucho menos, para la sustitución de puestos de trabajo por voluntarios/as —esto es, para la destrucción de empleo a nivel *micro*, aunque tal hecho se disuelva en las cifras globales: crecimiento de empleo a nivel *macro*—. Este tipo de planteamientos son muy abundantes en la literatura sobre el voluntariado, encontramos trabajos que resaltan y magnifican la influencia positiva del voluntariado —y de las organizaciones voluntarias— sobre el mercado de trabajo, en términos de creación de puestos de trabajo”³¹.

5. LA FLEXIBILIDAD DE LOS ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN AL TRABAJO ASALARIADO DEBE TENERSE EN CUENTA EN EL ESTUDIO DE LAS RELACIONES DE VOLUNTARIADO

En la práctica el concepto legal de voluntariado hace aguas. Una muestra de ello es la creciente jurisprudencia en la que se debate la verdadera naturaleza de la prestación de servicios de algunas personas, que creen iniciar un trabajo voluntario pero, transcurrido un tiempo, acaban discutiendo su laboralización ante los tribunales, en ocasiones, de forma injustificada y oportunista pero, otras muchas, justificadas y reconocidas por los tribunales.

Los elementos que definen la relación laboral estatutaria han sido objeto de numerosos estudios y disfrutan de una extensa doctrina jurisprudencial, por tanto, no se trata de volver sobre ellos, sino de exponer para su crítica los débiles argumentos que utiliza, en algunos casos, la jurisprudencia para calificar de extra-estatutario el trabajo voluntario.

Como ya hemos señalado, la calificación de una relación de trabajo como “voluntaria” sólo debería realizarse cuando se haya excluido la “laboralidad” de dicha relación, para ello no bastará con que este trabajo se desarrolle en el marco de una entidad sin ánimo de lucro, dado que existe un segmento de organizaciones e iniciativas de objeto social que se ubican por completo en —o se aproximan a— la esfera lucrativa del mercado. Algún ejemplo hemos encontrado en la jurisprudencia de instituciones que se conforman legalmente como instituciones no lucrativas a fin de conseguir subvenciones o algún beneficio. Se trata de empresas enmascaradas de ONGs formadas, en

³⁰ A juicio de A. Zurdo Alaguero estamos ante una construcción idealizada del voluntariado, el autor se refiere a la inverosímil independencia total entre voluntariado y mercado de trabajo: “El voluntariado como estrategia de inserción laboral en un marco de crisis del mercado de trabajo. Dinámicas de precarización en el tercer sector español”, *Cuadernos de relaciones laborales*, n^o 2, 2004, p. 12

³¹ A. Zurdo Alaguero, “El voluntariado como estrategia de inserción laboral en un marco de crisis del mercado de trabajo”, *op. cit.* p. 12

realidad, por profesionales que al elegir esta forma organizativa pueden acceder a subvenciones de la Administración pública y a las correspondientes desgravaciones fiscales³².

Tampoco puede calificarse el trabajo de voluntario por el hecho de que alguno de los elementos típicos del trabajo asalariado, como la dependencia, se flexibilice en el desarrollo de la actividad³³. La exigencia de dependencia, como otras notas de la relación laboral, ha ido evolucionando y, en algunos casos, flexibilizándose; por ello los Tribunales consideran que para admitir que ésta concurre se trata de buscar la concurrencia de indicios, tales como, la recepción de órdenes sobre el tiempo y lugar del trabajo, la fijación de la cantidad de trabajo, su calidad y plazos de ejecución³⁴; no se puede negar la existencia de “dependencia” por la ausencia de horario y de obligación de acudir al trabajo en horarios específicos si las personas empleadas en el establecimiento realizaban la captación de clientela con “cierta autonomía de horario, jornada

³² El TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) sentencia de 4 de Septiembre 2006, (Rec. 320/2006) advierte que puede existir convivencia entre trabajadores y la asociación de bomberos para prestar servicios en régimen laboral bajo la cobertura de un voluntariado para conseguir del Cabildo una subvención.

³³ En torno a la flexibilidad de algunos elementos de la relación laboral se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Octubre de 2013, Rec. 61/2013, “con respecto a la “dependencia”, entendida no como una “subordinación rigurosa y absoluta” sino una “inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial” que “por el hecho de que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela y libertad de horario de permanencia en el local, y que no pudieran acreditar taxativamente su modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral cuando concurren otras notas de laboralidad. Relacionado expresamente con un tema de trabajo voluntario, véase, la sentencia del TSJ de Cataluña de 6 de Octubre 2003, (Rec. 4241/2003) que dice expresamente “es verdad que el actor no percibía este salario cuando estaba en vacaciones o enfermo, y también que lo sustituía un voluntario cuando no acudía a trabajar, pero ninguna de estas dos circunstancias desmerece la auténtica naturaleza laboral del vínculo puesto que tan sólo evidencian una mayor flexibilidad en el modo de ejecución de la prestación de servicios, pero no son indicativas de la inexistencia de un contrato de trabajo”.

³⁴ TSJ de Cataluña, sentencia de 21 de Diciembre 2010, Rec. 3881/2010. En el supuesto enjuiciado en este asunto la actora prestaba servicios como entrenadora de patinaje artístico para el club recurrente, casi todas las tardes de los días laborables -lunes a viernes- en horario de tarde y sábados de 9,00 a 14,00 horas, 16 horas semanales durante el último curso trabajado, percibiendo una retribución de 10 euros por hora trabajada, que se le abonaba con periodicidad aproximadamente mensual, en metálico o cheque al portador, lo que supone 650 euros mensuales con prorrata de pagas extraordinarias; y tal remuneración neutraliza la supuesta motivación altruista en la prestación de servicios, pues es de entidad y cuantía más que suficiente para valorarla como una auténtica retribución de carácter salarial, teniendo en cuenta que retribuye una jornada a tiempo parcial y su importe es bastante para considerar que no constituye una mera compensación económica por los gastos que se irrogasen a la actora derivados de su actividad como entrenadora, sino que es el salario con que le retribuye la entidad referida por la prestación de tales servicios.

y retribución en la prestación de su actividad”³⁵. Ello significa que para entender que concurre el requisito de dependencia no es preciso que se trate de un “trabajador sin capacidad para organizar su trabajo, prestándolo bajo las órdenes del empleador”, bastará con la posición de subordinación del trabajador al empresario, que tiene el poder de dirección del trabajo, es decir, de determinar su contenido, su cualidad y el resultado pretendido. De forma que, el hecho de que el trabajador tenga cierta capacidad de decisión sobre el turno a elegir o sobre el horario de comienzo o finalización de la actividad no excluye a la relación de trabajo del marco estatutario.

Sin embargo, en numerosos pronunciamientos judiciales se han servido de la flexibilidad en el desarrollo de la actividad para excluirla automáticamente del marco estatutario, sin detenerse en la concurrencia o no del citado elemento subjetivo que debe mover a cualquier voluntario³⁶.

En casos aislados la jurisprudencia advierte que “no es el modo de realización de sus funciones por parte de los voluntarios en relación con un horario, jornada o sometimiento a las órdenes y directrices de la asociación o entidad con la que colaboran, lo que permitirá en todos los casos distinguir esta situación jurídica de una relación laboral, sino que, en muchas ocasiones, habrá de estarse únicamente al elemento subjetivo y finalista que lleva al ciudadano a realizar estas tareas para llegar a la correcta calificación jurídica las mismas”³⁷. Es decir, para la calificación del trabajo como “voluntario” no es tan importante la concurrencia de los elementos típicos del trabajo asalariado, como la del elemento subjetivo que lleva al ciudadano a realizar esas tareas –solidaridad, desinterés económico, bienestar social, etc-.

Otro aspecto que sirve de argumento a los tribunales para calificar automáticamente de relación de trabajo voluntaria es la ausencia de retribución. Es cierto que este trabajo no es remunerado con el precio del mercado, aunque sí pueden ser reembolsados por los gastos menores en que puedan incurrir en la prestación de sus servicios, por ejemplo: gastos de viaje o costos de equipo; comidas, transportes, otros gastos para vivir, regalos simbólicos u otras manifestaciones similares de agradecimiento por el trabajo voluntario, todo es posible, siempre con la condición de que los estipendios no estén supeditados al valor del mercado local, la calidad o cantidad del trabajo o sobre su resultado.

De hecho, la mayoría de los voluntarios reciben pequeñas compensaciones para cubrir gastos y éste es un elemento importante para calificar la actividad

³⁵ En la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 2013 (Rec. 61/2013), se resuelve en favor de la existencia de relación laboral de unas trabajadoras –en club de alterne- tras reconocer que el requisito de “dependencia” se ha flexibilizado mucho.

³⁶ TSJ de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, sentencia de 4 de Septiembre 2006, Rec. 320/2006.

³⁷ Sentencia TSJ de Galicia de 13 Diciembre 2011, Rec. 3769/2011.

de voluntariado, pero por sí solo no es suficiente³⁸. No en vano, esta contraprestación puede generar enormes dudas en la determinación de hasta qué punto esta eventual retribución únicamente tiene como finalidad compensar los gastos o realmente supone un salario por el trabajo realizado³⁹. Al respecto el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha declara que el propio legislador no está plenamente convencido de que la ausencia de retribución sea bastante para dotar de autonomía al actuar voluntario y deslindarlo nítidamente del trabajo remunerado prototípico.

6. LOS NUEVOS INTERESES DEL VOLUNTARIADO LO ACERCAN AL TRABAJO ASALARIADO PRECARIO

La Ley del Voluntariado regula el trabajo voluntario desde la solidaridad, la libertad y el altruismo, reconoce que el beneficio que obtiene el voluntario no tiene carácter tangible, en tanto que pertenece al mundo de lo inmaterial, de la satisfacción personal aunque admite sus repercusiones sobre la sociedad, en tanto que contribuye a erradicar situaciones de marginación y a construir una sociedad solidaria en la que todos los ciudadanos gocen de una calidad de vida digna (Exposición de Motivos de la Ley de Voluntariado).

También es cierto que la Ley contempla un voluntariado organizado, es decir, desarrollado dentro del ámbito de una entidad pública o privada, excluyendo las actuaciones aisladas o esporádicas realizadas por amistad, benevolencia o buena vecindad.

Con la institucionalización del voluntariado y su profesionalización, favorecida por el aumento vertiginoso de las entidades sin ánimo de lucro y por las, cada vez más exigentes, Administraciones públicas en el reparto de los fondos públicos, están aumentando las motivaciones de carácter material del voluntario. Como ya hemos señalado, la ampliación de los campos de actuación de este Tercer Sector se han convertido en nuevos sectores de profesionalización. Ello ha convertido al voluntariado en un espacio adecuado

³⁸ TSJ de Cataluña, sentencia de 31 de Marzo 2010, Rec. 208/2009 o TSJ de Castilla-La Mancha, sentencia de 12 de Julio 2007, Rec. 1481/2005.

³⁹ La sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de Octubre 2003, (Rec. 4241/2003) advierte que la retribución no era especialmente ridícula o puramente simbólica, pues si bien no llegaba a ser un sueldo normal de mercado, sí que era de entidad y cuantía más que suficiente para valorarla como una auténtica retribución de carácter salarial, si tenemos en cuenta que las dietas le eran abonadas separadamente y con independencia de dicha retribución. La misma razón de la escasa cuantía (24,90 euros por día efectivo en que realizaban sus funciones como voluntarios) lleva al TSJ de Andalucía de Sevilla, en sentencia de 13 de Febrero 2013 (Rec. 2130/2011) a expulsar la relación de voluntariado que se discutía del marco estatutario.

para la adquisición de experiencia profesional, tan precisa para acceder al mercado de trabajo⁴⁰. Desde diferentes instancias nacionales y supranacionales se está empezando a concebir el voluntariado como como vehículo de adquisición de experiencia práctica rentabilizable en el mercado de trabajo⁴¹. LinkedIn, la mayor red online de profesionales, ha puesto al servicio de sus usuarios el “Volunteer Experience & Causes”, un campo que los miembros podrán activar en sus perfiles para dar a conocer su experiencia en trabajos de voluntariado, las causas que les interesan así como las organizaciones a las que apoyan. Con esta novedad, la compañía reafirma la idea de que las tareas de voluntariado son una pieza clave para valorar las identidades de sus profesionales⁴².

El Observatorio de Crecimiento Empresarial reconoce expresamente que “una de las formas de iniciar una carrera laboral es adquirir experiencia como voluntario en una asociación u organización no gubernamental, de esta manera se consigue una experiencia válida para un futuro profesional, independientemente de que concurra una motivación solidaria o altruista, que no siempre se encuentra”⁴³.

Este tipo de experiencia laboral cada vez es más valorada en redes sociales profesionales, como es el caso de LinkedIn que hace unos meses incorporaron la opción de agregar esta información a la experiencia profesional. Otras redes como XING o Viadeo también permiten esta opción.

⁴⁰ Así lo reconoce el “*Diagnóstico de la situación del voluntariado de Acción Social en España*”, elaborado por la Plataforma del Voluntariado en España, 2011. Desde este informe se advierte que esto supone un reto de las organizaciones sobre la organización de sus recursos humanos desde una perspectiva de garantía de derechos.

⁴¹ OIT, *Manual de Medición del trabajo voluntario 2011*, en http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_167833/lang--es/index.htm. En este informe se admite que el “voluntariado” entrega beneficios adicionales a la sociedad y a los mismos voluntarios, como por ejemplo, proporcionándoles una capacitación laboral importante y un acceso a la fuerza de trabajo.

⁴² “El voluntariado también cuenta como experiencia profesional”, en la *Revista de la Fundación Compromiso y Transparencia* <http://www.compromisoempresarial.com/actualidad/2011/10/el-voluntariado-tambien-cuenta-como-experiencia-profesional/#sthash.XjLORYQM.dpuf>. En este artículo se manifiesta Nicole Williams, directora de LinkedIn’s Connection en torno a que los profesionales a menudo tienen una idea equivocada al pensar que el trabajo voluntario no puede considerarse como una experiencia de trabajo real”. El 41% de los profesionales encuestados en LinkedIn declaró que consideran el trabajo de voluntariado igual de valioso que su experiencia en empleos remunerados. El 20% de los directores de recursos humanos encuestados están de acuerdo en que en alguna ocasión se han basado en la experiencia de voluntariado de un candidato para decidir su contratación. En el caso de España, LinkedIn encuestó a más de 800 profesionales, de los cuales el 49% de ellos habían tenido alguna experiencia en actividades de voluntariado. Son muy numerosos los artículos de revistas o diarios en los que se hace referencia al voluntariado como fórmula de adquisición de experiencia: “Los eurodiputados piden que se cuente el voluntariado como experiencia laboral”, publicado en *El Mundo*, 12 de junio 2012.

⁴³ Noticia de 2 de Febrero de 2014, en <http://www.observatorioempresarial.es/>.

El reconocimiento del voluntariado como un espacio para la adquisición de experiencia profesional está explícitamente previsto en el Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, que no se queda ahí sino que llega a asimilar a estos efectos al trabajador voluntario con el becario. En el art.12 del citado Real Decreto⁴⁴ se admite que la organización en la que se han realizado las prácticas o el voluntariado pueda expedir un certificado que permita su convalidación. En este documento deberán aparecer las actividades realizadas, el año y el número total de horas dedicadas. Cuando se haya realizado este trámite se contará con una cualificación reconocida que perfectamente puede figurar en el curriculum vitae.

En esta línea, la Unión Europea propone que el trabajo del voluntario sea una continuación de la formación de carácter no reglada o informal. El Comité Económico y Social Europeo presenta el voluntariado como una fórmula que permite adquirir competencias y conocimientos clave en ámbitos como las relaciones públicas, las comunicaciones, la expresión personal, las capacidades sociales, la gestión y la formación profesional. De esta manera, el voluntariado puede constituir una parte importante del currículum y de la carrera profesional, por ello, es necesario garantizar el reconocimiento de las actividades de voluntariado de los jóvenes, así como, de sus necesidades de aprendizaje no formal⁴⁵.

Las nuevas motivaciones no desnaturalizan la actividad del voluntario, pero en la medida que cada vez más personas estén dispuestas a prestar sus servicios sin la contrapartida salarial, y ya no hablamos de prácticas no retribuidas o de jóvenes que acceden por primera vez al mercado de trabajo, sino de profesionales, más o menos cualificados, que persiguen la promesa de un futuro empleo, una experiencia profesional o un impulso a su carrera profesional, todo ello, sin cobrar y por supuesto, sin el menor atisbo de motivación solidaria o altruista⁴⁶, advertimos del uso perverso que se viene haciendo de

⁴⁴ Artículo 12. *Justificación del historial profesional y/o formativo.*

La justificación de la experiencia laboral se hará con los siguientes documentos: c) Para trabajadores o trabajadoras voluntarios o becarios:

Certificación de la organización donde se haya prestado la asistencia en la que consten, específicamente, las actividades y funciones realizadas, el año en el que se han realizado y el número total de horas dedicadas a las mismas. Las administraciones competentes promoverán el establecimiento de un sistema de comunicación electrónica con la Tesorería General de la Seguridad Social para la transmisión de estos datos.

⁴⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema El servicio cívico europeo (Dictamen exploratorio) Diario Oficial n° C 218 de 11 de Septiembre de 2009 o Recomendación del Consejo de 20 de Diciembre de 2012 sobre la validación del aprendizaje no formal e informal (DOCE 22 de Diciembre de 2012).

⁴⁶ P. Benlloch Sanz, “Una nueva oportunidad para repensar el voluntariado...”, op. cit., p. 133.

esta figura en nuestro país. Es verdad que desde algunos sectores de la doctrina laboralista esta situación es aplaudida aceptando de buen grado el hecho de que el trabajo voluntario sea un trampolín para acceder a un puesto de trabajo, dado que permite desarrollar determinadas competencias difíciles de adquirir a través de la estricta formación profesional y que el mercado de trabajo valora muy favorablemente⁴⁷, pero ello supone, a nuestro juicio, que una parte del voluntariado se esté acercando peligrosamente al trabajo precario.

La proximidad a efectos de reconocimiento de competencias del trabajo del voluntario al trabajo del becario alimenta nuestra teoría del mal uso que, en ocasiones, se está haciendo del voluntariado⁴⁸, basta recordar las dudas que ha suscitado el carácter no laboral de las becas, en muchas ocasiones, calificadas de “trabajo precario”⁴⁹. Actualmente, el voluntariado es una vía más, junto a la beca que han encontrado los jóvenes, no en vano, ha experimentado un notable éxito el Servicio de Voluntariado Europeo, conocido por sus siglas SVE, es un programa creado y financiado por la UE y gestionado en España por el Injuve y los institutos de la juventud autonómicos⁵⁰. Desde 2007, 3.784 jóvenes españoles menores de 18 a 30 años han recurrido a él, el 50% de éstos han iniciado esta actividad entre 2012 y 2013. Estas cifras significan que en cuestión de siete años, la demanda se ha multiplicado por tres. Pero, ¿entonces el voluntariado es una solución a la crisis del empleo que estamos sufriendo o simplemente una vía de escape a través de la precariedad?⁵¹.

Las becas tiene como finalidad contribuir en la formación y existe una pequeña contraprestación económica dirigida a tal fin. Pero, tal como acabamos de relatar el voluntario, cada vez más, es una fórmula de adquisición de formación no reglada o de experiencia profesional por el que también pueden percibir una cuantía; a ello se añade que el becario puede llevar a cabo su actividad en entidades u organizaciones sin ánimo de lucro, donde a su vez

⁴⁷ N. De Nieves Nieto, “Voluntariado y empleo en el Tercer Sector”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33, p. 306.

⁴⁸ De la alteración del sentido social del voluntariado: A. MADRID, *La institución del voluntariado*, op. cit., p. 14. El autor advierte que no se trata de ir contra la colaboración gratuita sino contra la mediatización de la misma, el autor defiende la autonomía social y política del voluntariado.

⁴⁹ J.L. Goñi Sein, “Las becas y el encubrimiento de contratos laborales”, *Revista Española de Derecho del trabajo*, nº 14, 1983, p. 293 y ss.

⁵⁰ Este programa europeo les cubre económicamente el 90% del desplazamiento y la estancia —alojamiento, comida, seguro médico, apoyo lingüístico, transporte local, formación— en periodos que van de los seis a los 12 meses. Los participantes también reciben un pequeño montante en concepto de dinero de bolsillo que gira en torno a los 100 euros al mes. Los proyectos, que se desarrollan en cualquiera de los Estados miembros y sus países vecinos, se enmarcan dentro de diversas áreas de cooperación: medio ambiente, mujer, menores, cultura, discapacidad, arte o multimedia, por lo que además pueden seguir ganando experiencia.

⁵¹ Trata de responder a esta pregunta con cifras demoledoras el artículo “Voluntario en la UE, ¿vía de escape o trampolín?”, publicado en <http://www.elpais.com>, de 4 de Marzo 2014.

podemos encontrar voluntarios⁵². A juicio del profesor BELLOCH SANZ hay un criterio que las diferencia rápidamente y es que la finalidad de la entidad de voluntariado ha de prevalecer sobre la personal del voluntario pero, a nuestro juicio, esta prevalencia no se da en todas las situaciones de voluntariado, cada vez con mayor frecuencia, el voluntario busca otras contraprestaciones personales y, por supuesto, faltando el valor de la solidaridad⁵³.

Los tribunales admiten el diseño plurimotivacional del voluntariado institucionalizado por el que se ha optado, pese a las incertidumbre respecto de su legalidad. A juicio de los tribunales⁵⁴ el sujeto voluntario no siempre tendrá una motivación altruista pura, sino que probablemente buscará otras finalidades como su integración en la entidad de voluntariado, que resultan totalmente compatibles con una prestación no totalmente gratuita de sus servicios. Estas contraprestaciones resultan inicialmente aceptables sin que, a priori, se puedan romper las notas definitorias del voluntariado, pero debe concurrir necesariamente un interés solidario, elemento subjetivo y finalista que lleva al ciudadano a realizar estas tareas⁵⁵.

Por ello hay que cuestionarse en qué medida detrás de un voluntario, formalmente dicho, no existe un trabajador precario⁵⁶ al que no le mueve el altruismo ni la solidaridad, sino intereses individuales frente a los comunitarios y donde los posibles beneficios derivados de la actividad “dejan de ser implícitos y pasan a hacerse explícitos y calculables”⁵⁷, incumplándose el art. 3.3. LV que exige que el trabajo voluntario no puede sustituir al trabajo remunerado.

Es cierto que la generalidad de los términos en los que se redacta la prohibición del art. 3.3 LV, añadido a las dificultades para acreditar en la

⁵² A juicio de P. Belloch Sanz, la diferencia entre ambas figuras radica en que “el rasgo diferencial, de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario, y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación realizado al patrimonio de la persona que la otorga, la cual no adquiere por tanto la posición de empleador o empresario jurídico del becario: *La actividad en Régimen de Voluntariado*, op. cit., p. 190.

⁵³ P. Belloch Sanz, *La actividad en Régimen de Voluntariado*, p. 190.

⁵⁴ TSJ de Castilla- La Mancha, sentencia de 12 de Julio 2007, Rec. 1481/2005 y TSJ de Cataluña, sentencia de 6 de Octubre de 2003, Rec. 4241/2003.

⁵⁵ TSJ de Cataluña, sentencia de 31 Mar. 2010, Rec. 208/2009.

⁵⁶ Para el TSJ de Cataluña sentencia de 21 de Diciembre 2010, (Rec. 3881/2010) éste ha sido un punto determinante para calificar de laboral la relación. Los actores percibían por sus servicios una “retribución mensual de 605 euros, y por consiguiente cobraban una remuneración que neutraliza la supuesta motivación altruista bajo la que se prestaban los servicios. Retribución que no era especialmente ridícula o puramente simbólica, pues si bien no llegaba a ser un sueldo normal de mercado acorde a su categoría profesional, si que era de entidad y cuantía más que suficiente para valorarla como una auténtica retribución de carácter salarial, teniendo en cuenta que la retribución lo era tan solo por cada guardia realizada, que no por una jornada de trabajo semanal completa, y mucho más allá de cualquier posible compensación por unos gastos que ni tan siquiera se ha intentado demostrar”.

⁵⁷ A. García Inda, “Aspectos legales del voluntariado: El modelo de la Ley 6/1996, de 15 de enero”, *Documentación Social*, nº104, 1996, pág. 215.

práctica que la incorporación de un determinado voluntario se ha efectuado para cubrir un puesto de trabajo que debería ser cubierto por un asalariado y la generosidad con la que se han descrito los cometidos atribuibles al voluntariado, hacen que nuestra tesis sea difícilmente demostrable. De ahí que, desde la doctrina se advierta de la necesidad de reformar la Ley para determinar qué labores son propias de voluntarios y cuáles de asalariados, a fin de comprobar, efectivamente, si la incorporación del voluntario a la entidad respeta o no el principio de complementariedad⁵⁸.

Desde luego, la Ley se debería poner freno a las prácticas abusivas de algunas organizaciones que denominan voluntariado a una auténtica relación laboral. Están apareciendo dudosos trabajos bajo la etiqueta de “voluntariado” asociado a grandes eventos culturales, religiosos, deportivos que, en general, están relacionados con actividades que reportan lucro a las empresas o instituciones que están implicadas en su organización. También se duda desde la doctrina del voluntariado asociado a grandes emergencias, que sin estar asociado al ánimo de lucro, está muy lejos de la acción social en términos de transformación social de las comunidades⁵⁹.

La acción voluntaria está fragmentada y al margen de los procesos comunitarios, poco interesada en la participación en grupos y en un contexto de escaso o nulo compromiso cívico⁶⁰. En la práctica la instrumentalización de este modelo de participación se produce en un doble nivel. Por un lado, se está potenciando el voluntariado por su enorme capacidad de generación de servicios a “coste cero” y, por otro lado, por los efectos individuales del voluntariado, con consecuencias integradoras a nivel individual, facilita el acceso al mercado de trabajo, otorga formación no reglada, etc⁶¹.

Actualmente, en algunos casos, el voluntariado se ha convertido en una “falsa entrada” al mercado de trabajo. La utilización de esta fórmula para conseguir a posteriori un trabajo asalariado es el oscuro reverso del “resplandeciente” aumento de contratados/as en el sector voluntario⁶². Se admite en algunos pronunciamientos que “la incorporación como voluntario es habitualmente utilizada para promocionar en el seno de la propia entidad sin ánimo de lucro, con el horizonte de poder pasar a la condición, de asalariado”⁶³.

⁵⁸ P. Belloch SanZ, *La actividad en régimen de voluntariado*, op. cit., p.182.

⁵⁹ P. Franco Rebollar y C. Guilló Girard, “Situación y tendencias actuales del voluntariado de acción social en España”, *Documentación Social*, n^o 160, 2011, p. 28

⁶⁰ En este sentido se pronuncia el informe “Profundizar en el voluntariado: los retos hasta 2020”, p. 45, elaborado por la Plataforma del Voluntariado en España en: http://www.plataformavoluntariado.org/ARCHIVO/documentos/recursos/PROFUNDIZAR_EN_EL_VOLUNTARIADO.pdf

⁶¹ A. Zurdo Alaguero, “El voluntariado en la encrucijada: consideraciones...”, op. cit., p. 93.

⁶² A. Zurdo Alaguero, “El voluntariado como estrategia de inserción laboral en un marco de crisis del mercado de trabajo...”, op. cit., p.13.

⁶³ Juzgado de lo Social n^o 4 de Sevilla, sentencia de 2 de Febrero 2004, Proc. 322/2003.

7. LOS LÍMITES JURÍDICO-LABORALES DEL “COMPROMISO” ADOPTADO POR EL VOLUNTARIO

El legislador consciente de la enorme trascendencia práctica que se hace derivar del acto de incorporación del voluntario a la entidad u organización, regula expresamente sus derechos y deberes.

El art. 6 enumera los derechos del voluntario que debe recibir información, formación, orientación (asimilable al contenido en el art. 4.2 b) ET), apoyo y medios materiales necesarios para el ejercicio de las funciones que se le asignen; deberá ser tratado sin discriminación; estar asegurado contra los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente del ejercicio de la actividad voluntaria; o realizar sus actividades en las debidas condiciones de seguridad e higiene en función de la naturaleza y características de aquélla. En el art. 7 se incluyen sus deberes: cumplir los compromisos adquiridos con la organización, guardar confidencialidad de la información recibida y conocida en el desarrollo de su actividad voluntaria, rechazar cualquier contraprestación material que pueda recibir por su trabajo, actuar de forma diligente, participar en la formación, respetar los recursos a su disposición, etc.

Más allá de los derechos y deberes citados, el contenido de la prestación del voluntario se especifica en el compromiso de incorporación -art. 9-, que concretará las funciones, actividades y tiempo de dedicación que se compromete a realizar el voluntario; el proceso de formación que se requiera para el cumplimiento de sus funciones; la duración del compromiso, así como, las causas y formas de desvinculación por ambas partes.

En la determinación de la jornada, tiempo, vacaciones, etc., entendemos aplicables los límites, incluidos en la normativa jurídico-laboral⁶⁴. En la Ley 6/1996, no se establece a lo largo de su articulado ninguna mención referente a la aplicación de los principios jurídico-laborales al voluntario durante el ejercicio de su actividad, pero dado que el Estatuto de los Trabajadores regula la prestación de un servicio por cuenta ajena con el objetivo de garantizar un mínimo de dignidad en el ejercicio de dichas funciones, se podría considerar a ésta como una norma aplicable por analogía, persiguiendo la salvaguarda del voluntario, ya que no tendría sentido que las condiciones de ejercicio de su actividad sean más penosas que las de un trabajador por el hecho de que las realice de forma altruista.

Los debates en la doctrina han girado en torno a la determinación de la naturaleza jurídica del compromiso en el que se incorporan las citadas condiciones del trabajo voluntario, a fin de concretar el orden jurídico competente para resolver los conflictos entre los voluntarios y las entidades en las que prestan los servicios.

⁶⁴ Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, sentencia de 2 de Febrero 2004, Proc. 322/2003.

Si consideramos que se trata de un contrato, sería un “contrato atípico”, ya que, a priori, no puede ser subsumido en ninguno de los contratos previstos en el Código Civil. Estaríamos ante un acuerdo de voluntades, independientemente de que el acuerdo beneficie sólo a uno de los intervinientes o de que la resolución del vínculo o del compromiso quede siempre abierta a una de las partes. La entidad receptora no posee ningún título que le habilite para exigir al voluntario la realización de la actividad a que éste se comprometió, como tampoco puede pretender el voluntario obtener ningún beneficio de su incorporación.

Otros Tribunales⁶⁵ afirman que se trata de un “tertium genus” en el que se combina la obligatoriedad del voluntario de rechazar cualquier tipo de contraprestación económica o material por su actividad, aunque sí podrá percibir compensaciones que preserven su indemnidad patrimonial y reconozcan su status de voluntario.

Otros autores admiten la cercanía de este compromiso a dos contratos civiles típicos: la donación (art. 618 CC) y el mandato (art. 1.709 CC); ya que si bien no puede calificarse la relación voluntarial como una clase de los contratos citados por las evidentes diferencias de naturaleza existentes, estiman que comparte con ambos contratos elementos comunes que ayudan a integrarlo en ese contexto jurídico⁶⁶.

Expuestas brevemente las diferentes teorías en torno a la naturaleza de dicho compromiso hay que decir que las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales al respecto son constantes, pero en tanto que estas relaciones de trabajo voluntario son una excepción de la regla general que se regula en el Estatuto de los Trabajadores, habrá que admitir una máxima del derecho y es que los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes, los caracteres de los actos realizados en su ejecución deben prevalecer sobre el *nomen iuris* empleado por los contratantes, de forma que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual⁶⁷.

⁶⁵ El TSJ de Castilla-la Mancha (sentencia de 12 Julio 2007, Rec. 1481/2005).

⁶⁶ N. De Nieves Nieto, “Voluntariado y empleo en el Tercer Sector”, op. cit. 307.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 Diciembre 2004, Rec. 5319/2003. En ella se advierte que “la primera premisa doctrinal de nuestro razonamiento es la constantemente repetida en éste y en otros órdenes jurisdiccionales de que la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto. Exponentes de esta consolidada doctrina jurisprudencial a lo largo de los años son, entre otras muchas, nuestras sentencias de 11 de diciembre de 1989 y de 29 de diciembre de 1999; esta última cita numerosos precedentes”.

8. LA CRISIS DEL EMPLEO FAVORECE EL VOLUNTARIADO

Estamos en un momento de fuerte crisis económica que está teniendo efectos negativos sobre las políticas sociales, al recortarse derechos en materias tan importantes como sanidad, educación, servicios sociales o dependencia. Como ya hemos podido comprobar, estos son precisamente los campos más ocupados por las organizaciones y entidades sin ánimo de lucro y por voluntarios. No en vano, hasta que entró en vigor la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, estas personas eran atendidas principalmente por la red familiar y por asociaciones de voluntariado, abriéndose con esta ley al mercado de trabajo una serie de actividades que estaban siendo atendidas a “coste cero”.

El proceso de implantación de la Ley 39/2006, además del indudable avance social comentado, también ha sido una importante fuente de empleo, estas circunstancias permitieron que se volviera a rescatar el término de “nuevos yacimientos de empleo” acuñado en 1993 por Jacques Delors en el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo, los cuales, tienen una doble función, dar respuesta a necesidades sociales parcialmente atendidas o sin atender y la creación de empleo.

La crisis económica está recortando derechos sociales básicos, como la dependencia⁶⁸, que necesitará, de nuevo, del trabajo de voluntarios para darle cobertura. Pero el voluntariado no puede sustituir al trabajo retribuido (art.3.3. LV) sólo puede complementarlo, en otro caso, se estaría haciendo un uso inadecuado de esta institución, y esa tesis sostenemos.

El índice de desempleo en nuestro país ha subido de forma alarmante, siendo más alto en las mujeres y los jóvenes, los últimos datos de la EPA (cuarto trimestre de 2013) muestran que frente a un 26,9% de mujeres hay un 25,3% de hombres y del conjunto de los desempleados, los menores de 25 años son el 55,1% frente al 23,8% que son mayores de 25 años.

Los que sufren más el desempleo –mujeres y jóvenes- son a su vez los

⁶⁸ A finales de diciembre de 2012 son 230.203 personas que están en el “limbo de la dependencia” lo que supone el 23% de las personas que tienen reconocido el derecho a ser atendidas. El resultado no parece tan malo en el gráfico anterior, ya que se aprecia un continuado descenso de este Limbo o desatención desde diciembre de 2010; pero ello sólo es producto de un “espejismo estadístico” producido por las bajas resultantes por una parte de la modificación del calendario de la Ley, que retrasa el derecho de ser atendidos a los dependientes moderados hasta el 2015, lo que hace que aquellas personas en situación de dependencia valoradas con grado I, que les otorgaba el derecho a ser atendidos, a partir del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, salieron del “Limbo de la Dependencia” al perder el derecho a ser atendidos; además de la baja de aquellas personas que durante todos esos meses han ido falleciendo: en el Observatorio de la dependencia en <http://www.directoreossociales.com/documentos/dictámenes-observatorio.html>.

más numerosos entre los trabajadores voluntarios⁶⁹, donde encontramos un 64,4% de mujeres y un 76,9% de menores de 35 años⁷⁰. Pero, ¿existe alguna correlación entre el elevado número de mujeres y jóvenes desempleados/as con el incremento de voluntarios/as mujeres y jóvenes?⁷¹.

Para responder a esa pregunta necesitamos conocer la situación laboral de los voluntarios y sobre este aspecto apenas hay datos; hasta hace unos años la tendencia era que la mayoría de las personas voluntarias estuvieran ocupadas. En la participación de las personas desempleadas en actividades de voluntariado (jubilados, estudiantes, desempleados o dedicados a las tareas del hogar), encontramos algunas diferencias significativas según la condición socioeconómica. Así, las personas que estaban en desempleo participarían menos que la media en las organizaciones religiosas y son las más activas en otro tipo de asociaciones voluntarias. Las personas desempleadas son junto con los estudiantes, quienes más presencia han tenido en las asociaciones juveniles o de estudiantes (probablemente por el fenómeno del paro juvenil en España); y, además, son el grupo más numeroso –después del estudiantil– que declara tomar parte en asociaciones de defensa de los derechos humanos o de apoyo social⁷².

Así pues, hasta hace poco no podíamos establecer esa correspondencia –más desempleados más voluntarios– porque eran los ocupados los que más voluntariado realizaban. En la actualidad, los datos cambian la tendencia y, efectivamente, encontramos un mayor porcentaje de desempleados realizando labores de voluntariado⁷³.

⁶⁹ La feminización del voluntariado se aprecia en todos los tipos de entidades, aunque de manera algo más moderada en las entidades de segundo y tercer nivel (58,1%), y que esto es así con independencia del número de personas voluntarias, ingresos que gestiona la entidad, el ámbito o el campo de acción de la entidad: diagnóstico de la situación del voluntariado de acción social en España, plataforma del voluntariado en España, informes, estudios e investigación 2011

⁷⁰ http://www.fundacionluisvives.org/actualidad/noticias/archivo/2012/12/18/mas_de_29_000_organizaciones_de_accion_social_espanolas_ofrecen_apoyo_a_traves_de_47_667_907_atenciones_directas_a_personas.html

⁷¹ Titulares como este “El paro y una mayor concienciación social disparan la cifra de voluntarios en Arousa” no es difícil encontrarlos en las diferentes comunidades autónomas, en <http://www.farodevigo.es> de 8 de Diciembre 2013. Al respecto R. SUSIN BETRAN advierte que existe una relación demasiado estrecha entre la caída del empleo y el incremento de voluntarios, en: “La institucionalización jurídica del voluntariado. La normalización de un proyecto radicalmente democrático”, AA.VV. *El voluntariado: regulación jurídica e institucionalización social*, ed. Egidio, Zaragoza, 1999, p. 186.

⁷² *Diagnóstico de la situación del voluntariado de acción social en España*, elaborado por la Plataforma del Voluntariado en España, informes, estudios e investigación 2011.

⁷³ “Sólo el programa de voluntariado de La Caixa en la provincia de Barcelona ha registrado entre el mes de septiembre y diciembre pasados un aumento del 24%. Es gente dispuesta a echar una mano. También Cáritas en los últimos meses ha duplicado el número de personas que acudían a sus oficinas para ofrecer su ayuda.”, *La Vanguardia*, 9-03-2009. Hay otras informaciones publicadas al respecto recogidas en la página web de la Plataforma del Voluntariado en España: <http://blog.plataformavoluntariado.org/2009/04/23/algunasnoticias-que-se-han-publicado-en-los-medios-sobre-la-crisis-y-el-voluntariado/>.

Las mujeres desempleadas que desarrollan labores de voluntariado son el 15,1% frente al 8,7% de asalariadas, cifras que se reducen cuando nos referimos a hombres, en tanto en cuanto realizan voluntariado el 10,4% de desempleados frente al 7,45 de los asalariados.

CLASIFICACIÓN DE VOLUNTARIOS POR TIPO DE ACTIVIDAD			
ACTIVIDAD	AMBOS SEXOS	HOMBRES	MUJERES
Empresarios	7,9	6,6	10,8
Asalariados	7,9	7,4	8,7
Parados	13,1	10,4	15,1
Inactivos	16,9	13,2	19,1
Estudiantes	6,6	5,9	7,3

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos del diagnóstico de la situación del voluntariado de acción social en España (2011).

El desempleo juvenil afecta, ahora más que nunca, a titulados universitarios, que encuentran en el voluntariado institucionalizado, fuertemente profesionalizado, el puente que facilita su entrada en el mercado de trabajo. La proporción de personas voluntarias entre 18 y 35 años es de un 42,6%, el grupo de 36 a 55 años representa el 32,5%, y el de voluntarios mayores de 56 años, el 22,3%; de estos últimos, más de un tercio son mayores de 65 años.

El perfil de las personas contratadas en el Tercer Sector se caracteriza por su juventud y por su alto nivel de estudios, aproximadamente dos tercios tienen estudios universitarios. Las encuestas sobre participación social indican que el nivel de estudios alcanzado y la situación laboral podría ser algo más determinante en el caso de la participación de los hombres que en la de las mujeres, donde las cifras son bastante más constantes. Cuanto mayor es el nivel educativo de los hombres más participan y la misma correlación se produce con su estatus económico, salvando el tramo más alto. En todos los tipos de actividades, cuanto mayor es el nivel de estudios alcanzado, más se participa socialmente, con la excepción de las actividades de las diferentes confesiones o de organizaciones religiosas, en las que quienes más participan son las personas que sólo han terminado la primera etapa de secundaria y niveles inferiores⁷⁴.

Una de las razones del cambio de tendencia –más desempleados realizando voluntariado- está en la promoción y el fomento del voluntariado institucionalizado, profesionalizado y mediatizado por parte de las Administraciones que consiguen un ahorro importante en la atención de los servicios

⁷⁴ *Diagnóstico de la situación del voluntariado de acción social en España*, elaborado por la Plataforma del Voluntariado en España, informes, estudios e investigación 2011,

públicos⁷⁵, de acuerdo, por otra parte, con los argumentos esgrimidos desde la Unión Europea. No en vano, algunas administraciones locales han sugerido a los desempleados que trabajen voluntariamente, para cubrir determinadas tareas que benefician a la comunidad⁷⁶, pero lo que no debería olvidarse y ya nos lo recuerdan algunos titulares de los diarios nacionales es que “Con el altruismo no se combate el desempleo”⁷⁷. “Nada está más lejos de un auténtico voluntariado social que el intrusismo, ya que el voluntario no invade el terreno profesional, sino que colabora con los técnicos en tareas que no podrían llevarse a cabo puesto que se trata de un modo de actuar que no se encuentra en el mercado laboral. También están lejos el militatismo, por digna y respetable que sea la ideología o creencia que lo informa”⁷⁸.

El alto índice de desempleo, unido al empuje que el voluntariado supone para la entrada en el mercado de trabajo, ya sea, porque la propia institución en la que presta los servicios con el transcurso del tiempo puede llegar a laborizar la relación, ya sea, porque supone la adquisición de experiencia profesional facilitando la entrada en el mercado de trabajo, en general, está incrementando sustancialmente el número de trabajadores voluntarios y convirtiendo en atractiva esta actividad que más que voluntaria es “trabajo precario”.

⁷⁵ “El Ayuntamiento formará a 18 voluntarios en materias como la atención a dependientes”, hallada en eldairiodeleón.es de 4 de marzo de 2014 o “La Vall forma a voluntarios para atender a las personas mayores” en <http://www.elperiodicomediterraneo.com> de 24 de Febrero; o “El Concello crea un proyecto de voluntariado para atender a mayores y dependientes”, en <http://www.vozdegalicia.es> de 31 de Enero de 2008; “La Asamblea de Cruz Roja busca voluntarios para su nuevo programa de proximidad local”, en <http://www.elfarodeguadarrama.com> de 15 de Octubre de 2012; “¿De quién dependerá la dependencia?” en <http://www.elpais.com> de 10 de Febrero 2013.

⁷⁶ “Casi 30.000 parados han sido llamados como voluntarios forzosos desde 2006”, en <http://www.eldiario.es> de 29 de Mayo de 2013. En esta noticia se denuncia que “desde 2006 a 2011, cerca de 30.000 personas que estaban en paro y cobraban algún tipo de prestación tuvieron que hacer tareas voluntarias para alguna administración pública, según las estadísticas recogidas por el Ministerio de Empleo. La normativa laboral permite desde el año 82 que bajo una fórmula llamada “colaboración social” las administraciones llamen a los desempleados a hacer este tipo de tareas no remuneradas -pero por las que se da un complemento económico que se suma a la prestación- mientras siguen en el paro. Eso sí, la norma permite que estas personas ‘desaparezcan’ de las estadísticas como parados mientras llevan a cabo estos ‘trabajos’.

⁷⁷ La alarma saltó después de que la Comunidad de Madrid publicara el martes una orden en la que convocaba subvenciones para que los ayuntamientos ocupen a los desempleados en estas tareas, pero solo a los que siguen cobrando una prestación o subsidio, es decir, quedan fuera las personas que ya no perciben ingresos. Los diferentes decretos estatales que regulaban esta posibilidad ya contemplaban que estas tareas fueran llevadas a cabo solo por desempleados con prestación”.

⁷⁸ En <http://www.elpais.com> de 30 de Enero de 2012. La noticia de ese titular versa sobre unas declaraciones de la alcaldesa de Madrid, Ana Botella, que planteó abiertamente que algunos servicios municipales que permanecen cerrados porque no hay dinero para contratar personal podrían abrirse al público si los voluntarios los atendían.

⁷⁹ “¿Cómplices de una injusticia social?”, revisada en <http://www.elpais.com>, de 30 de Enero 2012.

9. EL “COLABORADOR SOCIAL” O “VOLUNTARIO FORZOSO” DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA HA SIDO REINTERPRETADO POR LA JURISPRUDENCIA

Algunas de las sospechas que tenemos respecto del abuso que se está dando en relación con el voluntariado vienen a ser constatadas por el último pronunciamiento del Tribunal Supremo⁷⁹, no relacionado directamente con el trabajo voluntario, sino con una figura cercana en sus orígenes a éste, como es la del “colaborador social”.

En los años 90 las Administraciones locales ponen en marcha programas de voluntariado que levantan ampollas y suscitan importantes críticas por parte de las entidades u organizaciones sin ánimo de lucro, al entender, primero, que la Administración no debe poner en marcha y gestionar directamente programas de voluntariado porque les estarían usurpando un espacio propio, colonizando espacios de participación cívica, desvirtuándolos, y además, neutralizando el pretendido potencial crítico que pudiera emanar del voluntariado hacia el poder político y, segundo, que se utilizarían en muchos casos a los voluntarios en la implementación de programas de los ayuntamientos, sustituyendo trabajo remunerado, problema que ya nos hemos encontrado.

Algunos ayuntamientos abandonan los programas públicos de voluntariado y la mayoría opta por un modelo de gestión (escuelas de voluntariado, programas de promoción de voluntariado, bolsas de voluntariado, etc.), dirigido fundamentalmente al fomento del voluntariado instrumental y a enlazar oferta y demanda de voluntarios (y por otro lado, se externalizan servicios y programas públicos, que pasan frecuentemente a manos de ciertas entidades del Tercer Sector —y que los ponen en marcha acudiendo en mayor o menor medida a los voluntarios—). Pero, junto a estas medidas se introdujo la figura de los colaboradores sociales que no son voluntarios, porque falta la “libertad” de elección en tanto que se les puede obligar a la realización de la actividad, pero tampoco perciben la retribución legalmente establecida. Estamos ante una figura que tuvo su origen en el trabajo voluntario, organizado por las Administraciones Públicas, pero que ha sido reordenado legalmente para alejarlo formalmente del “voluntariado”, en tanto en cuanto no es una actividad “libre”, pero manteniendo la característica del trabajo voluntario de ausencia de retribución convencionalmente prevista.

Los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, sobre Medidas de Fomento del Empleo, con las modificaciones operadas por el Real Decreto 1809/1986, de 28 de junio, regulan los trabajos de colaboración social como aquéllos contratos celebrados entre la Administración pública y los

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Enero 2014, Rec. 3090/2012.

perceptores de prestación o subsidio de desempleo que reúnan los siguientes requisitos: 1) que se trate de trabajos de utilidad social y redunde en beneficio de la Comunidad, 2) que tengan carácter temporal, 3) que coincida con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado, 4) que no supongan un cambio de residencia habitual del trabajador.

Este tipo de trabajos de colaboración social sólo pueden desarrollarse en Administraciones Públicas (art. 2 Estatuto Básico del Empleado Público) y en entidades sin ánimo de lucro, a tenor del art. 213.3, párrafo segundo, de la LGSS: “los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en la que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que corresponda”.

La ley considera que esta relación no es de carácter laboral sino de carácter administrativo. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial, pese al reconocimiento genérico del carácter no laboral de la relación surgida al amparo de dicha normativa, ha ido fluctuando, en atribuirle o no, según periodos, carácter laboral a la relación, en aquellas ocasiones en que se estima que se incumple con los requisitos establecidos en los art. 38 y 39 del citado Real Decreto.

La denominación de “colaboradores sociales” genera menos sospechas y una reacción menos adversa en las entidades del Tercer Sector, pero, de nuevo hay que hablar del uso perverso que se está haciendo de esta figura⁸⁰, porque trabajos “que sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad” son todos los que se efectúen por la Administración Pública. No en vano, algu-

⁸⁰ Titulares que encontramos respecto del abuso de esta figura: “La Junta de Personal denuncia el “abuso” que se hace de los colaboradores sociales en la administración del Estado”, en <http://www.miciudadreal.es> de 23 de Febrero 2014. En <http://www.20minutos.es> de 5 de Noviembre 2013, señala “136 ayuntamientos de Madrid fuerzan a parados a cubrir empleos municipales”, en la noticia se recoge que el 76% de los municipios de Madrid están utilizando a personas en paro para cubrir puestos de personal funcionario, interino o eventual y paliar las carencias de sus servicios municipales. Los consistorios lo hacen gracias al Programa de Recualificación Profesional en Trabajos de Colaboración Social, publicado en la Orden 2445/2013, de 16 de mayo, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se regulan las subvenciones para la colaboración con los Ayuntamientos en la realización del Programa de Recualificación Profesional de Desempleados Participantes en Trabajos Temporales de Colaboración Social y se convocan subvenciones para el año 2013 (BOCM nº 125, de 28 de mayo). Según las cifras de la Consejería de Empleo, 3.600 parados están realizando tareas de limpieza, jardinería, obras públicas o pequeñas chapuzas en 136 de los 179 ayuntamientos de la región. Lo hacen consumiendo su prestación por desempleo y sin cotizar a la Seguridad Social.

nos medios de comunicación han otorgado el título de “voluntarios forzosos”⁸¹ a estos colaboradores sociales que trabajan para las Administraciones locales⁸².

La ley no define cuáles son esos trabajos, sólo indica que deben ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad, pero el Tribunal Supremo lo ha interpretado de forma flexible⁸³, señala que es razonable entender que todo trabajo realizado para una Administración Pública que se corresponda con los fines institucionales de ésta es, en principio, un trabajo de utilidad social y que redundará en beneficio de la comunidad, habida cuenta de que, por imperativo constitucional, “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales” (art. 103.1 CE). Por tanto, salvo casos excepcionales de desviación de poder, se puede afirmar que los trabajos realizados para cualquier Administración Pública cumplen el requisito exigido por el art. 213.3. a) Ley General de Seguridad Social y, en idénticos términos, por el art. 38.1 del RD 1445/1982 sin necesidad de que dichos trabajos tengan una especial connotación social y pudiendo además consistir en tareas meramente instrumentales.

Por ello la acreditación de que las obras, trabajos o servicios contratados son de utilidad social, como exige el 39 del citado Real Decreto se deriva, en principio, de la propia naturaleza pública de la Administración contratante, si bien se trata de una presunción *iuris tantum* de veracidad, recayendo la carga de probar lo contrario en quien niegue que eso es así lo que, como hemos dicho antes, solamente ocurrirá en casos verdaderamente excepcionales.

Frente a lo que sucede con las Administraciones Públicas, las entidades sin ánimo de lucro, tanto si son públicas como si son privadas, deberán acreditar documentalmente que las obras, trabajos o servicios objeto del contrato en cuestión tienen “utilidad social” (art. 39.1 RD 1445/1982), sin que baste su mera y simple declaración y sin poder beneficiarse de ninguna presunción de que los trabajos por ellas contratados tienen utilidad social y/o redundan en

⁸¹ Los titulares de los diarios denominan así a los “colaboradores sociales”, por ejemplo, en <http://www.eldiario.es> de 29 de Mayo de 2013 son este titular “Francisco, ingeniero y voluntario forzoso”, se refiere a un colaborador social denominándolo (voluntario forzoso), una figura laboral que lleva tiempo aplicándose en la Comunidad de Madrid. “De hecho, actualmente hay más de 300 desempleados que realizan algún tipo de labor en 29 consistorios de la región, normalmente limpieza y conservación de espacios verdes y edificios históricos, fomento de la cultura y el deporte y atención a mayores”.

⁸² Por el desempeño de sus tareas como colaborador social recibe un complemento salarial de un máximo de 500 euros que abona la Comunidad y 60 horas de formación que ni siquiera tiene que ser específica para sus puestos. El citado complemento sumado a su prestación por desempleo debe suponer unos ingresos iguales a la base reguladora por la que cotizaba cada empleado antes de quedarse sin trabajo. Se les garantiza, al menos, el salario mínimo interprofesional. En la mayoría de los casos, las corporaciones están desembolsando una cantidad media de entre 200 y 300 euros por trabajador, ya que casi todos los seleccionados son peones o auxiliares. La incorporación es obligatoria so pena de perder la prestación por desempleo.

⁸³ Sentencia de 22 de Enero 2014, Rec. 3090/2012.

beneficio de la comunidad.

Ahora bien, además de tratarse de un trabajo de utilidad social que redunde en beneficio de la Comunidad debe tener carácter temporal y si el primer requisito ya ha sido interpretado jurisprudencialmente de forma muy flexible, no sucede lo mismo con el segundo, que ha sido reinterpretado por el Tribunal Supremo para poner límites a los abusos que se estaba sufriendo la figura del colaborador social.

Hasta hace poco el Tribunal Supremo⁸⁴ sostenía que la temporalidad exigida en estas modalidades de trabajo social no guardan relación con la temporalidad por obra o servicio determinado a que se refiere el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y el art. 2 del Real Decreto 2546/94, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de Contratación, sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado.

Dicha doctrina ha sido felizmente rectificadas recientemente por este Tribunal, al considerar que la temporalidad que define en términos legales el tipo contractual no está en función de la duración máxima del vínculo, que se relaciona con la de la prestación de desempleo, sino que debe predicarse del trabajo objeto del contrato. La temporalidad del trabajo no se puede probar atendiendo a la duración de una prestación de la Seguridad Social de la que disfruta el colaborador social, como es la de desempleo, porque si ello fuera así, carecería de sentido que el art. 39. 1 RD 1445/1982 exigiera a la Administración Pública contratante la acreditación de “la obra, trabajo o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización” (letra a), así como, “la duración prevista tanto del total de la obra, trabajo o servicio, como de la actuación de los trabajadores por especialidades y categorías” (letra c). Tales cautelas serían innecesarias si el carácter temporal de la contratación dimanara, simplemente, del hecho de que el trabajador contratado debe ser necesariamente un perceptor de la prestación o subsidio de desempleo que, obviamente, no dura indefinidamente.

La sentencia del Tribunal Supremo advierte que si los servicios prestados *se corresponden con las actividades normales y permanentes de la Administración demandada sin que se haya justificado ningún hecho determinante de temporalidad y habiéndose mantenido la relación durante más de dos años a partir de sucesivas prórrogas*, la contratación efectuada no tiene amparo en el art. 213.3 LGSS ni en el Real decreto 1445/1982 y, en consecuencia, no juega la exclusión de laboralidad prevista en el primero de tales preceptos.

En esta sentencia la Sala desmonta la tesis anteriormente mantenida, vinculando la duración de la prestación al trabajo objeto del contrato y no a la de la percepción de la prestación o subsidio.

⁸⁴ Sentencia de 23 de Julio 2013, Rec.2508/2012.

10. CONCLUSIONES

El trabajo voluntario desde un punto de vista sociológico tiene unos caracteres que lo diferencian claramente del trabajo asalariado, aunque estemos ante una prestación de servicios en cualquiera de los casos.

El trabajo voluntario no sólo es una prestación de servicios, es una forma de participación cívica basada en los valores de la solidaridad y el altruismo y en el deseo de transformación de la sociedad. Desde estas fórmulas asociativas de carácter comunitario, autónomas social y políticamente hablando, las personas trabajaban para complementar la labor del Estado⁸⁵.

Con el transcurso del tiempo, el voluntariado se ha ido alterando por la acción de la Administración pública que lo ha institucionalizado. El voluntariado se ha convertido en un instrumento en manos del Estado, perdiendo su capacidad transformadora. Tanto desde instancias estatales como supra-estatales se insiste en el valor económico del voluntariado y en el ahorro de costes que éste supone, por lo que se insiste en la importancia de que se fomente y promocióne entre los ciudadanos.

Hace unos años aumentó considerablemente el número de entidades no lucrativas y se profesionalizaron, extendiendo sus áreas de intervención a otros campos más allá de la asistencia social. No olvidemos que la Ley del Voluntariado es tan amplia en la descripción de su ámbito objetivo que, casi podríamos decir, que cualquier materia es susceptible de abordarse por estas entidades.

Con la especialización del voluntariado han aparecido nuevas motivaciones que justifican el desarrollo de estas actividades y ha desaparecido, en muchos casos, el desinterés, la solidaridad o el afán transformador de la sociedad. Sin que queramos decir que ha desaparecido el verdadero voluntario, tenemos que denunciar que algunos trabajos que aparecen bajo la etiqueta de “voluntarios” no son tal.

Este trabajo se realiza, a veces, en condiciones muy similares al trabajo

⁸⁵ El Manual de Medición del trabajo Voluntario de la OIT, 2011, advierte que el trabajo voluntario y el trabajo remunerado son más bien considerados como complementarios y no se excluyen mutuamente.

– Los trabajadores voluntarios se encuentran disponibles, a menudo, por períodos de tiempo limitados.

– No tienen necesariamente la experiencia precisa o las competencias exigidas para un empleo específico.

– Por otra parte, los voluntarios pueden, con frecuencia, contribuir en formas en que el personal remunerado puede tener mayores dificultades (por ejemplo, en relaciones de compartir las experiencias).

– El trabajo voluntario como la experiencia del voluntariado se encuentran reforzados cuando las tareas realizadas están organizadas de manera que se incluye la colaboración con los trabajadores remunerados.

asalariado, en una entidad u organización que no tiene afán de lucro pero compete en el mercado con la empresa privada que presta sus mismos servicios y que lucha por conseguir una subvención pública.

Dada la flexibilidad alcanzada por los elementos que caracterizan al trabajo asalariado en el trabajo voluntario, sin por ello llegar a desaparecer, el único aspecto que diferencia claramente una modalidad de trabajo de la otra es la ausencia de retribución. Al trabajador voluntario no le mueve la contraprestación económica sino otros valores, como la solidaridad o el compromiso con la sociedad. Podemos decir que dichas compensaciones no materiales sustituyen la compensación económica, típica del trabajo asalariado. Ello nos permite establecer dos binomios: trabajo asalariado-compensación material y trabajo voluntario-compensación inmaterial.

Cuando al trabajador no le mueven esos valores inmateriales a los que hemos hecho referencia, surgen las dudas en torno a su legalidad, porque ¿para qué trabaja el voluntario?. Claramente, son otras las motivaciones que le mueven al desarrollo de ese tipo de trabajo, también legítimas, pero para que sea trabajo voluntario en sentido estricto deben concurrir otras notas y si así no fuera, habrá que sospechar de esas relaciones no laborales y comprobar en qué medida no son “trabajo precario”.

POLÍTICA EMPRESARIAL PREVIA Y SUPRESIÓN DE LA EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD: UNA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LAS FACULTADES DE CONTROL DEL ORDENADOR UTILIZADO POR EL TRABAJADOR

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

*Profesor Titular de Universidad. Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

EXTRACTO

Palabras clave: Contrato de trabajo, privacidad, derechos fundamentales, poder de control empresarial, uso del ordenador

Las facultades de control y vigilancia que se insertan en el contenido del poder de dirección no pueden utilizarse de tal modo que supongan una lesión de derechos fundamentales, especialmente los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En los últimos años son cada vez más frecuentes los litigios en este ámbito, y el Tribunal Constitucional ha elaborado una rica doctrina, inclusive en relación con el uso del ordenador en el trabajo. En estos casos, el control parece depender de la política empresarial previa, criterio que aparentemente proporciona seguridad jurídica, pero que también suscita dudas de compatibilidad con los derechos fundamentales. El presente estudio pretende clarificar si la doctrina sobre el control del uso del ordenador rediseña el alcance de las facultades empresariales, y en último término propone una interpretación alternativa.

ABSTRACT

Key words: Contract of employment, right to privacy, fundamental rights, corporate control, computer use

The powers of control and surveillance, which are inserted into the contents of the employer's power, cannot be used in such a way that they pose an injury of fundamental rights, especially the rights to privacy and to secrecy of communications. The litigation in this area are increasingly frequent in recent years, and the Constitutional Court has developed a rich doctrine, including in relation to the use of the computer at work. In these cases, the control seems to depend on previous business policy, criteria which apparently provides legal certainty, but which also raises doubts of compatibility with fundamental rights. This study aims to clarify whether the doctrine on the use of computer control redesigns the scope of employer's power, and ultimately proposes an alternative interpretation.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: MEDIOS LÍCITOS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL TRABAJADOR.
2. LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS EMPRESARIALES (NO INFORMÁTICOS) CON FINES PERSONALES.
3. EL CONTROL DEL USO DEL ORDENADOR POR PARTE DEL TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA CONSISTITUCIONAL: LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA Y LA POLÍTICA EMPRESARIAL PREVIA COMO ELEMENTOS PRINCIPALES DE JUICIO.
4. ¿NUEVO CRITERIO JURISPRUDENCIAL O DOCTRINA DIFERENTE PARA EL CONTROL DEL ORDENADOR Y DE OTROS MEDIOS EMPRESARIALES?
5. REDISEÑANDO LOS LÍMITES AL CONTROL EMPRESARIAL DEL ORDENADOR: ALCANCE Y EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN EMPRESARIAL DE USO PERSONAL DEL ORDENADOR.
6. FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL PARA CONSTATAR LA VERACIDAD DE UNA SOSPECHA.
7. CONTROLES EN AUSENCIA DE SOSPECHA: LA FINALIDAD COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LAS FACULTADES EMPRESARIALES.
8. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL CONVENIENTE RETORNO AL JUICIO DE PONDERACIÓN Y AL CRITERIO DEL USO INOCUO.

1. INTRODUCCIÓN: MEDIOS LÍCITOS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL TRABAJADOR

Como es bien sabido, el art. 18 ET dispone que «sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo»¹. Por su parte, el art. 20.3 ET permite que el empleador adopte «las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso». Este marco normativo se debe ajustar, desde luego, a las exigencias que derivan del derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE), en su conexión con la dignidad de la persona (art. 10 CE).

Ahora bien, los avances tecnológicos han propiciado que los mecanismos de control aumenten exponencialmente su potencial lesivo respecto de los derechos del trabajador, y en particular la afectación al derecho a la intimidad ha sido objeto de litigios frecuentes. No conviene olvidar que el deseo de organizar de la manera más eficiente posible la actividad productiva puede derivar en medidas dirigidas a maximizar el rendimiento laboral y la productividad, intensificando los mecanismos de control a través de medios que pueden resultar invasivos.

¹ Vid. C. Molero Manglano, *Inviolabilidad de la persona del trabajador*, REDT, nº 100, 2000, pp. 543 y ss.; J.I. García Ninet, “De los registros del trabajador y del respeto máximo a la dignidad e intimidad de éste”, en J.I. García Ninet (Dir.), *El control empresarial*, CISS, Valencia, 2005, pp. 181 y ss.

La jurisprudencia constitucional relativa a la delimitación y alcance de las medidas de control y vigilancia es abundante, y muy rica en matices, con el objetivo último de conciliar esas facultades empresariales con los derechos del trabajador. Entre esa jurisprudencia cabe destacar la relativa a la utilización de cámaras de video² o micrófonos³, cuya lícita instalación está supeditada a la acreditación de un interés empresarial legítimo y al respeto al principio de proporcionalidad, ya que no cabe un «exceso en el control»⁴ o una «invasión excesiva del ámbito personal del trabajador»⁵.

Es obvio que tales medios de control no se justifican en determinadas dependencias empresariales, donde el derecho a la intimidad prevalece claramente sobre los intereses del empleador (*v.gr.*, aseos, vestuarios). Las facultades empresariales cuentan con más intensidad en los lugares donde se desarrolla la actividad laboral, pero también en ellos el derecho a la intimidad permite establecer limitaciones, puesto que pueden «producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo» (STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6º). A efectos del imprescindible juicio de ponderación, debe tomarse en consideración no sólo el lugar donde el mecanismo o instrumento de control actúa, sino también factores muy distintos, como el carácter masivo o indiscriminado de tales medios, si son o no visibles o conocidos, y cuál es su finalidad.

La jurisprudencia constitucional no se ha limitado a establecer esos criterios de necesidad y razonabilidad, sino que ha introducido un nuevo requisito: la información al trabajador cuando el incumplimiento se haya detectado a través de un medio no diseñado específicamente para el control del trabajador o de su actividad. En palabras de la STC 29/2013, de 11 de febrero, «las cámaras de video-vigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo; captaron, por tanto, su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato. De los hechos probados se desprende que la persona jurídica titular del establecimiento donde se encuentran instaladas las videocámaras es la Universidad de Sevilla y que

² Vid. STC 186/2000, de 10 de julio.

³ Vid. STC 98/2000, de 10 de abril.

⁴ Cfr. S. Del Rey Guanter, «Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismo auditivos», en M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII (2000)*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 198.

⁵ Cfr. A. Montoya Melgar, «Control del trabajador desleal y alcance del derecho de éste a la intimidad», en M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar (Dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII (2000)*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 317.

ella fue quien utilizó al fin descrito las grabaciones, siendo la responsable del tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen» (FJ 8º)⁶.

Ese marco general debería resultar asimismo de aplicación a los supuestos de control y vigilancia del uso de las herramientas que el empleador pone a disposición de los trabajadores, pero que también son susceptibles de una utilización con finalidad personal, como el coche de empresa o un teléfono móvil. Los tribunales han extendido las reglas generales a ese ámbito, pero el control del ordenador puesto a disposición del trabajador ha dado lugar a una doctrina que aparentemente parte de premisas diferentes. Esa línea interpretativa, que pone el acento sobre la información previa proporcionada por el empleador, es compartida por el TC, el TS y la Agencia Española de Protección de Datos. Pese a ello, los criterios sobre los que se asienta esa doctrina, si no se vinculan a las peculiaridades del caso concreto, podrían dar lugar a interpretaciones de muy diverso signo, y alguna de ellas conduciría a resultados desproporcionados. Conviene, así pues, realizar un balance de esa reciente doctrina para constatar si se ha producido un cambio jurisprudencial, bien sea en lo relativo a la eficacia de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en el ámbito de la relación de trabajo, bien sea en relación con el uso del ordenador proporcionado por el empresario, en comparación con la utilización de otros medios o herramientas de trabajo.

2. LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS EMPRESARIALES (NO INFORMÁTICOS) CON FINES PERSONALES

El control empresarial sobre el trabajador puede exceder de la mera comprobación del cumplimiento de las obligaciones laborales básicas, de la ejecución de la prestación de trabajo en sentido estricto, y extenderse a todas aquellas facetas de la relación laboral que, en caso de conducta reprobable, pudieran encajar en la transgresión de la buena fe contractual. Por tanto, esos medios de control y vigilancia podrían dirigirse a averiguar si el trabajador uti-

⁶ Abundando en ese argumento, la sentencia afirma que «no contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo».

liza los medios empresariales con fines personales⁷, y eventualmente podrían llegar a afectar a la esfera personal o íntima del individuo, a circunstancias que deberían encontrarse al margen del alcance del poder de dirección.

La forma de controlar el contenido de los medios empresariales puestos a disposición de los trabajadores (ordenador, teléfonos fijo y móvil, etc.) constituye, desde luego, un punto de fricción cada vez más habitual, por los riesgos potenciales que supone la introducción de medios telemáticos, y en particular de internet, en el entorno de trabajo⁸. El derecho a la intimidad personal coadyuva en algunas de estas situaciones con la garantía del «secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial» (art. 18.3 CE), pero esos derechos deben conciliarse con la libertad de empresa, y, desde luego, con los legítimos poderes empresariales de control y vigilancia.

En relación con los medios no informáticos, los tribunales suelen valorar, principalmente, la frecuencia de la conducta inapropiada del trabajador y la eventual tolerancia de la empresa, amén de unas instrucciones claras sobre el uso. Una conducta ocasional o previamente tolerada –mediando incluso una autorización genérica para el uso privado-⁹, aunque eventualmente podría ser objeto de sanción, no presenta de ordinario una dosis suficiente de gravedad como para justificar el despido; alguna sentencia introduce también el concepto de «uso normal o razonable» para limitar los supuestos de despido a las situaciones de mayor gravedad, que constituyen un abuso de confianza¹⁰.

A la postre, la buena fe, el uso inocuo u ocasional, la tolerancia empresarial, las advertencias o amonestaciones previas y el perjuicio económico que sufre la empresa son criterios que sirven para dilucidar si es legítima una sanción por el uso con fines particulares de medios empresariales. La casuística es variada, y la solución depende de la mayor o menor trascendencia en la valoración que se conceda a cada una de esas circunstancias¹¹.

⁷ Vid. F. Pérez De Los Cobos Orihuel, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 72 y ss.; L.A. Fernández Villazón, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 184 y ss.; J.R. Mercader Uguina, *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 95 y ss.

⁸ Vid. M.F. Fernández López, “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en M.E. Casas Baamonde, F. Durán López y J. Cruz Villalón (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 658 y ss.

⁹ La STSJ de Cantabria de 28-8-1996 (recurso de suplicación 1189/1996) declara improcedente el despido de un trabajador a consecuencia de que la factura del teléfono móvil corporativo había ascendido a 98.603 pesetas. La sentencia valora que se trataba de un trabajador desplazado al extranjero y que la propia empresa, al entregarle el teléfono, le había autorizado para informar a su familia.

¹⁰ Vid. SSTSJ de Andalucía/Málaga de 9-10-2002 (recurso de suplicación 1364/2002) y de Cataluña de 15-7-2002 (recurso de suplicación 2534/2002).

¹¹ Vid. I.A. Rodríguez Cardo, *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, CES Asturias, 2009, pp. 128 y ss. (http://www.cesasturias.es/ficha_publicacion.php?idPublicacion=120).

En relación con la utilización del teléfono móvil, la doctrina judicial no valora el medio de control empleado, sino únicamente la licitud de la reacción empresarial una vez descubierto el incumplimiento. Las razones, seguramente, estriban en que la empresa conoce el gasto por ser la titular de la línea, con la consiguiente obligación de hacer frente a la factura. No hay, pues, ninguna intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador.

Cuestión distinta es el control y vigilancia de la utilización de otros medios empresariales puestos a disposición del trabajador, como por ejemplo un vehículo. El medio de control más habitual consiste en instalar un dispositivo GPS de localización, lo que supone, a diferencia del teléfono móvil, una conducta activa susceptible de vulneración del derecho a la intimidad. La doctrina judicial faculta al empleador para valerse de esta clase de instrumentos, advirtiendo, en primer lugar, que la medida no se conecta necesariamente con el control del trabajador, sino que puede responder a una finalidad productiva, porque en determinadas actividades permitiría al empresario llamar preferentemente a los trabajadores que se encontrasen más cerca en una eventual situación de urgencia. E incluso tales medios podrían justificarse por razones de seguridad (*v.gr.*, chófer en un vehículo de lujo, comprobación de mejores rutas, etc.).

En su faceta de herramienta de control y vigilancia, la doctrina judicial suele considerar que la instalación de un GPS no es una medida especialmente invasiva, sino que, al contrario, respeta el principio de proporcionalidad, por las dificultades de control que se aprecian cuando el trabajador realiza actividades móviles o itinerantes. La desactivación de ese instrumento por parte del trabajador, cuando su utilización se justifica, es merecedora de sanción¹². En ocasiones simplemente se afirma que este medio de control no lesiona el derecho a la intimidad, mientras que en otras se prefiere obrar con mayor cautela, valorando explícitamente que el empleador haya precisado claramente las obligaciones del trabajador¹³, le haya advertido de la implantación del GPS y, además, que no se hubiera pactado ni tolerado un uso privado del vehículo¹⁴.

Por supuesto, en caso de sospecha previa las limitaciones son menores, precisamente porque el medio de control se utiliza con una finalidad concreta, y no de forma indiscriminada¹⁵, y en estos casos la advertencia de control puede ser genérica, sin indicación explícita sobre la instalación de un GPS¹⁶. Tampoco conviene olvidar que mediante un dispositivo GPS se obtiene exclusivamente la localización del vehículo, y no se graban imágenes ni sonido, por lo que la intromisión en la intimidad del trabajador resulta sensiblemente

¹² Vid. STSJ de Andalucía/Granada de 25-1-2012 (recurso 2924/2011).

¹³ Vid. STSJ de Madrid de 13-10-2009 (recurso 4032/2009).

¹⁴ Vid. STSJ de Galicia de 17-1-2014 (recurso 3483/2013).

¹⁵ Vid. STSJ de Madrid de 20-11-2013 (recurso 1496/2013).

¹⁶ Vid. STSJ de Cataluña de 5-3-2012 (recurso 5194/2011).

menor, salvo que el control y vigilancia se extienda a actividades privadas. En este sentido, si tales dispositivos permiten localizar al trabajador fuera del tiempo y lugar de trabajo, y por tanto en el contexto de su vida privada, sólo en supuestos excepcionales cabría admitir que la medida empresarial resulta legítima¹⁷.

3. EL CONTROL DEL USO DEL ORDENADOR POR PARTE DEL TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA Y LA POLÍTICA EMPRESARIAL PREVIA COMO ELEMENTOS PRINCIPALES DE JUICIO

Como es bien sabido, las SSTC 241/2012, de 17 diciembre, y 170/2013, de 7 octubre, contienen la doctrina más reciente relativa al control y vigilancia de la utilización del ordenador por el trabajador, en conexión con los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Toda la argumentación se construye a partir de la premisa de que el ordenador es una herramienta de trabajo propiedad de la empresa, de modo que el empleador puede limitar su utilización con fines personales, en cualquiera de las funcionalidades que admite ese instrumento.

Las sentencias citadas valoran especialmente que exista una prohibición empresarial explícita de uso personal de los medios empresariales. En presencia de una política empresarial clara, la sentencia 241/2012, analizando el acceso a unos ficheros informáticos en los que habían quedado registradas las conversaciones electrónicas mantenidas por dos trabajadoras a través de un programa de mensajería que habían instalado en un ordenador de uso común a todos los trabajadores y sin contraseña, advierte que no existe una «situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador», y por consiguiente, «no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial» (FJ 6º STC 241/2012).

El hecho de que el medio utilizado para la comunicación entre trabajadores no estuviera protegido por contraseña o encriptado parece adquirir una relevancia fundamental, pues ese canal «abierto», accesible por todos, admite el control empresarial sin vulnerar el secreto de las comunicaciones, a la vez que implica, en cierto modo, una renuncia al derecho a la intimidad de los trabajadores que utilizan ese medio. En este sentido, la sentencia advierte que «la

¹⁷ Vid. STSJ del País Vasco de 10-5-2011 (recurso 644/2011), en relación con la colocación de un GPS en el vehículo particular del trabajador con el fin de constatar si realizaba actividades incompatibles con su estado durante una situación de IT.

atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde el punto de vista de la actuación empresarial de control»¹⁸.

Esa doctrina se completa con la contenida en la STC 170/2013, en un supuesto de hecho particular, donde la empresa, ante la sospecha de que el trabajador proporcionaba información confidencial a la competencia, había accedido al ordenador portátil puesto a disposición del trabajador con el fin de comprobar los correos electrónicos enviados y recibidos, constatándose efectivamente el incumplimiento. La sentencia considera que la tipificación en el convenio colectivo, como infracción leve, del uso de los medios informáticos propiedad de la empresa con fines personales suponía una prohibición explícita en orden a su utilización, y como consecuencia «el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, *ex art.* 20.3 LET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo» (FJ 4º).

Con gran contundencia, la sentencia insiste en que «no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial», ya que «la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe». El secreto de las comunicaciones no resulta vulnerado porque «la remisión de mensajes enjuiciada se llevó pues a cabo a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales indicadas, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario» y «sometido en consecuencia a su posible fiscalización».

Esos mismos argumentos son utilizados para rechazar la vulneración del derecho a la intimidad, ya que se insiste en que el trabajador no cuenta con una «expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial» cuando existe una política clara en contra de la utilización de esos medios con fines personales. En suma, el mismo criterio justifica la medida tanto desde la perspectiva del derecho a la intimidad, como desde la óptica del secreto de las comunicaciones.

¹⁸ Vid. E.E. Talens Visconti, *La expectativa razonable de confidencialidad como presupuesto de vulneración de derechos fundamentales en la fiscalización informática llevada a cabo por el empresario*, AS, nº 8, 2013 (BIB 2013\2377).

La sentencia concluye afirmando que «no consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes refleje aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros, conforme a la Sentencia recurrida, implicaba una transgresión de la buena fe contractual». Debe resaltarse, no obstante, que la actuación empresarial venía precedida de una sospecha previa, de modo que el empleador buscaba pruebas para demostrar el incumplimiento, y no había procedido a un control general e indiscriminado del ordenador de todos los trabajadores.

La jurisprudencia ordinaria camina en la misma dirección. En efecto, la STS de 6-10-2011¹⁹, presuponiendo la prohibición previa empresarial, ya afirmó que «si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo». De este modo, se legitiman los controles empresariales a través de «programas espía».

Es una doctrina que coincide sustancialmente con la elaborada por el TEDH, ya que ese Tribunal considera que en ausencia de una advertencia previa sobre el control del uso, el trabajador tiene una «expectativa razonable de privacidad» cuando utiliza los medios empresariales, y, por tanto, la obtención y el almacenamiento de información personal relativa al uso del teléfono o de internet sin conocimiento del trabajador son contrarios al derecho al respeto de la vida privada, salvo que se demuestre una justificación objetiva y razonable²⁰. Tanto el TC como el TS —así como la Agencia Española de Protección de Datos²¹— deducen de esa doctrina que en presencia de una política empresarial restrictiva la expectativa de privacidad desaparece.

4. ¿NUEVO CRITERIO JURISPRUDENCIAL O DOCTRINA DIFERENTE PARA EL CONTROL DEL ORDENADOR Y DE OTROS MEDIOS EMPRESARIALES?

La jurisprudencia más reciente sobre el control empresarial de los medios informáticos puestos a disposición del trabajador genera dudas razonables so-

¹⁹ Rcu. 4053/2010.

²⁰ Vid. STEDH *Copland vs. Reino Unido* (de 3-4-2007, recurso 62617/00), apartado 42.

²¹ Vid. http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/conceptos/common/pdfs/2009-0582_Tratamiento-de-datos-del-correo-electr-oo-nico-de-los-trabajadores-por-el-empresario.pdf.

bre la vigencia de los criterios previamente asentados en relación con otras herramientas de trabajo, porque en esos casos precedentes –no conocidos por el TC, cierto es– el control no dependía, o al menos no de manera tan evidente, de la existencia de unas previas y precisas instrucciones sobre el uso personal, y, más concretamente, de una prohibición expresa de su utilización con fines particulares. En cambio, el TC, y también el TS, advierten que la prohibición empresarial expresa de uso personal del ordenador elimina la expectativa de privacidad, y por tanto legitima un control más intenso sobre el contenido, inclusive el correo electrónico, porque la supresión de la expectativa de privacidad desactiva la tutela que proporcionan el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones.

En principio, tanto el TC como el TS parecen referirse exclusivamente a los medios informáticos, por lo que no es claro que esta doctrina pueda extrapolarse a otros supuestos distintos. Así, la jurisprudencia relativa a la instalación de cámaras u otros aparatos de control y vigilancia no se ha visto afectada por estas nuevas sentencias, porque es una doctrina que se construye a partir de premisas distintas (no se trata de herramientas de trabajo). También resulta evidente que los registros sobre la persona y efectos del trabajador, e incluso sobre la taquilla, siguen otros parámetros. En el caso de los registros sobre la persona y los efectos del trabajador la expectativa de privacidad es máxima, y por ello deben cumplirse las garantías del art. 18 ET. También ha de llegarse a la misma conclusión respecto de la taquilla, pues, por más que se trate de una propiedad empresarial, el contenido se presupone personal, y no puede considerarse como una herramienta de trabajo susceptible de control ordinario para evitar una mala utilización.

Ahora bien, determinadas herramientas de trabajo distintas del ordenador pueden ser utilizadas con fines personales, y se suscitan dudas acerca de la aplicación analógica de la doctrina antes expuesta. Piénsese en la utilización del teléfono móvil (no sólo en relación con las llamadas o mensajes, pues los *smartphones* disponen de conexión a internet, y acceso por tanto a correo electrónico y redes sociales), o incluso del teléfono fijo en el puesto de trabajo. Entra en juego en estos casos el art. 20 ET, y no el 18 ET, pues se trata del control de la actividad laboral.

En aplicación de la última doctrina jurisprudencial podría defenderse, por ejemplo, que en presencia de una prohibición explícita sobre el uso de medios empresariales con fines personales el empleador está legitimado para grabar todas las llamadas entrantes y salientes desde el teléfono fijo o móvil propiedad de la empresa, de modo que las conversaciones sean grabadas y susceptibles de consulta en cualquier momento. Siguiendo el mismo argumento, el empleador podría acceder a todos los mensajes de correo electrónico, así como a los mensajes enviados o recibidos por SMS o a través de otros programas de

mensajería (como el Whatsapp). En la medida en que el trabajador no dispone de una «expectativa de privacidad», el canal de comunicación debería considerarse «abierto», y susceptible por tanto de control y vigilancia empresarial, al igual que el ordenador.

Sin embargo, una interpretación de esa índole colisiona, en cierta medida, con la respuesta que el TS ofreció para el control de la actividad de *telemarketing*²², pues, aunque admitió la monitorización, valoró especialmente la proporcionalidad de la medida empleada, que implicaba controles aleatorios (un 0,5%) y limitados a las llamadas entrantes –no a las salientes–, y el hecho de que las especiales características de la actividad hacían imprescindible ese control para verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del trabajador. Es razonable suponer que en el caso de trabajadores no dedicados a actividades de venta telefónica, o que no desarrollen el núcleo de su prestación laboral a través del teléfono proporcionado por la empresa, las limitaciones para la monitorización de las conversaciones habrían resultado mayores. En cambio, a partir de la jurisprudencia relativa al uso del ordenador cabría defender, sin mayores dificultades, la legitimidad de la grabación de todas las conversaciones telefónicas en cualquier sector de actividad o puesto de trabajo, con las únicas condiciones de que la herramienta o instrumento utilizado sea propiedad empresarial y haya existido una prohibición expresa de uso personal; el espacio para la «propia esfera de desenvolvimiento del individuo» (STC 98/2000) quedaría, pues, notablemente reducido.

Nótese, asimismo, que la doctrina relativa a la vigilancia del uso del ordenador no se asienta en los criterios que tradicionalmente había manejado la jurisprudencia constitucional. En la construcción de la doctrina relativa a la colisión de los derechos fundamentales con los intereses empresariales el TC siempre había tenido presente que el medio de control no resultase especialmente invasivo, y, a modo de ejemplo, en el caso de la utilización de cámaras distinguía entre la captación exclusiva de la imagen y la captación de imagen y sonido, aduciendo que «la implantación del sistema de audición y grabación

²² «Si el teléfono controlado se ha puesto a disposición de los trabajadores como herramienta de trabajo para que lleven a cabo sus funciones de telemarketing y a la vez disponen de otro teléfono para sus conversaciones particulares, si, como se ha apreciado, los trabajadores conocen que ese teléfono lo tienen sólo para trabajar y conocen igualmente que puede ser intervenido por la empresa, si además la empresa sólo controla las llamadas que recibe el trabajador y no las que hace, si ello lo realiza de forma aleatoria –un 0,5%–, y con la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio para su posible mejora, la única conclusión razonable a la que se puede llegar es a la de que se trata de un control proporcionado a la finalidad que con el mismo se pretende, en el sentido antes indicado. En ese mismo sentido se trata de un control que es necesario puesto que no se conoce otro medio más moderado para obtener la finalidad que se pretende –juicio de necesidad–, es idóneo para el mismo fin –juicio de idoneidad– y ponderado o equilibrado porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y no parece que del mismo se puedan derivar perjuicios para el derecho fundamental de los trabajadores –proporcionalidad en sentido estricto–»; cfr. STS de 5-12-2003 (rcud. 52/2003).

no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial»²³.

La jurisprudencia relativa a la utilización del ordenador prescinde de ese principio de «intervención mínima», puesto que –al menos en apariencia– permitiría instalar «programas espía», o habilitar medios para el control exhaustivo del uso del ordenador, de modo que el empleador pueda conocer todos los archivos que contiene, las páginas web visitadas, el contenido de los correos electrónicos y, en general, cualquier actividad o interacción del trabajador con el ordenador, lo que resulta difícilmente conciliable con el principio de proporcionalidad²⁴. La doctrina científica ya ha advertido que el test de proporcionalidad no parece necesario «cuando se ha afirmado por un lado la existencia de un derecho de control del empresario, y por otro lado la inexistencia en el caso de un ámbito protegido de intimidad del trabajador»²⁵.

Por consiguiente, el TC parece admitir -implícitamente- que el control y vigilancia empresarial sobre la actividad del trabajador puede revestir grados distintos en función de las circunstancias. Es posible, como ya se ha dicho, que esta última doctrina deba vincularse inescindiblemente a los dos supuestos de hecho que debía resolver el TC, y que deba por tanto renunciarse a crear reglas generales a partir de argumentos elaborados para casos muy particulares. No obstante, la lectura de ambas sentencias permitiría defender que las facultades empresariales se intensifican cuando se pretende controlar el uso de las herramientas empresariales puestas a disposición del trabajador, especialmente si se trata de medios informáticos. La implantación de mayores cautelas parece responder a un temor de uso desviado, con la asunción de que la potencialidad lesiva para los intereses empresariales resulta elevada.

Si esta línea interpretativa se consolida será necesario un rediseño de los contornos tradicionales de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Y si el perímetro de tales derechos debe reformularse, la nueva configuración seguramente afectará a la utilización de los medios no informáticos. En último término, si se admite que un empleador puede comprobar el contenido del ordenador utilizado por el trabajador, incluido el correo electrónico, no habría ninguna razón para negar que también puede monitorizar el contenido de todas las conversaciones telefónicas que mantengan sus empleados desde el teléfono fijo o móvil suministrado por la empresa, e incluso los mensajes enviados y recibidos por correo electrónico, SMS o programas

²³ Cfr. STC 98/2000, de 10 de abril.

²⁴ Vid. A.B. Muñoz Ruiz, *Instrumentos informáticos de utilización generalizada en la empresa o medios de uso personal y secreto de las comunicaciones (Comentario a la STC 241-2012, de 17 de diciembre de 2012)*, Justicia Laboral, nº 55, pp. 100 y ss.

²⁵ Cfr. A. Martín Valverde, *Uso extralaboral del correo electrónico empleando medios informáticos de la empresa. Control empresarial: requisitos*, AL, n 2, 2014, pág. 190.

de mensajería instantánea. Hasta el momento, una intervención de ese calibre exigía garantías extraordinarias o adicionales, pero la última jurisprudencia del TC suscita múltiples incertidumbres. No conviene olvidar que el uso personal del teléfono móvil, de una tableta o de un ordenador portátil puede tener lugar fuera del tiempo y lugar de trabajo, y en muchas ocasiones no se genera coste o perjuicio alguno para la empresa. En consecuencia, resulta imprescindible una reflexión detenida sobre el alcance y consecuencias de este nuevo criterio jurisprudencial y, en concreto, sobre los efectos que puede desplegar la prohibición empresarial de uso personal de los medios empresariales.

5. REDISEÑANDO LOS LÍMITES AL CONTROL EMPRESARIAL DEL ORDENADOR: ALCANCE Y EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN EMPRESARIAL DE USO PERSONAL DEL ORDENADOR

La jurisprudencia constitucional sobre el control del uso del ordenador pivota, como se ha dicho, sobre dos premisas. En primer lugar, la titularidad empresarial del ordenador. Y en segundo lugar, la existencia de una política empresarial clara en relación con su utilización. En resumen, si el ordenador es propiedad de la empresa y sólo puede ser utilizado como herramienta de trabajo no hay riesgo de que el control revele datos personales o sensibles, por cuanto el trabajador es consciente de que el ordenador podría ser objeto de control, y por consiguiente su contenido conocido por el empleador en cualquier momento, salvo que se demuestre tolerancia empresarial respecto del uso personal.

El argumento, así concebido, podría dar lugar a un resultado desproporcionado, pues llevado al extremo atribuye al empleador unos poderes exorbitantes. Obviamente, no cabe negar que el poder de dirección empresarial permite establecer límites al uso de los medios empresariales con fines personales, pero esa política empresarial no puede legitimar cualesquiera instrumentos de control, máxime cuando en ocasiones tal política, propiamente dicha, no existe, ni se identifican previamente los eventuales medios de control. E incluso cuando la prohibición existe, es frecuente que se admita una utilización “excepcional” de esos medios empresariales con propósito personal²⁶, aunque los tribunales ordinarios suelen mantener que la prohibición general elimina la expectativa de privacidad, a pesar de esos resquicios²⁷.

El argumento elaborado por la jurisprudencia constitucional resulta atractivo, y también operativo en muchas situaciones, pero no conviene olvidar las

²⁶ Así sucede en el supuesto de hecho resuelto por la STSJ de Madrid de 16-12-2013 (recurso 1237/2013), aunque el Tribunal entiende que la prohibición resultaba clara y terminante.

²⁷ Vid. STSJ de Valencia de 25-6-2013 (recurso 1111/2013).

características de los supuestos de hecho que motivaron esa doctrina. Obviamente, el TC no afirma, ni defiende, que la prohibición empresarial previa, por sí sola, pueda tener como resultado la minimización de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Y a la inversa, la ausencia de una prohibición expresa de uso personal de los medios empresariales no debería justificar una utilización de tales instrumentos sin sujeción a reglas, ni impide desde luego el control empresarial. A la postre, las dos partes ligadas por el contrato de trabajo deben comportarse conforme a la buena fe, principio que el trabajador debe respetar al utilizar los instrumentos o herramientas que pone a su disposición la empresa, pero que también limita las posibilidades de control del empleador.

La doctrina sentada por el TC será a buen seguro enriquecida cuando ese Tribunal conozca de supuestos de hecho con otros rasgos diferentes, y alguna de las afirmaciones que contienen estas sentencias será matizada, porque la interpretación y aplicación del tenor literal podría dar lugar a actuaciones desproporcionadas. En este sentido, la política empresarial previa adquiere una relevancia desmesurada, y sus efectos desbordan su ámbito natural de actuación, que en este contexto debería vincularse a la modulación del poder disciplinario, y no a las facultades de control y vigilancia de la actividad laboral.

Las SSTC 241/2012 y 170/2013, sin embargo, vinculan las facultades de control empresarial con la existencia de una previa prohibición empresarial, con las dudas que ello genera. Por un lado, no sólo se admite el control específico destinado a detectar un incumplimiento, sino un control genérico, ya que el objeto de esa actividad de vigilancia no se concreta. Por otro, se genera la apariencia de que en ausencia de prohibición la utilización de los medios empresariales con fines personales se tolera, seguramente atendiendo a esa doctrina del TEDH en relación con la expectativa de privacidad, doctrina, por cierto, elaborada a partir del concepto de *privacy* anglosajón, que no es exactamente coincidente con el contenido del derecho a la intimidad reconocido por el art. 18 CE, y cuya extrapolación al ordenamiento español habría requerido, seguramente, de mayores matices.

A partir de las sentencias citadas podría entenderse que la prohibición de uso personal de medios empresariales incide tanto en la posibilidad de control como en el objeto y medios para proceder al mismo. Dicho de otro modo, esa prohibición activaría o legitimaría el control, y, además, ampliaría los modos de ejercerlo. Así configurada, la prohibición empresarial despliega efectos hasta ahora desconocidos, porque las facultades de control y vigilancia, y por extensión el poder de dirección, no requerían de advertencias previas, siempre, desde luego, que se respetasen las condiciones mínimas vinculadas al respeto a los derechos fundamentales y a la buena fe.

En verdad, la voluntad empresarial no debería justificar el control del contenido del ordenador, ni ampliar las facultades del empleador con tal finalidad,

de tal forma que pueda comprobar el contenido de los correos electrónicos enviados o recibidos. Ello no cercena, en absoluto, sus facultades de vigilancia. En esta línea, conviene insistir en que el control y vigilancia de la actividad del trabajador no requiere, de ordinario, un aviso previo ni sobre el hecho mismo del control, ni sobre el medio empleado, pues el interés empresarial en la constatación del cumplimiento de las obligaciones laborales es evidente, y los medios de control pueden ser múltiples, aunque debe garantizarse en todo caso el respeto a los derechos fundamentales del trabajador. De ahí que el TC se haya ocupado con mayor intensidad de delimitar los medios de control y vigilancia que pueden ser utilizados lícitamente por el empleador. En cambio, en relación con el ordenador se presta menos atención al método de indagación y más a la constatación real del incumplimiento.

Posiblemente, la necesidad de una prohibición empresarial previa que actúe como presupuesto del control es un criterio jurisprudencial que en origen pretendía proteger al trabajador. Comoquiera que prácticamente ninguna empresa había realizado tales advertencias, los controles se entendían ilegítimos. Sin embargo, la difusión del criterio conllevará, obviamente, que el número de empresas que prohíban expresamente el uso personal de los medios empresariales aumente, siendo previsible que a corto o medio plazo la práctica totalidad de empleadores adopten esa posición, máxime si se entiende, como se desprende de la jurisprudencia constitucional, que la tipificación de una infracción en el convenio equivale a esa política empresarial. Desde esa perspectiva, el criterio jurisprudencial que nació como garantía generará un efecto perverso, pues una mera declaración empresarial permitirá el control indiscriminado de todos los medios puestos a disposición del trabajador, sin que, hasta el momento, se haya perfilado con claridad si el test de constitucionalidad sigue plenamente operativo.

De este modo, el criterio inicialmente garantista podría derivar en la práctica anulación de los efectos de dos derechos fundamentales (intimidad y secreto de las comunicaciones) a partir de una mera declaración de voluntad del empleador, lo que daría lugar a resultados desproporcionados. Parece evidente que la jurisprudencia constitucional seguirá evolucionando, y que no cabe desligar las sentencias citadas del caso concreto. Con las dificultades que conlleva hacer predicciones de futuro, es probable que esa evolución transite por una dirección similar a la que se aprecia en la jurisprudencia ordinaria relativa al finiquito. Recuérdese que en un primer momento el Tribunal Supremo entendía que ese documento de saldo y finiquito tenía carácter liberatorio si la declaración en él plasmada era suficientemente clara y terminante, lo que supuso de inicio sentencias favorables a los trabajadores. No obstante, cuando los documentos se aquilataron con expresiones suficientemente claras y terminantes, el Tribunal Supremo introdujo numerosos matices que han acabado

por desvincular el efecto liberatorio de la literalidad del documento, haciendo primar los aspectos materiales sobre los formales.

Haciendo un paralelismo con ese criterio jurisprudencial, la doctrina relativa al uso personal de los medios empresariales se encuentra, seguramente, en una etapa inicial o embrionaria, que dota de una eficacia inusitadamente elevada a un aspecto meramente formal, como es la prohibición de uso personal de los medios empresariales. Si a raíz de esa declaración unilateral se generalizan prácticas exorbitantes, con controles exhaustivos basados, exclusivamente, en la previa prohibición, el TC introducirá los pertinentes matices, poniendo el acento en la legitimidad de los medios de control. A la postre, los supuestos de hecho que resuelven las sentencias citadas cuentan con tales peculiaridades que no debería interpretarse que la prohibición empresarial permite todo control y por cualquier medio. Ni, a la inversa, que en ausencia de prohibición la tolerancia es absoluta.

A corto o medio plazo, el TC quizás exigirá que la política empresarial sea mucho más precisa, indicando específicamente cómo y cuándo se efectuarán los controles. En presencia de esa mayor concreción, a buen seguro se entenderá que la expectativa de privacidad desaparece, pues el trabajador conoce que el control puede llevarse a cabo y el medio de control empleado. Todo dato, documento o conversación se encontraría en un canal abierto, y por tanto no amparado ni por el secreto de las comunicaciones ni por el derecho a la intimidad.

Pero un argumento de esta índole, aunque proporciona mayor seguridad jurídica, resultaría difícilmente compatible con la protección de los derechos fundamentales, a salvo de que se entienda que la política empresarial previa permite eludir el test de constitucionalidad, y en particular valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida. Obviamente, no cabe duda de que el control del ordenador del trabajador resulta habitualmente idóneo para comprobar si se ha producido o no un incumplimiento de ciertas obligaciones laborales, pero el criterio de la necesidad y el de la proporcionalidad exigen un razonamiento más aquilatado, donde la finalidad del control se convierte en esencial.

Cuestión distinta es que mediando prohibición no cabe argumentar tolerancia empresarial, y el mero incumplimiento resultaría sancionable, sin las matizaciones que sin duda proceden cuando la política empresarial no se haya explicitado²⁸. Dicho en otros términos, la prohibición empresarial previa debería conectar con la política empresarial para sancionar, pero no con la política empresarial para vigilar. Las facultades de control y vigilancia no pueden verse mediatizadas por el mero hecho de que el empleador no prohíba expresamente una conducta que naturalmente supone un incumplimiento laboral, pero esas

²⁸ Vid. M. Carrasco Durán, *El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa*, Revista Aranzadi Doctrinal nº 9/2014 (BIB 2013\2695).

advertencias previas pueden resultar determinantes en un estadio posterior, el de la sanción tras el descubrimiento de la infracción. De este modo, la utilización personal de medios empresariales podría no resultar sancionable cuando fuera inocua, por no conllevar un perjuicio para el empleador, ni una disminución de rendimiento apreciable. Obviamente, no cabe defender que el trabajador tenga derecho a utilizar herramientas empresariales con fines personales, pero, en general, los tribunales vienen advirtiendo que determinados incumplimientos de escasa entidad (*v.gr.*, faltas menores de puntualidad) que no generan daño alguno para el empresario no son sancionables si se aprecia cierta tolerancia empresarial con esas conductas, que los usos sociales legitimarían. Por consiguiente, el control empresarial sería posible, pero el uso personal de los medios empresariales no siempre resultaría sancionable.

Por supuesto, el empleador puede modificar ese grado de tolerancia, e incluso suprimir cualquier generosidad, pero para ello debe advertir explícitamente a los trabajadores sobre esa decisión. En esos términos, la prohibición de uso de los medios o herramientas empresariales con fines personales no incidiría en sí misma sobre las posibilidades de control, sino sobre la eventual reacción ante un incumplimiento, ya que permitiría sancionar esa conducta aunque no se originase daño o perjuicio alguno para la empresa. El poder de dirección empresarial permite organizar los recursos, y dar las pertinentes órdenes e instrucciones, sin que el trabajador pueda aducir el uso inocuo o los usos sociales cuando contraviene una orden empresarial directa.

En suma, la vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones no tiene lugar por el mero control de la actividad del trabajador, sino por el objeto de ese control y la finalidad perseguida con la actuación empresarial. Cuando el medio utilizado resulte especialmente invasivo habrá que declarar la vulneración de los correspondientes derechos fundamentales, pero ello no prejuzga el derecho empresarial al control y vigilancia de la actividad, sino únicamente el modo de actuación. La política empresarial previa, así pues, despliega los efectos que le son propios en el marco de las facultades disciplinarias, eliminado el margen de tolerancia, pero no habría de incidir en las posibilidades de control, ni en los medios a disposición del empresario para efectuar tal vigilancia. Las facultades de control derivan, por supuesto, del poder de dirección, y esas facultades deben depender, esencialmente, de la finalidad del control. En este sentido, la existencia o no de sospecha previa resulta determinante.

6. FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL PARA CONSTATAR LA VERACIDAD DE UNA SOSPECHA

El poder de dirección empresarial atribuye al empleador una serie de facultades, y entre ellas las de control y vigilancia. Ahora bien, es menester encontrar un equilibrio entre las legítimas facultades del empleador y los derechos que mantiene el trabajador, como persona, en el ámbito de la relación laboral. Y para garantizar ese equilibrio parece aconsejable atender, principalmente, a la finalidad perseguida con el control, pues de esa circunstancia dependerán, en buena medida, los modos de actuación lícitos del empleador. En efecto, las posibilidades de control empresarial del ordenador dependen, esencialmente, del fin perseguido con ese control, toda vez que el empresario puede querer comprobar, meramente, si el trabajador ha utilizado las herramientas empresariales con exclusivos fines profesionales, o bien podría contar con una intención más específica, cual es la de constatar una sospecha de incumplimiento. Se trata, sin duda, de controles de diferente naturaleza, que el ordenamiento debería contemplar también de manera distinta. La finalidad perseguida debería resultar determinante en el análisis de la legitimidad de los instrumentos empleados.

Obviamente, se presupone que los controles efectuados se desarrollan por voluntad unilateral del propio empleador, y sin consentimiento por tanto del trabajador. Ese consentimiento, de existir, valida en principio la actuación empresarial, si bien la eficacia del consentimiento del trabajador es una cuestión delicada, porque debería ser expreso, *ad hoc* –la habilitación genérica al empresario en el propio contrato suscita serias dudas de compatibilidad con los derechos fundamentales²⁹-, y no forzado por el temor a eventuales represalias; admitir el consentimiento tácito por la existencia de una previa advertencia empresarial sin oposición manifiesta no concuerda bien con la tutela reforzada que proporcionan los derechos fundamentales³⁰, salvo que de las circunstancias concurrentes pueda estimarse que el trabajador ha realizado actos de disposición sobre una información, en principio, íntima/privada. Pero desde luego no cabe inferir tal consecuencia del mero hecho de que el ordenador sea propiedad de la empresa.

En ausencia de ese consentimiento, debe aceptarse, como premisa de partida, que el empleador está legitimado para efectuar los controles pertinentes en orden a constatar si los trabajadores cumplen sus obligaciones laborales, por cuanto se trata de un componente esencial del poder de dirección. En esos términos, el control y la vigilancia de la actividad laboral no puede condicionarse, en modo alguno, a una previa advertencia empresarial sobre ese control y/o los

²⁹ Vid. P.H. Antonmattei, *NTIC et vie personne au travail*, Droit Social, n° 1, 2002, pág. 40.

³⁰ En sentido contrario, vid. A.V. Sempere Navarro y C. San Martín Mazzucconi, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 68 y ss.

medios empleados a tal efecto. El empleador puede proceder a esa vigilancia aun en ausencia de advertencias previas, obviamente, pero habrá de utilizar medios adecuados. El problema jurídico, así pues, no consiste en determinar si el empleador puede o no controlar, sino qué medios están a su disposición para efectuar la vigilancia, y esos medios deberán estar directamente conectados con la finalidad perseguida.

En el caso de que el empleador cuente con una sospecha fehaciente de incumplimiento, el control empresarial puede ejercerse de manera más intensa. Resulta imprescindible, desde luego, acreditar la existencia y verosimilitud de esa sospecha, que no puede convertirse en un mero pretexto para un control indiscriminado o exorbitante. Pero ante una sospecha fundada y razonable, la finalidad del control consiste, precisamente, en verificar si el incumplimiento se ha producido efectivamente, y conseguir por tanto las pruebas pertinentes. Si esa es la finalidad, y desde luego parece legítima, es lícito verificar el contenido del ordenador y monitorizar su uso –así como grabar las conversaciones telefónicas-, siempre que la medida resulte necesaria y proporcional.

Es decir, cuando no existan otros medios menos invasivos para constatar tal incumplimiento y cuando la comprobación se limite a datos, documentos o archivos vinculados con esa conducta ilícita, el empleador estará legitimado para constatar el contenido. Pero resulta imprescindible establecer las necesarias cautelas, pues en el caso de que las conversaciones, archivos o documentos no guarden relación alguna con el trabajo y se presenten como inidóneos para el fin pretendido (*v.gr.*, conversaciones telefónicas o telemáticas con familiares, datos bancarios personales del trabajador, según los casos, etc.), la comprobación del contenido no es necesaria para el fin pretendido y, por tanto, no se justifica.

En estos términos, una vez constatada la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida resulta admisible un control del contenido del ordenador, o de los correos electrónicos, con independencia de que exista o no política empresarial previa sobre el uso de medios empresariales con fines personales. Aunque el art. 18 ET no resulte en puridad aplicable a estas situaciones, no debe olvidarse que el legislador acepta, mediando las debidas garantías, el registro de las «taquillas y efectos particulares» de los trabajadores sin previas advertencias ni prohibiciones explícitas, por lo que resulta difícil rechazar el control sobre los instrumentos o herramientas de su propiedad puestos a disposición de los empleados, ámbito en el que la potencialidad lesiva del derecho a la intimidad es muy inferior.

Obviamente, el test de proporcionalidad debería efectuarse *a priori*, porque el control empresarial no puede legitimarse en función de que se descubra o no el incumplimiento. La medida puede resultar idónea, necesaria y proporcional aun cuando el resultado sea infructuoso, y podrá ser innecesaria y

desproporcionada –pese a su idoneidad- incluso aunque demuestre el incumplimiento. Desde esta perspectiva, el empleador deberá acreditar, en primer lugar, que existen indicios razonables para la sospecha, y, en segundo término, que la medida de control que pretende utilizar es adecuada para verificar el incumplimiento, y no existe un medio de eficacia similar menos invasivo o con menor riesgo para la intimidad del trabajador. En ese contexto, el control del contenido del ordenador resulta legítimo, con independencia del resultado que proporcione esa vigilancia.

En fin, cuando la medida se muestre como eficaz, pero no se hayan explorado alternativas menos invasivas, aumenta el riesgo de que el empleador acceda a información o datos que no debería conocer, porque deberían estar al margen de sus facultades ordinarias de control, y ese conocimiento injustificado podría conducir a sanciones o acarrear perjuicios al trabajador por motivos diferentes a la finalidad del control. Piénsese, por ejemplo, que a resultados del control el empleador comprueba correos electrónicos del trabajador dirigidos a un familiar cercano en el que critica a sus superiores jerárquicos, sin traspasar la frontera de las ofensas verbales o físicas, o descubre que el trabajador padece una enfermedad o que va a tener un hijo. Es una información que, desde luego, el trabajador no pretendía que el empleador conociera, y la consideración del canal como “abierto” en función de que exista o no prohibición empresarial es un artificio jurídico contrario a las mínimas garantías que deberían rodear al derecho a la intimidad, siempre que se acepte que este derecho mantiene alguna virtualidad en el marco de una relación de trabajo.

7. CONTROLES EN AUSENCIA DE SOSPECHA: LA FINALIDAD COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LAS FACULTADES EMPRESARIALES

La sospecha previa concede al empleador facultades de vigilancia más intensas, por cuanto sólo a través de determinados mecanismos podrá constatar fehacientemente si el trabajador cumple sus obligaciones laborales. En cambio, en ausencia de sospecha el empleador no busca verificar un incumplimiento concreto, sino simplemente cerciorarse sobre el correcto quehacer laboral de los trabajadores. Se trata, por tanto, de controles genéricos, que el empleador puede efectuar en el marco de sus facultades de control y vigilancia ordinarias, advierta o no expresamente a los trabajadores. Lógicamente, esos controles deben respetar las exigencias constitucionales, pero el control no es, ni puede considerarse, ilegítimo por el mero hecho de que no se haya preavisado. Es menester, desde luego, valorar las circunstancias concurrentes en el caso, pero debe admitirse, por un lado, que el empleador conserva sus facultades de con-

trol y vigilancia aunque no haya prohibido el uso de medios empresariales con fines personales, y, en segundo lugar, que muchas medidas de control verían frustrada su finalidad si el interesado es previamente advertido³¹.

Ahora bien, los controles deberían superar en todos los casos el test de constitucionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), de modo que no resultan admisibles cuando no encajen en ese marco, con independencia de la advertencia empresarial previa. La virtualidad de esa política empresarial previa debería vincularse, exclusivamente, con la tolerancia empresarial y el uso inocuo, sin modular o matizar el alcance de los derechos fundamentales a partir de una dudosa conexión con la denominada expectativa de privacidad.

La política empresarial previa de carácter restrictivo, por tanto, no atribuye mayores facultades de control. No es necesario, ni proporcional, que el empleador se arrogue la facultad de control exhaustivo sobre cualquier herramienta o instrumento que utilice el trabajador, pues en tal caso debería admitirse que el empleador puede efectuar un control minucioso y permanente sobre toda la actividad del trabajador en ejecución de su trabajo, inclusive, por ejemplo, a través de cámaras de grabación de video y audio enfocadas al puesto de trabajo con la exclusiva finalidad de control de la actividad laboral. Si se acepta que este último medio es lesivo (de la intimidad, o en su caso de la propia imagen, vinculados ambos derechos con la dignidad), no hay razón para negar que resulta igualmente invasiva la grabación de todas las conversaciones telefónicas o la monitorización absoluta del ordenador que utiliza el trabajador (instalando *keyloggers* o, en general, programas espía, incluso aunque el trabajador esté advertido).

Los medios de control deben, desde luego, vincularse al objetivo y finalidad pretendidos por ese control, y sólo en supuestos excepcionales el empleador puede demostrar un interés legítimo para comprobar el contenido de las conversaciones que el trabajador mantenga a través de programas de mensajería instantánea o de correos electrónicos (asumiendo, obviamente, que el ordenador sea propiedad de la empresa y el correo electrónico corporativo). Cuando el empleador no puede demostrar ese interés legítimo y la finalidad del control puede satisfacerse con medios menos invasivos, los principios de necesidad y proporcionalidad se imponen.

En efecto, el hecho de que el ordenador sea propiedad de la empresa y pueda ser catalogado como una herramienta de trabajo no permite al empresario

³¹ Vid. STSJ de Murcia de 13-5-2013 (recurso 129/2013), que afirma que «tampoco parece razonable que la empresa, ante la comisión de faltas laborales, desvele las medidas de control y de seguridad tendentes a prevenir a disuadir o a posibles infractores, cuando se refieren a vigilancia sobre mercancías, que pueden ser sustraídas, o localización de vehículos en sus rutas laborales en un ámbito que no se puede considerar de intimidad o privacidad o de estricto control de una persona con un fin ilegal».

realizar un control exhaustivo, puesto que el derecho de propiedad no puede imponerse de tal forma a los derechos fundamentales³²; de lo contrario, se llegaría al absurdo de pretender que el empresario está legitimado para conocer el contenido del correo postal si el sobre y/o el sello son de su propiedad³³. Es menester, por tanto, limitar «la intromisión empresarial en los procesos comunicativos» y, posteriormente, adoptar «sistemas de drenaje del resultado»³⁴.

Por ello, las facultades del empleador deben restringirse cuando la finalidad consista, meramente, en constatar si el trabajador hace un uso correcto de los medios empresariales. En efecto, cuando no se pretende comprobar un concreto incumplimiento, sino en general la utilización de esas herramientas, el empresario estaría legitimado para comprobar los destinatarios –y la duración– de las llamadas telefónicas que efectúa el trabajador utilizando medios empresariales (y nunca si el trabajador realiza la llamada desde su propio teléfono³⁵), así como para verificar los destinatarios de los mensajes de correo electrónico enviados por el trabajador (y los remitentes de los mensajes que recibe). En caso de duda, podría instarse al trabajador a que identificara al destinatario y probase el carácter laboral/profesional de la conversación. Lo mismo ocurriría con los archivos o documentos almacenados en el ordenador, así como con los correos electrónicos enviados o recibidos. El empleador no necesita conocer el contenido para averiguar si el trabajador realiza un uso personal, e incluso hay herramientas sencillas y escasamente invasivas para constatar el tiempo que el trabajador ha dedicado a esas tareas personales en horario de trabajo. El control del contenido, así pues, no es necesario para constatar ese uso personal, y desde luego tampoco es proporcional si ese es, exclusivamente, el fin perseguido.

En este sentido, los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (que deben incluir las telemáticas porque el art. 18.3 CE no recoge un *numerus clausus* y la información, al menos habitualmente, se transmite a través de la infraestructura telefónica)³⁶ suponen un límite infranqueable para

³² Vid. A. Desdentado Bonete, *Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una nota sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico*, Revista del Poder Judicial, nº 88, 2009, pp. 250 y ss.; I. Marín Alonso, *El uso por los trabajadores de las comunicaciones electrónicas en la empresa: ¿se encuentran protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones?*, Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

³³ Vid. A. V. Sempere Navarro y C. San Martín Mazzucconi, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 83 y ss.; A. Arias Domínguez y F. Rubio Sánchez, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 157 y ss.

³⁴ Cfr. D. Martínez Fons, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, pp. 179-180.

³⁵ Vid. C. Radé, *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination*, Droit Social, nº 1, 2002, pág. 31.

³⁶ Igual posición se defiende en el ordenamiento italiano; vid. S. Fernández Sánchez, *Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra*, RL, nº 19-20, 2005, pp. 92 y ss.

controlar el contenido de las conversaciones telefónicas³⁷, salvo excepciones, como la atención telefónica, en la que se han admitido controles aleatorios para constatar que se dispensa un trato correcto al cliente, como se dijo. No conviene olvidar que la factura telefónica informa de los números de teléfono a los que el trabajador llama, dato que desde luego el trabajador conoce, por lo que, en este caso, la expectativa de privacidad sobre los interlocutores quiebra. Además, la factura se envía directamente al empleador, que es quien la abona, y no puede generarse tal expectativa de privacidad respecto de documentos (facturas) que nunca han estado a disposición del trabajador ni depositados en su ámbito propio de decisión. No hay, pues, intromisión ilegítima del empleador, porque ni siquiera necesita establecer medidas de control para conseguir esa información, de la que es legítimo poseedor³⁸.

En relación con el correo electrónico, y por analogía, el empleador estaría facultado para comprobar la bandeja de entrada y salida, pero no el contenido de los correos, salvo que los conozca, claro está, porque alguno de los remitentes o destinatarios le proporcione esa información (o porque los reciba directamente)³⁹. La prohibición empresarial previa sobre uso personal de los medios empresariales no supone una apertura del canal de comunicación, ni tampoco que el trabajador, consciente de ese control, renuncie a su intimidad cuando utiliza esa vía. El argumento, que difícilmente podría admitirse para las llamadas telefónicas o correos electrónicos salientes, no puede extenderse en ningún caso para los entrantes, porque el interlocutor –de ordinario alguien ajeno a la empresa- no ha prestado ningún consentimiento, ni explícito, ni implícito; su expectativa de privacidad no se ha roto, porque ni son trabajadores de la empresa, ni utilizan medios empresariales, ni han realizado acto alguno

³⁷ Vid. STS de 10-3-1990 (recurso de casación en interés de ley), en la que se declara no admisible una prueba consistente en «grabar una supuesta conversación telefónica entre el actor y una tercera persona no identificada, en la que aquél le ofrecía una cantidad de langostinos sustraídos a la empresa, mediante precio».

³⁸ Vid. M.F. Fernández López, “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en M.E. Casas Baamonde, F. Durán López y J. Cruz Villalón (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 645 y ss.; J. García Viña, *Relaciones laborales e internet*, RTSS (CEF), nº 223, 2001, pp. 54 y ss. En contra, admitiendo el control del contenido del mensaje por parte del empresario para comprobar el uso extralaboral, vid. L. Pacheco Zerga, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 267 y ss.

³⁹ Vid. A. Roig Batalla, «El uso de internet en la empresa: aspectos constitucionales», en A. Roig Batalla (Coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 71 y ss.; M.N. Martínez Gayoso, *Relación de trabajo y nuevas tecnologías: algunos aspectos problemáticos del uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa*, Tribuna Social, nº 203, 2007, pp. 27 y ss.

de disposición⁴⁰. No se olvide, asimismo, que muchos programas de correo electrónico agrupan los mensajes por conversaciones, de modo que la lectura de uno de esos mensajes permite acceder a los precedentes (tanto entrantes como salientes) con el mismo interlocutor.

El canal, en su caso, podría llegar a contar con un carácter «semiabierto» o con una apertura meramente unidireccional, pero esa es una interpretación demasiado alambicada. Lo relevante, desde luego, no es en sí misma la configuración del canal, sino la adecuación de los medios de control al fin perseguido con cada concreta actuación de vigilancia, toda vez que no cabe negar el carácter netamente privado, y potencialmente íntimo, de ciertos datos, documentos o conversaciones almacenados en el ordenador. Debe insistirse en que la constatación de que el trabajador ha utilizado el ordenador con fines personales no requiere, en modo alguno, una comprobación del contenido de los documentos allí archivados, ni tampoco del contenido de los correos electrónicos. Esa medida de control, aunque idónea, no es necesaria para alcanzar la finalidad perseguida, y desde luego tampoco proporcional.

Por consiguiente, los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, tanto del trabajador como de las personas con las que intercambia mensajes, limitan las facultades empresariales de control del contenido del correo electrónico, que sólo se justificaría ante una sospecha fehaciente de incumplimiento, y respecto de aquellos mensajes en los que pueda presumirse razonablemente que se encontrará la prueba del incumplimiento. Un control generalizado del contenido de los correos electrónicos de todos los trabajadores basado meramente en una prohibición previa del uso del ordenador con fines personales resulta incuestionablemente contrario a los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

En conclusión, a salvo de que concurra una sospecha de incumplimiento en los términos indicados, debe convenirse en que «resulta prácticamente imposible el deslinde *a priori* de lo que es inherente a la esfera personal del trabajador y lo que es estrictamente laboral»⁴¹, y por ello el control empresarial habrá de limitarse a la visualización de la bandeja de entrada (*inbox*), o las relativas a elementos enviados y eliminados (remitente y destinatario, a la postre), y con ello el empresario podrá deducir si se está realizando un uso

⁴⁰ Vid. T. De La Quadra-Salcedo Janini y B. Suárez Corujo, *¿Trabajadores incomunicados?: La deriva de la doctrina constitucional en torno a los márgenes de actuación empresarial en el control de las comunicaciones*, Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁴¹ Cfr. M.F. Fernández López, “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en M.E. Casas Baamonde, F. Durán López y J. Cruz Villalón (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 645.

irregular de los medios empresariales⁴². Es cierto que la STC 114/1984, de 29 de noviembre, advirtió *–obiter dicta*, porque el asunto versaba sobre la licitud de presentar como prueba en el juicio una conversación grabada por uno de los interlocutores sin conocimiento del otro- que el secreto de las comunicaciones «no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales», pero llevando tal doctrina al extremo se vaciaría de contenido el poder de dirección, ya que el empresario no contaría con ningún medio fiable de control y vigilancia. Es claro que el empleador no puede indagar en la identidad de los destinatarios o remitentes de los mensajes –porque podría obtener información sensible, como la afiliación sindical, la ideología política o las creencias religiosas⁴³-, pero sí debe poder comprobar si tales destinatarios o remitentes son clientes o usuarios de la empresa, para dilucidar si la comunicación se inserta entre los cometidos profesionales del trabajador.

En relación con la navegación por internet, la diferencia resulta más difusa, pero parece claro que el empresario no sólo está legitimado para conocer la dirección de las páginas que el trabajador visita, sino también para acceder a ellas y comprobar su contenido, pues el secreto de las comunicaciones, o el derecho a la intimidad, no parece entrar en juego en este supuesto⁴⁴. En efecto, la página web no contiene, o al menos no hay razón que haga presuponer lo contrario, información confidencial del trabajador, y en todo caso es de libre acceso, por lo que no sería el empleador quien vulnerase el derecho a la intimidad. Cuestión distinta es que la decisión que el empresario tome debe estar basada en la repercusión laboral del uso no adecuado de internet, y no en que el contenido de las páginas visitadas sea más o menos reprobable a juicio del empleador.

No obstante, el control de la utilización de medios informáticos puede resultar exorbitante cuando la información que se obtiene excede de las páginas visitadas. En particular, los denominados «programas espía» tienen funcionalidades muy diferentes, y algunos de ellos detectan y recuerdan las combinaciones de teclas usadas por el trabajador (*keyloggers*), de modo que permiten averiguar las contraseñas utilizadas para acceder a determinados servicios (in-

⁴² Vid. D. Martínez Fons, “El uso y control del correo electrónico e internet en la empresa: aspectos laborales”, en A. Roig Batalla (Coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 219 y ss.

⁴³ Vid. B. Cardona Rubert, *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 81.

⁴⁴ Vid. S. Rodríguez Escanciano, “Vigilancia y control en la relación de trabajo: la incidencia de las nuevas tecnologías”, en A. Farriols I Solá, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006, pág. 93.

cluso bancarios)⁴⁵ con información indiscutiblemente protegida por el derecho a la intimidad (*v.gr.*, perfil personal en redes sociales). Esa es una información de la que el empresario no puede disponer (y con menos motivo otras personas como los técnicos informáticos que instalan y manejan dichos programas), porque se inserta indudablemente en la esfera personal del trabajador, y aunque el interés empresarial sea legítimo, el medio utilizado resulta palmariamente desproporcionado⁴⁶. El derecho a la intimidad debe prevalecer⁴⁷.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL CONVENIENTE RETORNO AL JUICIO DE PONDERACIÓN Y AL CRITERIO DEL USO INOCUO

El veloz avance de las nuevas tecnologías genera efectos muy diversos, y su implantación en el ámbito del trabajo no sólo permite aumentar la productividad y la eficiencia, sino que también genera riesgos, por el potencial perjuicio para la empresa que supone una utilización desviada. Es probable, no obstante, que esa potencialidad del daño se haya magnificado, y que la novedad haya provocado un relativo deslumbramiento, porque si bien es cierto que esos medios tecnológicos permiten al trabajador un uso personal inadecuado

⁴⁵ Vid. F. Camas Roda, *La influencia del correo electrónico y de internet en el ámbito de las relaciones laborales*, RTSS (CEF), nº 224, 2001, pp. 141 y ss.; R. Tascón López, *El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada*, RTSS (CEF), nº 267, 2005, pp. 25 y ss.

⁴⁶ Así lo advierte la STSJ de Aragón de 4-12-2007 (recurso de suplicación 1004/2007). El trabajador, que prestaba servicios como técnico auxiliar deportivo de un ayuntamiento, utilizaba el ordenador que había sido puesto a su disposición para descargar películas pornográficas de internet, haciendo un uso abusivo de la conexión, lo que motivó quejas de sus compañeros por las dificultades que ello provocaba para navegar. Con el fin de acceder al material descargado, fue necesario que un técnico informático eludiese la contraseña personal que había establecido el trabajador, lo que permitió asimismo copiar todo el contenido del disco duro, operación en la que ningún momento participó el interesado. La sentencia considera que ese medio de control vulnera el derecho a la intimidad y anula todas las pruebas obtenidas por esa vía.

⁴⁷ Como señala la STSJ de Cataluña de 9-7-2002 (recurso 7878/2001), «la empresa está facultada para ejercer la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador y también a velar por el buen uso del sistema informático que pone a su disposición para el cumplimiento de sus obligaciones laborales así como de la utilización y acceso a las terminales de cada uno de los trabajadores. La empleadora podía lícitamente examinar la procedencia de los E-mails recibidos en los que se le ofrecía la compra de determinada tecnología y en otro se insultaba gravemente a uno de sus socios. Es también lícito y correcto investigar las direcciones de correo electrónico que aparecían como remitentes de los mismos [...], pero no puede aceptarse por constituir una vulneración clara de derecho a la intimidad del actor que las personas contratadas por la empresa averiguaran la dirección personal, particular y privada del demandante [...] y que en ningún caso aprecia como emisor de los correos electrónico tantas veces mencionados para que utilizando claves de acceso que dedujeron en su investigación pero que no les proporcionó dicho trabajador y que eran desconocidas por la empleadora, acceder a su contenido desvelando y llegando a conocer el redactado de los correos electrónico allí archivados».

en el entorno laboral, también lo es que proporcionan al empleador formas de control más sofisticadas y con una capacidad lesiva mucho mayor. Es curioso, no obstante, que hasta el momento se haya considerado más reprobable la utilización de esas herramientas empresariales con fines personales que el medio de control empleado, sin que el principio de proporcionalidad haya tratado de aplicarse verdaderamente en los dos extremos: la conducta del trabajador, por un lado, y medio de vigilancia empleado, por otro⁴⁸.

La jurisprudencia constitucional, y ordinaria, sobre el control y vigilancia del uso de estas herramientas en el entorno laboral trata de resolver casos concretos, pero ofrece para ello reflexiones de cierta generalidad que seguramente pueden dar lugar a interpretaciones desmesuradas, tanto por los tribunales de instancia y suplicación, como por la doctrina científica. La jurisprudencia constitucional se halla todavía en construcción, y requiere un análisis muy apegado al caso concreto. De lo contrario, se corre el riesgo de apostar por criterios netamente formalistas y escasamente garantistas, porque perfilar los contornos de los derechos fundamentales en función exclusivamente de la existencia o no de una política empresarial previa aporta seguridad jurídica –valor constitucional de indudable relevancia–, pero deja en manos del empleador la oportunidad del control y el modo de proceder a él, privando de efectividad a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, que quedan relegados a un segundo plano con independencia de que el empleador demuestre un interés legítimo. Aunque hasta ahora el control del uso de los medios empresariales parecía contar con más límites, desde esta nueva perspectiva la prohibición previa se erigiría como justificación de cualquier clase de control sobre la utilización del ordenador en la empresa, concediendo facultades adicionales al empleador.

Las consecuencias que derivarían de esas interpretaciones, más bien extremas, de la jurisprudencia expuesta generan riesgos potenciales muy notables, pues la completa monitorización del uso del ordenador –que sólo parece requerir de una previa advertencia, incluso genérica–, permitiría al empleador –al menos potencialmente– acceder a información sensible, como la afiliación sindical o política, el número de tarjeta de crédito del trabajador o sus claves bancarias, por ejemplo. Es claro que el trabajador incumple sus obligaciones si utiliza el ordenador con fines personales en contra de las órdenes del empresario, pero existen medios de control menos invasivos que permiten constatar que se ha producido un incumplimiento sin recabar datos personales, privados y/o íntimos.

Así sucede, por ejemplo, en relación con el correo electrónico. En este sentido, admitir el acceso al contenido de los mensajes por el mero hecho de

⁴⁸ Vid. J.L. Monereo Pérez y M.B. López Insua, *El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013*, Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 11/2014 (BIB 2014\122).

que se encuentren en el ordenador puesto a disposición del trabajador resulta, sin duda, un exceso, ya que no se valora la proporcionalidad de la medida, ni la afectación a terceros (los remitentes o destinatarios del correo). La casuística resulta muy variada, pero no establecer las pertinentes cautelas en el control dará lugar a resultados desproporcionados, porque con los sistemas actuales de almacenamiento en la “nube” es viable que el empleador pueda comprobar el contenido de correos electrónicos enviados por el trabajador fuera del lugar y tiempo de trabajo, normalmente en su propia casa y en un ordenador propio, pero accesibles desde el ordenador “profesional”. En cualquier caso, aceptar que el empleador puede acceder al contenido de los correos electrónicos sin necesidad de demostrar una sospecha previa de incumplimiento configura un nuevo escenario para los derechos a la intimidad (control del ordenador en sentido estricto) y al secreto de las comunicaciones (control del correo electrónico o de otros programas de mensajería).

La diferencia entre un canal abierto y un canal cerrado es, en principio, razonable, pero los criterios para determinar qué formato adopta el concreto canal requieren, sin lugar a dudas, de mayor precisión técnica, porque el hecho de que la propiedad del ordenador pertenezca a la empresa y que se utilice como herramienta de trabajo no debería configurar el canal como abierto, ni aun cuando la empresa prohíba expresamente un uso personal. Esa posición no respeta, en absoluto, el principio de proporcionalidad, y se genera otro riesgo evidente, cual es que la sanción por el incumplimiento venga determinada por el contenido de la comunicación o la concreta utilización del ordenador, y no en sí misma por el uso con fines personales. Si la conducta sancionable es la utilización de medios empresariales con propósito personal, el control empresarial debería limitarse a constatar tal circunstancia, sin utilizar medios más invasivos, que no resultan necesarios ni proporcionales, por indiscriminados. En sentido contrario, cuando la empresa no prohíbe la utilización del ordenador con fines personales el canal no debería considerarse cerrado, y por tanto protegido por el secreto de las comunicaciones, porque la herramienta sigue siendo propiedad de la empresa, el trabajador tiene obligación de utilizar tal instrumento conforme a la buena fe y el empleador no pierde sus facultades de control y vigilancia.

La jurisprudencia constitucional sobre el control del ordenador es, todavía, embrionaria, pero debe aquilatarse, pues de lo contrario podría cuestionarse si el derecho fundamental a la intimidad sigue teniendo virtualidad en el contexto del trabajo, al menos en lo que se refiere específicamente a la utilización del ordenador, pues difícilmente se admitirá un control de la misma índole respecto de otros medios. Por ejemplo, en caso de utilización de un coche de empresa parece razonable que se instale un GPS para conocer la ubicación del vehículo, pero no resulta proporcional, ni siquiera necesario, que se instale una cámara

que grabe la imagen –y eventualmente el sonido–, porque la empresa puede tener un interés legítimo en comprobar la localización del vehículo, pero resultará difícil demostrar que ese interés exige una medida de control más invasiva. Sin embargo, en relación con el ordenador se han olvidado todas las cautelas que derivarían del principio de proporcionalidad, y seguramente se admita que en aquellos casos donde los correos electrónicos –tanto salientes como entrantes, no se olvide– se almacenan en un servidor propio del empleador, este puede consultar su contenido, medida, sin lugar a dudas, desproporcionada.

Habría sido recomendable, sin duda, que el Tribunal Constitucional hubiera introducido mayores matices en su argumentación. Por ejemplo, la STC 241/2012 omite que la conversación que dio lugar a la sanción no se mostraba en la pantalla del ordenador automáticamente tras su encendido, sino que se encontraba almacenada en una carpeta específica dentro del disco duro del ordenador. En efecto, muchos programas de mensajería guardan un historial de conversaciones antiguas, pero la consulta requiere de cierta indagación fuera del alcance de un usuario novato o poco avanzado. En tal caso, el canal no parece tan abierto como la sentencia afirma, porque son necesarias pesquisas específicas para localizar el archivo, y una voluntad clara de apertura y lectura. En esos términos, la indagación que permite conocer el contenido concreto de las conversaciones debería ser valorada desde la perspectiva del derecho a la intimidad. Conviene recordar que la empresa había prohibido la instalación de programas, lo que supone, en definitiva, que la sanción debía atender, precisamente, a esa circunstancia, con independencia del contenido de la conversación. Sin embargo, no es claro que la empresa hubiera procedido a sancionar a las trabajadoras de no haber conocido los términos concretos de la conversación, o si en lugar de críticas a la empresa se hubieran descubierto comentarios elogiosos.

La sanción, en realidad, se produce a consecuencia de las ofensas verbales y no por la instalación del programa, o por la merma de productividad debida al tiempo dedicado a la conversación. El Tribunal Constitucional parece aceptar que, en caso de duda sobre el carácter personal o profesional de la actuación del trabajador, el empleador efectúe el control, de modo que si se descubre un uso personal la sanción se valida. Es, sin duda, una forma de actuación peligrosa, pues existen opciones mucho más respetuosas con los derechos fundamentales. La más obvia consiste en preguntar al trabajador si el contenido de las conversaciones, documentos o archivos es personal o profesional. En caso de que el trabajador confirme que el uso es profesional, el empleador puede legítimamente comprobar el contenido, mientras que si el trabajador aduce que es personal el empresario podrá imponer la pertinente sanción, precisamente, por ese incumplimiento, pero no estará legitimado para verificar el contenido concreto.

En efecto, no es razonable conceder al empleador un poder de tal intensidad que le permita monitorizar toda la actividad del trabajador, pues el riesgo de vulneración del derecho a la intimidad resulta inaceptable en tanto que existan opciones menos lesivas. Todo ello a salvo, claro está, de que el empresario trate de comprobar la veracidad de una sospecha no infundada, ni mero pretexto, sino con una base sólida. Así sucede en la STC 170/2013, donde lo relevante habría de ser, precisamente, la sospecha de filtración de información confidencial a la competencia. Una vez que la empresa cuenta con tal sospecha, debe desde luego estar legitimada para poner en marcha instrumentos de control adecuados, que podrían resultar de diversa índole, siendo irrelevante la existencia de una prohibición previa.

El hecho de que la empresa haya prohibido el uso personal de medios empresariales no puede ser el argumento principal que justifique el control del contenido de los mensajes de correo electrónico, máxime en un supuesto de hecho como el conocido por esa sentencia, en el que ni siquiera existía tal prohibición, sino la tipificación de una infracción leve en el convenio colectivo. Establecer una equivalencia entre una infracción leve y una prohibición general, y basar en ella la facultad empresarial de acceder al contenido de las conversaciones del correo electrónico, parece un exceso interpretativo. En cualquier caso, la existencia de prohibición empresarial no debería contar con tanta relevancia. No conviene olvidar que en caso de haber optado por otros medios de control usuales en estos supuestos de constatación de competencia desleal –v.gr., contratación de un detective privado–, no parece que el control pueda condicionarse a que la empresa hubiera prohibido explícitamente filtrar información confidencial a la competencia, ni a la advertencia sobre ese posible medio de control.

La jurisprudencia constitucional, en este momento, admite interpretaciones que conducen a un resultado desproporcionado, porque las conversaciones o comunicaciones a través de internet utilizan la infraestructura telefónica, y en ese ámbito el control y la vigilancia del contenido de las comunicaciones requieren de ordinario de autorización judicial. Sin embargo, el hecho de que el medio utilizado sea propiedad de la empresa permite al empleador determinar unilateralmente el modo de utilización y servirse prácticamente de cualquier medio de control. El resultado no se acomoda bien a la especial protección que deberían merecer los derechos fundamentales⁴⁹.

En último término, tampoco cabe olvidar que la STC 170/2013 concluye afirmando que «no consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes refleje aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión

⁴⁹ Vid. M.B. Cardona Rubert, *Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás*, RDS, nº 60, 2012, pp. 169 y ss.; I. Marín Alonso, *La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones*, RL, nº 3, 2013, pág. 97.

a terceros, conforme a la Sentencia recurrida, implicaba una transgresión de la buena fe contractual». Ello suscita otra clase de preguntas, pues no es claro que la respuesta del Tribunal hubiera sido la misma en caso de que el incumplimiento no hubiera sido probado, y si además se hubieran conocido datos íntimos.

En esta línea, resulta recomendable, más bien imprescindible, distinguir entre la necesidad de verificar el uso personal de la herramienta y el acceso al contenido, pues en función de cuál sea el objetivo empresarial, la justificación del control y el medio elegido han de ser diferentes. En suma, cuando el empleador quiere constatar si el trabajador realiza un uso personal del ordenador será suficiente con una comprobación superficial (destinatario y remitente de correos, nombre de los archivos, etc.), y ese control se justifica en virtud del poder de dirección empresarial.

En cambio, el acceso al contenido concreto debería supeditarse a la concurrencia de una de estas dos circunstancias. En primer lugar, el consentimiento del trabajador, debiendo consultarse al mismo sobre el carácter personal o profesional de los archivos, documentos o conversaciones, especialmente en caso de controles sorpresa o no preavisados con la pertinente antelación (a salvo, lógicamente, de que el trabajador ya hubiera abandonado la empresa, lo que permite presumir que la información contenida en el ordenador no tiene carácter personal, ya que debería haber sido borrada). La empresa debería abstenerse de comprobar el contenido calificado como personal por parte del trabajador, sin perjuicio de la sanción que merezca ese incumplimiento específico. En segundo lugar, la previa sospecha de incumplimiento basada en indicios sólidos. En presencia de tal sospecha el empleador puede servirse de medios de control aptos para constatar la infracción laboral.

Sea cual fuere la opción, la política empresarial sobre el uso de medios empresariales con fines personales debe perder protagonismo a favor del test de constitucionalidad, pues exista o no tal política la legitimidad de la actuación empresarial debe enjuiciarse desde la perspectiva de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Y, especialmente, la necesidad y la proporcionalidad cuentan con escasa presencia en la jurisprudencia constitucional sobre la utilización del ordenador, que además tampoco valora —excepto en el ámbito sindical— el perjuicio realmente causado al empleador, pues no se utiliza el criterio del uso inocuo. En suma, esa jurisprudencia constitucional debe aquilatarse progresivamente, para permitir que el derecho a la intimidad —más que el secreto de las comunicaciones— conserve cierto espacio en el marco de la relación laboral. Y no debe olvidarse que el mantenimiento de las garantías derivadas de los derechos fundamentales, y con ello los límites al control empresarial, no prejuzgan el eventual incumplimiento del trabajador, ni la licitud de una sanción, sino que el propósito, en última instancia, es que la sanción responda verdaderamente a la infracción cometida, y no dependa del contenido de conversaciones o documentos ilegítimamente conocidos.

Mercado de Trabajo

LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA, 1993-2013. BALANCE ECONÓMICO Y DISCUSIÓN SOBRE EL MODELO REGIONAL

MARCIAL SÁNCHEZ MOSQUERA

Prof. Sustituto Interino de Historia e Instituciones Económicas
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Corporatismo competitivo, concertación social regional, agentes sociales, política regional

El presente artículo plantea un estudio de la concertación social andaluza desde una perspectiva conceptual y analítica eminentemente económica institucional. En este sentido, se ha partido de la inserción del modelo andaluz dentro de la concepción de corporatismo competitivo, noción aplicada a los pactos sociales desarrollados en Europa a nivel nacional y regional desde la década de 1990. A partir de ahí se ha planteado un examen de la eficacia y eficiencia económica del proceso centrado en las políticas aplicadas y la influencia ejercida por la directrices regionales y de cohesión social de la Unión Europea, los agentes sociales, los mecanismos de seguimiento y evaluación de los pactos, y finalmente de los resultados en materia de tejido empresarial y empleo. El estudio ha permitido concluir la inoperancia de la concertación social para cambiar y fortalecer las estructuras económicas de región, que en la actual crisis económica han mostrado una vulnerabilidad muy parecida a la revelada en otros periodos de estancamiento económico, primera mitad de la década de 1980 y entre 1993 y 1996.

ABSTRACT

Key words: Competitive corporatism, regional social concertation, social partners, regional politics

This article raises a study of social concertation in Andalusia from a conceptual and analytical perspective, essentially economic and institutional. Accordingly, it has been assumed the inclusion of the andalusian model into the competitive corporatism, notion applied to social pacts adopted in Europe at national and regional level since the 1990s. It then turns to consider an analysis of the effectiveness and economic efficiency of the process focused on the policies implemented and the influence exercised by regional and social cohesion guidelines of the European Union, social partners, the monitoring and evaluation mechanisms of Pacts and, finally, the results in the field of businesses fabric and employment. This study has allowed to conclude the uselessness of social concertation in order to change and strengthen the structures of region's economy, which in the current economic crisis have shown a vulnerability very much like to other periods of economic stagnation, first half of the 1980s and between 1993 and 1996.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA CONCERTACIÓN SOCIAL COMPETITIVA EN EUROPA
3. METODOLOGÍA
4. EL MODELO ANDALUZ DE CONCERTACIÓN SOCIAL
 - 4.1. Políticas desarrolladas, el influjo de política regional y de cohesión social de la UE
 - 4.2. Agentes sociales, sindicatos y organización empresarial más representativos
 - 4.3. Mecanismos de seguimiento y control. Una evaluación insuficiente
 - 4.4. Los resultados sobre el tejido empresarial y el empleo
 - 4.4.1. Tejido empresarial
 - 4.4.2. Empleo
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La concertación social en Andalucía ha progresado sin práctica interrupción los últimos veinte años, puede decirse que se ha consolidado un verdadero modelo regional. La continuidad, énfasis político, capacidad estratégica, factor de coordinación y financiación creciente de los acuerdos andaluces los han convertido en una pieza clave del desarrollo económico y social de la región, además de un importante vector de consenso y apoyo político al gobierno, siempre liderado por el Partido Socialista. Sin embargo, la crisis económica iniciada en 2008 ha evidenciado las carencias estructurales de la economía andaluza y, en este sentido, se ha abierto un debate que cuestiona el modelo regional de concertación.

Este artículo pretende exponer los fundamentos teóricos y la aplicación de políticas concretas de la concertación andaluza, así como un balance económico de sus resultados centrado en el empleo y el tejido empresarial. A partir de ahí, sobre la base indicada, se subrayaran las carencias y las dependencias nocivas que han lastrado los acuerdos celebrados e incluso, en buena medida, el desempeño económico de la región. En último término, se han esbozado unas reflexiones para el replanteamiento del modelo regional de concertación que pretenden contribuir, siquiera mínimamente, al debate suscitado.

Habitualmente el estudio de la concertación social en Andalucía se ha desarrollado desde una perspectiva normativa o institucional vinculada a la regulación de las relaciones laborales. En este caso, se acota intencionadamente el análisis a lo económico institucional, que ha revestido hasta el momento un menor interés.

2. LA CONCERTACIÓN SOCIAL COMPETITIVA EN EUROPA

El fracaso de la economía política keynesiana ante la conjunción de inflación y estancamiento del crecimiento producidos en la década de 1970 permitió el progreso de la denominada revolución conservadora y, en un principio, la frustración de los acuerdos sociales y el inicio de la ruptura del consenso entre capital y trabajo que había presidido, con matices, los modelos sociales y económicos de los países de Europa occidental.

No obstante, en estos países, una versión diferente de concertación social regresó a partir de mediados de la década de 1980 y, con mucha más claridad, en el decenio siguiente. Se conformó una “nueva concertación social”, modificada su estructura, materias e incentivos de negociación. El cambio más radical se produjo en los elementos susceptibles de pacto. Europa occidental se enfrentaba a un proceso de “crecimiento sin trabajo”;¹ para hacer frente a esta situación las políticas, en términos generales, se centraron en crear empleo a través de reformas que desregulaban el marco general de contratación y los modelos de bienestar, con la limitación de derechos sociales y prestaciones para reducir el gasto público y estimular la búsqueda de trabajo. La concertación social, allí donde se ha producido, ha sido el envoltorio formal en el que se han inscrito estas políticas. En consecuencia, ha pasado a ser denominada como “competitiva”, “corporatismo competitivo”.²

De un modo muy apreciable, a partir de la década de 1990, los “pactos competitivos” se extendieron auspiciados por las profundas reformas institucionales y cambios macroeconómicos exigidos por la Unión Europea (UE). Este requerimiento, entre otros factores, hizo que en 2003 todos los países de Europa occidental hubieran desarrollado acuerdos de este tipo con la excepción de Dinamarca, Italia, Francia y Reino Unido.³

En 2002 y 2005 la UE planteó ya abiertamente que el diálogo social podía mejorar la gobernanza e impulsar “reformas sociales y económicas”. La Estrategia de Lisboa, inicialmente acordada en 2000, debía aplicarse mediante pactos sociales. En los años sucesivos se hizo hincapié en la estrategia de flexibilidad y adaptabilidad en la organización de la producción y la empresa. A la vez se trató de mejorar la seguridad de los trabajadores a través de un aumento

¹ Restaurado el crecimiento económico, aunque débil, el desempleo no se absorbió de manera notable. Además, cada vez más inactivos (envejecimiento de la población) debían ser sostenidos por menos activos. Ebbinghaus, Hassel (2000: 44 y 47).

² Rhodes (1998, 2001), y Rhodes (2000: 165). Noción asimilable a “corporatismo del lado de la oferta”, *supply side corporatism*, en Traxler F. (2001) “Die Metamorphosen des Korporatismus: vom klassischen zum schlanken Muster”, *Politische Vierteljahresschrift* 42: 590–623, cit. en Siegel (2005: 107)

³ Desde el triunfo de M. Thatcher, Reino Unido ha estado al margen de los acuerdos sociales. Baccaro, Simoni (2008: 1326).

en la calidad de los puestos de trabajo y la “empleabilidad” general. En 2007, el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social Europeo manifestaron la necesidad de apoyarse en el diálogo social para “modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”.⁴ Así, dentro de esta estrategia de fortalecimiento del empleo, se afirmó la conveniencia del “fomento empresarial”, se pretendió conciliar flexibilidad y seguridad a través de la gobernanza, incluidos los pactos sociales.⁵ Los pactos sociales, orientados hacia la oferta, sirvieron para afrontar la crisis de inicios de la década de 1990 y para realizar cambios estructurales durante el periodo de expansión económica finalizado en 2007. Pero no han tenido la misma utilidad para afrontar la actual crisis económica, pues el diálogo social a nivel nacional se ha frustrando a partir de 2009.⁶

Durante estos años, el diálogo y los acuerdos sociales también se descentralizaron. La pérdida de competencia de los estados a favor de instancias supranacionales –proceso de integración europea– pero sobre todo la descentralización administrativa de determinados países y las estrategias de desarrollo local y regional abrieron dinámicas de “mesoconcertación” territorial.

Desde entonces, los niveles regional y local han sido donde más profusamente se han desarrollado acuerdos. Fue otra vez la UE, a través de su política regional y de cohesión social, la que dinamizó la concertación regional. El consenso con los agentes sociales regionales, según la Comisión Europea, garantizaba una aplicación más eficaz de esta política.⁷ Se pretendía que las necesidades y las prioridades emergieran desde abajo y, por tanto, se potenció la consulta a las entidades representativas de la sociedad civil.⁸ Esta política y su creciente dotación económica se han convertido progresivamente en un incentivo extraordinario para el desenvolvimiento de estos acuerdos regionales y, en consecuencia, para el desarrollo de una política económica concreta, sobre todo en las regiones de “Objetivo 1”, luego denominadas de “Convergencia”, como ha sido el caso de Andalucía hasta 2013.⁹

Pese a que los Marcos Comunitarios de Apoyo (MCA) nacionales se han aprobado tras las propuestas de los estados y las regiones, la Comisión Euro-

⁴ Moreno Vida (2009: 553-558).

⁵ Alarcón Bravo de Rueda, Moreno de la Vega y Lomo (2009: 603-608).

⁶ HYMAN (2010: 5-7). En España, en el periodo 2009-2013, sólo se ha registrado el Acuerdo sobre la reforma del Sistema de Pensiones en 2011.

⁷ A partir de la década de 1990 su dotación presupuestaria ha representado aproximadamente un tercio del total de los gastos de la UE. Murillo García (2007: 56-60). Un aumento más que notable, si se compara con el periodo 1979-1983, en el que esta política alcanzó solamente el 17,4%. Gámiz (1985: 40). En realidad, únicamente la política agraria común ha dispuesto de mayor financiación. Cordero Mestanza (1999).

⁸ Pitoni (2004: 4 y 7).

⁹ Regiones con una renta por habitante inferior al 75% de la media de la UE. La denominación para el periodo 2014-2020 es “Regiones menos desarrolladas”, Andalucía se encuadra dentro la categoría de “Regiones en Transición”, por haber superado el umbral de renta indicado.

pea ha tenido la potestad última para aceptarlos. Las directrices de la política regional, de obligado cumplimiento para los programas de desarrollo de las regiones receptoras de fondos, se han establecido a partir de lo acordado en el Consejo, que componen los estados miembros.¹⁰ Fruto de las negociaciones entre los diferentes estados no siempre ha resultado una política coherente y bien definida, pues ha debido ser flexible para propiciar los acuerdos. Por otro lado, los criterios adoptados han sido de aplicación general y, de esta forma, se ha conferido uniformidad a las líneas políticas de actuación aplicadas.

En la actualidad, las Perspectivas Financieras 2014-2020 y la política regional y de cohesión social han cambiado. Se ha subrayado el perfil diferenciado de las regiones, se ha planteado que las regiones evalúen y detecten los sectores en los que alcanzan ventajas competitivas y comparativas, en los que cuentan con verdaderos activos, para concentrar ahí las ayudas con una orientación clara hacia la investigación, la innovación y la implementación tecnológica. Se pretende, por tanto, fomentar una “especialización inteligente” profundizando en la economía del conocimiento, las tecnologías de la información y la comunicación y concentrando los recursos en los sectores más consolidados y prometedores de la región para que sean los que lideren la creación de riqueza y empleo.¹¹

En España comenzaron a alcanzarse acuerdos sociales competitivos en el decenio de 1990. En el ámbito nacional a partir de 1996, tras los frecuentes desencuentros que había sufrido el diálogo social desde 1987. Como ocurrió en Europa, se orilló la negociación de acuerdos generales de renta y se optó por fragmentar el diálogo social en mesas que trataran asuntos concretos. Esta orientación permitió a los agentes sociales consensuar reformas parciales sin suscribir por entero la política económica general del Gobierno.

Con anterioridad, los fondos europeos habían permitido el progreso de un claro proceso de “mesoconcertación” autonómica, en el que ha destacado el caso andaluz. Bajo la denominación de acuerdos o planes de empleo, económico y social o de concertación social, con carácter tripartito y el objetivo principal de luchar contra el desempleo, se firmaron los primeros en Madrid (1987 y 1993), Asturias (1988 y 1993), Extremadura (1988, 1992), Comunidad Valenciana (1988, 1992 y 1993), Aragón (1989 y 1993), Canarias, Cataluña, Galicia, La Rioja (1990), Castilla-La Mancha (1992), Navarra y Andalucía (1993). La Comunidad Autónoma Andaluza había desarrollado desde la pri-

¹⁰ El Reglamento del periodo 2007-2013, redactado en 2006, establecía la necesidad de aprobación por parte de la Comisión de los grandes proyectos. Además, las grandes inversiones productivas han necesitado de la evaluación de la Comisión Europea, para descartar que pudieran producirse deslocalizaciones productivas dentro de la UE. REGLAMENTO (CE) n° 1083/2006 DEL CONSEJO de 11 de julio de 2006 por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) n° 1260/1999. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L210, 31-7-2006.

¹¹ Mancha Navarro, Gallo Rivera (2013).

mera mitad de la década de 1980 una serie de acuerdos bipartitos, por un lado con los sindicatos (en principio sólo con Unión General de Trabajadores de Andalucía, UGT-A), y por otro con la Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA). Experiencia que realmente la situaba como una de las regiones con más tradición e institucionalización de este tipo de prácticas.

Los acuerdos firmados han tenido una vigencia plurianual que se ha extendido de los 2 a los 7 años. En algunas comunidades autónomas, como Andalucía, los pactos se han hecho coincidir en su desarrollo con el periodo de legislatura.¹² Los acuerdos habitualmente presentan la misma retórica impuesta por Europa, en la que ha destacado el fomento del emprendimiento, la competitividad, la calidad y la innovación y el desarrollo tecnológico en el seno de las empresas, particularmente las pymes. Precisamente porque se estimó que la mejora de la empresa era una de las vías fundamentales de fomento del empleo; además de la cualificación y recualificación de la mano de obra y, en último término, la mayor eficiencia del mercado de trabajo.

El desarrollo de los acuerdos regionales ha impulsado instituciones permanentes para la participación y el diálogo social autonómico, como consejos de relaciones laborales, consejos económicos y sociales o servicios extrajudiciales para la resolución de conflictos laborales, además de observatorios, agencias y fundaciones.¹³ Proceso que ha generado algunos problemas de delimitación de competencias, duplicidades y descoordinación.

En general, los pactos autonómicos han carecido con frecuencia de un adecuado diagnóstico inicial y de mecanismos oportunos de seguimiento y evaluación. Es más, en muchos acuerdos, estos instrumentos de prospección y control han estado ausentes. En 1998 siete comunidades autónomas habían implementado procesos de seguimiento y control de la ejecución de sus pactos sociales, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, Galicia, Madrid, Navarra y Andalucía,¹⁴ que se encontraba en su tercer pacto tripartito y primero que contaba con estos procedimientos. Tampoco se han incluido referencias a evaluaciones o controles efectuados sobre anteriores acuerdos.¹⁵

En síntesis, los acuerdos sociales andaluces se insertan en la “mesoconcertación” regional dentro del corporatismo competitivo. Fuertemente influidos por la política europea regional y con las restricciones competenciales indicadas, han tenido por objetivos centrales el empleo a través del estímulo del tejido empresarial.

¹² A partir del V Acuerdo de Concertación Social, 2001-2004.

¹³ El primero de los consejos de relaciones laborales, Consejo Nacional del Trabajo, fue instituido Cataluña en 1978. Del Val Arnal (1991).

¹⁴ Rocha, Aragón (2001: 61).

¹⁵ Aragón, Blanco, De la Fuente, Licerias, Puig-Samper, Rocha, Santana (2008).

3. METODOLOGÍA

Para verificar los objetivos marcados en el primer epígrafe se parte de estimar la importancia de la concertación social en la política económica desarrollada en Andalucía. Se evaluará, cuantitativamente, a partir de conocer la importancia de la financiación comprometida en los acuerdos sociales sobre el total de los fondos destinados a la inversión en los presupuestos autonómicos. Datos todos de la Junta de Andalucía.¹⁶ Este ejercicio se efectuará hasta 2008, año en que finalizó el último de los acuerdos sociales andaluces que cuenta con un informe final de ejecución. El VII Acuerdo de Concertación Social, suscrito en 2009, ha finalizado en 2013, pero, hasta el momento, no cuenta con un informe final de balance y cierre.

No sólo se relacionará la financiación de los acuerdos sociales con la inversión de los presupuestos autonómicos, sino que se establecerá la correspondencia entre los ingresos procedentes de los fondos europeos –en su práctica totalidad destinados a la inversión– y el capítulo inversor de los presupuestos. Se pretende constatar la influencia cuantitativa de los fondos europeos y, a través de ella, inferir su influencia sobre la estrategia de inversión desarrollada, habida cuenta del rigor finalista los recursos procedentes de UE.

A partir de ahí se plantea un análisis del modelo andaluz de pactos sociales a través del examen de las políticas aplicadas. En el estudio de las políticas pactadas se analizarán las diferentes estrategias europeas regionales y de cohesión social y el grado de homogeneidad y uniformidad de las prioridades de inversión, así como la influencia de estas prioridades sobre la política acordada en los pactos regionales. El artículo continuará con los actores implicados, los mecanismos de seguimiento y evaluación, y finalmente se realizará un balance de los resultados obtenidos en materia de tejido empresarial y empleo. Las fuentes utilizadas para este epígrafe serán los propios acuerdos de concertación, los documentos de seguimiento de los mismos (presentes sólo a partir de 1997, en el III Acuerdo tripartito), la documentación sobre las líneas de inversión de la UE, y datos sobre tejido empresarial, empleo y desempleo del Instituto Nacional de Estadística.

Los objetivos básicos de la concertación social andaluza han sido la ampliación y mejora del tejido empresarial, la creación de empleo de calidad y la mejora de las relaciones laborales, y la merma de la conflictividad social. Este trabajo se centrará sólo en el examen de evolución comparada del tejido empresarial andaluz y del empleo, pues resultan suficientemente elocuentes para hacer un balance económico del proceso. En el estudio del tejido empresarial y empleo resulta más que complicado discernir el impacto aislado –sin que medien otros factores o condicionantes– de las políticas concertadas. Es por ello que se propone un análisis de evolución y comparado. Primero se parti-

¹⁶ Se han considerado los presupuestos iniciales de la Junta de Andalucía por ser suficiente para estimar el destino fundamental de la inversión comprometida.

rá de las estimaciones realizadas por los propios documentos de seguimiento y evaluación de los pactos. Información generada por comisiones compuestas por los agentes sociales y el gobierno para los acuerdos del III al VI, 1997-2008. En segundo término, se realizará un análisis comparado de la evolución de estos indicadores con respecto a la media española, que ha implementado regionalmente por término medio un menor grado de concertación social que Andalucía.

Los objetivos señalados y el plan de trabajo indicado han permitido formular los siguientes interrogantes que guiarán el estudio. La primera de las cuestiones se refiere al grado de influencia de los acuerdos sociales sobre la política de inversiones de la Junta de Andalucía o, en otras palabras, sobre la estrategia económica de desarrollo de la región. ¿En qué grado ha influido una en otra?

El segundo interrogante, en función del grado de financiación de la UE y de homogeneidad de las políticas desarrolladas, pretende determinar la influencia de la política regional y de cohesión en concertación social, que será tan alta como el porcentaje de financiación obtenido y la uniformidad de las políticas aplicadas.

El tercero plantea cómo se ha controlado y evaluado el proceso. La literatura previa, citada en el apartado 2, indica como uno de los déficits comunes de los pactos sociales regionales en España su insuficiente evaluación. Se propone una verificación para el caso andaluz, uno de los más importantes por contenidos, financiación y recurrencia en España.

En la cuarta interrogante, se trata de determinar el impacto de la concertación social sobre el tejido empresarial y el empleo y responder si, después de veinte años ininterrumpidos de pactos sociales, se han fortalecido con respecto a la media nacional.

4. EL MODELO ANDALUZ DE CONCERTACIÓN SOCIAL

El aumento constante de su dotación presupuestaria y el abanico, cada vez más amplio, de políticas y planes de actuación muestran la relevancia creciente de los acuerdos sociales.

Cuadro 1. Inversión pública comprometida en los acuerdos sociales en millones de euros corrientes, 1997-2013

Denominación del Acuerdo	Inversión Comprometida
Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía, 1997-1998	1.842,50
IV Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Pacto por el Empleo y la Actividad Productiva, 1999-2000	1.540,68
V Acuerdo de Concertación Social, 2001-2004	5.490,53
VI Acuerdo de Concertación Social, 2005-2008	11.509,40
VII Acuerdo de Concertación Social, 2009-2013	19.825,00*

Nota: Presupuesto inicial a la firma del pacto, 24/11/2009.

Fuente: Elaboración propia e informes de ejecución del III, IV, V y VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Consejería de Economía y Hacienda (1999), Comisión General de Seguimiento (2000, 2004 y 2009).

La importancia de la inversión comprometida en la concertación social en relación al total de la inversión de la Junta de Andalucía también aumentó. Según el informe de ejecución del VI Acuerdo de Concertación Social (2005-2008) la inversión pública ascendió a 11.509,40 millones de euros. Cantidad que supuso el 45,40% del total de gasto consolidado de inversión presupuesto regionales entre 2005 y 2008. En el último acuerdo celebrado para afrontar la crisis, también suscrito por un periodo de cuatro años, la cifra comprometida se acercó a los 20.000 millones de euros. Resulta más que evidente la importancia estratégica de estos pactos.

El examen de la inversión en los presupuestos autonómicos hasta 2008, en términos relativos, muestra una progresión desde el 15%-16% del total en la década de 1990 al 28,07% entre 2004 y 2008.¹⁷ En ese aumento, debe incluirse el crecimiento de los ingresos procedentes de los fondos estructurales europeos, que se pueden dedicar prácticamente íntegros a la inversión. En el periodo indicado, el total de fondos europeos ascendió a 12.646,03 millones de euros, el 43,66% del total de la inversión. La aportación del Fondo de Compensación Interterritorial de procedencia estatal, ha tenido un menor impacto, ha supuesto el 7,62% sobre el conjunto de la inversión en esos años.¹⁸

En resumen, si atendemos a los datos señalados, resulta clara la extraordinaria influencia de la concertación social y los fondos europeos sobre la inversión regional y, por tanto, también entre la política europea regional y de cohesión social y los pactos sociales, como se mostrará a continuación.

Una importancia clave si, además, se estima la extensa obra institucional que ha generado, sobre en lo referente a la creación y asentamiento de organismos de intermediación en el mercado de trabajo regional. El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), creado en 1983, constituyó un precedente claro a los acuerdos sociales que se suscribirían, primero de forma bipartita luego, a partir de 1993, de manera tripartita. Institución destacada en el proceso de negociación colectiva, en el que ha tenido como objetivo inducir una mayor articulación y racionalización.¹⁹ A partir de ahí el Consejo Económico y Social de Andalucía, como organismo consultivo tripartito permanente, y el Servicio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía,

¹⁷ Por inversión se ha entendido el total consolidado, suma de las reales y las transferencias de capital.

¹⁸ Andalucía no ha sido un caso aislado, los fondos estructurales han representado más de un tercio de la inversión de las comunidades autónomas. Cordero Mestanza (1999).

¹⁹ Su constitución es tripartita, 10 representantes de la CEA, 10 de los sindicatos más representativos, 4 de la Consejería con competencia sobre trabajo y 4 miembros designados por el presidente de la Junta de Andalucía. El órgano de gobierno más representativo es el Pleno, compuesto por esos 28 representantes más el presidente y el secretario general. La menor presencia relativa de delegados de la Administración respondió al espíritu de la institución de ser un marco de interlocución y colaboración permanente entre los agentes sociales. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2006: 16-21).

que junto con el CARL ha funcionado para mitigar la conflictividad y racionalizar la negociación colectiva.²⁰

4.1. Políticas desarrolladas, el influjo de política regional y de cohesión social de la UE

En primer lugar se van a exponer, por ejes de actuación, las políticas propuestas y ejecutadas por los acuerdos sociales; en segundo término, su relación con las directrices de la política europea regional y de cohesión.

En síntesis, en los acuerdos sociales andaluces el capítulo inversión más destacado ha sido el de políticas activas de empleo, pese a que, en términos relativos, su dotación se ha reducido, del 52,67% en el III Acuerdo al 36,08 en el VI Acuerdo. Las políticas sectoriales han ocupado el segundo lugar en importancia con un gasto en ascenso hasta 2005, el 42,09% en el V Acuerdo, y finalmente un descenso al 27,09% en el último pacto. La desagregación de estas políticas desaparecen en los dos últimos informes de seguimiento y ejecución, pero en el III y IV el mayor peso recayó sobre Vivienda y Suelo.

Cuadro 2. Gasto público en millones de euros corrientes efectuado por ejes de acción de la Concertación Social, 1997-2008

Ejes de Acción	III Acuerdo 1997-1998		IV Acuerdo 1999-2000		V Acuerdo 2001-2004		VI Acuerdo 2005-2008	
	Gasto Púb.	%	Gasto Púb.	%	Gasto Púb.	%	Gasto Púb.	%
1. Políticas de Empleo	970,40	52,67	731,64	47,49	1.956,23	35,63	4.152,98	36,08
2. Fomento de la Actividad Empresarial	309,79	16,81	166,86	10,83	884,98	16,12	1.637,38	14,23
3. Sectores productivos	562,31	30,52	642,18	31,80	2.311,01	42,09	3.117,50	27,09
3.1. Vivienda	343,99	18,67	223,70	14,52				
3.2. Iniciativas de desa- rrollo rural	52,74	2,86	152,18	9,88				
3.3. Minería (e Industria)	18,90	1,03	193,75	12,58				
3.4. Plan Energético	40,60	2,20						
3.5. Pesca	92,82	5,04	54,84	3,56				
3.6. Comercio Interior			17,72	1,15				
4. Condiciones de trabajo					16,99	0,31		
5. Sociedad del Conocimiento					321,32	5,85	680,88	5,92
6. Políticas de Cohesión							1.920,66	16,69
Total	1.842,50	100	1.540,68	100	5.490,53	100	11.509,40	100

Nota: Los ejes de inversión han ido cambiando de denominación, por lo que se ha realizado una agrupación lógica conceptual.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de los informes de ejecución del III, IV, V y VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Consejería de Economía y Hacienda (1999), Comisión General de Seguimiento (2000, 2004 y 2009).

²⁰ Se citan las instituciones más relevantes.

Las políticas sectoriales, en general, han respondido a una disposición de apoyo múltiple, reproducido incluso en el último pacto firmado por los agentes sociales el 20 de marzo de 2013, el Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía.²¹ Tal disposición ha contribuido a dejar intactas las estructuras de especialización productiva y, en consecuencia, los desajustes legados a la economía regional.²² Las políticas de fomento y mejora empresarial, por último, han supuesto en torno al 16%.

En los últimos acuerdos analizados han aparecido dos nuevas líneas de acción relacionadas con la política regional europea, las de Sociedad del Conocimiento y de la Información, con casi un 6% del gasto total, y de Cohesión Territorial, con el 16,69% de la inversión satisfecha por el VI Acuerdo. Líneas transversales y complementarias a las de fomento empresarial y a las políticas sectoriales.

Como se infiere de la importancia de los fondos europeos en la inversión pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la concertación social ha estado sujeta a las directrices europeas de política regional y cohesión que, al fin y a la postre, han supuesto una fuente de financiación esencial.

Los Planes de Desarrollo Regional (PDR), concretados en programas operativos, resultan necesarios para acceder a los fondos europeos y van unidos a los MCA, que definen los ejes básicos de actuación y la financiación. A partir de 1994 los PDR de Andalucía han sido concertados entre la Junta de Andalucía y los agentes económicos y sociales, en consonancia con la inauguración de los acuerdos sociales tripartitos. No obstante, las directrices políticas generales aplicadas estaban ya establecidas por Europa y fijadas en los MCA.

En resumen, para Andalucía, la política regional europea ha marcado una orientación de inversión centrada en las infraestructuras, el 53,07% en el periodo 1989 y 2013. Seguida a gran distancia de la inversión en recursos humanos, 26,23%, y la productiva, 20,70%.²³ La eficacia del gasto realizado en infraestructuras está condicionada por factores como la estructura industrial, la cultura y el dinamismo empresarial, la capacidad de generar externalidades, las dotaciones de capital privado o el acceso a la tecnología. La insuficiencia de estos factores puede lastrar gravemente la inversión pública acometida.²⁴ Situación que se ha producido en los territorios relativamente más atrasados. Por otro lado, como indica Delgado Cabeza, mejorar las conexiones entre regiones de muy dispar desarrollo contribuye a la introducción de productos originados en las zonas más competitivas.²⁵

²¹ Para un análisis de las políticas concertadas, Moreno Vida (2013: 114-120).

²² El problema de la especialización productiva de Andalucía en Delgado Cabeza (1996), Rodríguez Nuño (1998) y Peña Sánchez (2006). Y, ligado a esto, el problema industrial en Parejo (2001).

²³ El total de fondos recibidos por la Comunidad Autónoma de Andalucía entre 1989 y 2013 ascendió a 28.492 millones de euros del año 2000. Sosvilla-Rivero (2008: 99).

²⁴ Martínez López (2009: 64-65).

²⁵ Delgado Cabeza (2006: 117). Otros autores como Martín y Puga han coincidido en este planteamiento. Cit. Rodríguez-Pose, Fratesi (2003: 48).

Las directivas europeas han supuesto un factor de homogeneidad política en las regiones afectadas por los fondos estructurales dentro un mismo país. En un asunto de máximo interés regional como el empleo han sido demasiadas las similitudes, que han lastrado la adaptación real a las exigencias y características singulares de cada mercado de trabajo, sobre todo en las regiones Objetivo 1, luego de Convergencia.²⁶

Los análisis críticos con la política regional y de cohesión de la UE han subrayado su falta de adecuación a las características específicas de cada región. Se ha afirmado que sus directrices políticas y fondos económicos se han centrado más en el mantenimiento de rentas de las regiones asistidas que en una estrategia capaz de generar verdadero desarrollo.²⁷ No se ha alcanzado, por tanto, una convergencia apreciable en los últimos quince años a nivel europeo, tampoco en el seno de los propios países miembros de la UE.²⁸

La actual crisis económica, con la limitación aneja de recursos, la constatación de la falta de convergencia alcanzada en las programaciones anteriores y el refuerzo de la estrategia económica de la UE basada en el conocimiento han aconsejado un cambio en la política regional y de cohesión social.²⁹ Una rectificación, en gran medida, con respecto a la política ejecutada con anterioridad. El giro operado pretende lograr una mayor eficacia de los recursos disponibles en los fondos de Desarrollo, Social y de Cohesión a base de dilucidar la matriz DAFO para cada una de las regiones y naciones y, a partir de ahí, focalizar los recursos en la investigación, la innovación y la implementación tecnológica de los sectores con ventajas comparativas y competitivas, reforzar los mecanismos de control y evaluación, penalizar la ineficiencia o los errores y, de igual modo, premiar la consecución de los objetivos, reservando un 5% de los fondos para su asignación en virtud de los rendimientos alcanzados.³⁰

Se ha renunciado a continuar con políticas homogéneas, que no tenían debidamente en cuenta las peculiaridades de cada región. En Andalucía, dentro de la Estrategia de “Especialización Inteligente” patrocinada por la política regional de la UE, se pretende que se cree empleo de calidad a través de más y

²⁶ Fernández López (2007: 185). A través de las Orientaciones Estratégicas Comunitarias y de los Marcos Estratégicos Nacionales de referencia, la Comisión ha asegurado un control claro sobre el proceso y las directrices marcadas. Malfeito Gaviro, Gutiérrez Barbarrusa (2010: 74).

²⁷ Los autores, Martín, Hurs, Thisse, Vanhoudt y Puga, cit. Rodríguez-Pose, Fratesi (2003: 29, 33 y 49). Dudas que encontramos igualmente en Boldrin, Canova (2001). Más recientemente y centrados en España, Bande, Fernández, Montuenga (2010) y Villaverde, Maza (2010).

²⁸ Martínez López (2009: 65).

²⁹ La Estrategia 2020 y con ella la política regional y de cohesión ha subrayado y trata de profundizar en las líneas estratégicas diseñadas en Lisboa (en 2000) que pretendían el objetivo general de convertir a la UE en la “economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo”. Cit. en Matías Clavero (2005: 173).

³⁰ Mancha Navarro, Gallo Rivera (2013: 185-186).

mayores empresas, cada vez más innovadoras. Para ello se intenta impulsar un “cambio del modelo productivo”. El plan de trabajo para su consecución se ha basado en un análisis del sistema de innovación y la matriz DAFO de la región y, a raíz de los resultados obtenidos, el planteamiento de las “oportunidades de especialización”. No han sido los agentes sociales quienes han realizado esta tarea, sino que esta vez el denominado Comité de Codecisión al frente de estos trabajos ha estado compuesto por la Administración, agentes de Sistema de Investigación e Innovación de Andalucía (universidades incluidas) y el grupo de referencia empresarial, compuesto por empresas con experiencia relevante en proyectos de innovación y convocatorias de I+D+i, tanto a nivel europeo, como nacional y regional.

Los sectores seleccionados para concentrar los recursos y que deben impulsar la economía regional bajo las premisas de investigación, innovación y conocimiento son el agroalimentario, el aeronáutico, el energético y el turismo. Las prioridades, el desarrollo de la movilidad y la logística; la industria avanzada vinculada al transporte; el aprovechamiento de los recursos endógenos de forma sostenible; la potenciación de la región como destino turístico, cultural y de ocio; el impulso de la salud y el bienestar social; la innovación en agroindustria y alimentación saludable; el fomento de energías renovables, la eficiencia energética y la construcción sostenible, y finalmente el fomento de las tecnologías de la información y la comunicación y la economía digital.³¹

Unas directrices que, si se sigue la tendencia de los últimos años, servirán de marco general para las políticas concertadas en caso de que se celebre un nuevo acuerdo de concertación social.

4.2. Agentes sociales, sindicatos y organización empresarial más representativos

Los sindicatos más representativos, UGT-A y Comisiones Obreras de Andalucía (CC OO-A), y la CEA han monopolizado la interlocución social y económica en los pactos sociales. Desde luego, han contado con absoluta legitimidad para ello, pues cumplen con creces los requisitos de representatividad que imponen el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Pero además el Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007, que consagra la concertación social como uno de los “objetivos básicos de la Comunidad Autónoma” (artículo 10, 20º) y los Principios Rectores de las Políticas Públicas (artículo 37, 12º), blinda la participación de los sindicatos y las organizaciones patronales, pues expresa que la concertación y el diálogo social son de su entera responsabilidad (artículo 159). Esta acotación supone un escollo para la incorporación de otros agentes sociales.

³¹ Prioridades para la Especialización Inteligente, RIS3Andalucía, www.ris3andalucia.es

El planteamiento cupular de los pactos concuerda con la búsqueda y consolidación de las organizaciones sociales y económicas más fuertes de la región. Si bien, existen dos serias objeciones a este diseño. La primera, la propia naturaleza cupular, con acuerdos de carácter genérico que pretenden abarcar casi un todo económico y social, cuando, en realidad, la administración autonómica tiene competencias limitadas, al no ser Estado soberano, y además sus políticas están influidas por las directrices de la UE. La política regional y de cohesión europea, como se ha mostrado más arriba, acota claramente lo pactado si se pretende utilizar sus fondos, que tienen un fuerte carácter finalista. La segunda se encuentra en el carácter retraído del tejido asociativo andaluz, la prevalencia clara de la pequeña y mediana empresa y los cambios productivos en la economía con una fuerte extensión del trabajo autónomo, factores que hacen que estas organizaciones cuenten con una limitada afiliación directa, por debajo de la media española.

En 2008, la afiliación sindical en Andalucía estaba por debajo del 20%, la cobertura de representación sindical en el 40%, y la afiliación empresarial directa en el 30%.³² Los efectos de la crisis sobre el empleo y el tejido empresarial no han hecho sino recortar estas cifras. La reducida afiliación directa constituye un serio problema de representación efectiva, por más que estas organizaciones cumplan con el requisito regional y nacional para ser considerados “más representativas”. La heterogeneidad de formas jurídicas, en el caso de las empresas, y de formas contractuales, con la afirmación de una fuerte dualidad en los empleados (trabajadores *insider* y *outsider*, “con y sin derechos”, los denominados “precarios”), hacen dudar de una efectiva y omnicompreensiva representación económica.

Por otro lado, con ser importante la representación económica, trabajadores y empresarios, hay otros intereses en liza, como los del trabajador autónomo, una figura que, con independencia de su consideración jurídica, no se ubica con claridad ni en el mundo del trabajo ni en el de la empresa, y los del consumidor, ajeno, y a veces pagano, de los acuerdos entre empleadores y empleados.

Por último, otra de las objeciones que pueden hacerse a este modelo de representación es la excesiva dependencia política e institucional de las organizaciones sociales participantes. La financiación e influencia política obtenidas no se han correspondido, en igual término, con una extensión de su afiliación provocando una hipertrofia organizativa y burocrática absolutamente dependiente de la participación en actividades sufragadas con fondos públicos. De este modo, el incentivo para lograr acuerdos puede llegar a ser tan poderoso que se alce por encima de la efectiva conveniencia objetiva de lo pactado.

³² Beneyto (2009: 31), Bernal, Florencio Puntas, Martínez Ruiz (2010: 331).

4.3. Mecanismos de seguimiento y control. Una evaluación insuficiente

La insuficiencia o la falta de evaluación, e incluso de diagnóstico inicial y seguimiento, de los acuerdos regionales es uno de los puntos más vulnerables del proceso de “mesoconcertación” español, como se ha indicado en el epígrafe 2.

Cuando se han constituido instrumentos de seguimiento de la ejecución, han resultado genéricos en exceso, sin concretar pormenorizadamente las medidas y programas desarrollados ni su impacto económico o social. Tampoco ninguna metodología que informe de la trayectoria al finalizar los programas.³³

En Andalucía se consolidó el seguimiento y evaluación de los planes en 2002, pero como un proceso exclusivamente interno, desarrollado por los propios actores de los acuerdos, y centrado en volver a indicar los objetivos intermedios y glosar la cantidad invertida y las actuaciones realizadas. El impacto sobre el tejido empresarial y el empleo (Acuerdos del III, 1997, al VI, 2008) ha sido cuantificado, pero no se ha explicado cómo se obtuvieron las cifras aportadas. Los informes no han poseído fuentes ni aparato crítico, ni han establecido relaciones con respecto a anteriores acuerdos. Si se considera además que no se han encargado informes ni auditorías externas, quedan confirmadas las críticas de la falta de evaluación real del proceso.

Esta tónica persiste hasta la actualidad, el VII Acuerdo de Concertación suscrito en 2009 y con vigencia hasta 2013 no cuenta más que con un Informe de Progreso de 2010 publicado en 2011. Ningún otro documento de seguimiento ni de evaluación está disponible ni se ha publicado, pese a que uno de los objetivos de este último pacto era justamente redoblar el esfuerzo por difundir y dar a conocer la concertación social y su positivo impacto en la región. Las insuficiencias en el seguimiento y la evaluación de los pactos no sólo redundan en una merma de su calidad, sino que confieren opacidad al proceso.

4.4. Los resultados sobre el tejido empresarial y el empleo

En este epígrafe se parte de los datos proporcionado por los informes de ejecución (III – VI acuerdos). Se da por bueno, en principio, la información ofrecida por los propios actores de los pactos sociales.

Los acuerdos sociales han tenido por objetivo general dinamizar la economía para ampliar y fortalecer el tejido empresarial y, de este modo, crear empleo. Es por ello que se ha centrado el análisis en estos dos ámbitos cruciales de actuación de los pactos. Antes de abordar su estudio, no obstante, resulta de

³³ Aragón, Blanco, De la Fuente, Licerias, Puig-Samper, Rocha, Santana (2008).

interés conocer la inversión privada que han generado los acuerdos y su relación con el gasto público comprometido. Si uno de los cometidos de los acuerdos era promover la inversión privada para fomentar el progreso económico, se debe estimar que los rendimientos del gasto público han sido decrecientes. El VI Acuerdo, el de mayor inversión pública, ha sido precisamente el que proporcionalmente ha movilizado menor inversión privada.

Cuadro 3. Inversión pública e inversión privada generada en millones de euros corrientes, 1997-2008

Denominación del Acuerdo	Inversión Pública	Inversión Privada Generada	Porcentaje de inversión privada/pública
Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía, 1997-1998	1.842,50	3.875,94	210,36%
IV Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Pacto por el Empleo y la Actividad Productiva, 1999-2000	1.540,68	3.373,71	218,97%
V Acuerdo de Concertación Social, 2001-2004	5.490,53	10.069,95	183,41%
VI Acuerdo de Concertación Social, 2005-2008	11.509,40	14.368,41	124,84%

Fuente: Elaboración propia e informes de ejecución del III, IV, V y VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Consejería de Economía y Hacienda (1999), Comisión General de Seguimiento (2000, 2004 y 2009).

4.4.1. Tejido empresarial

Según se desprende de los informes realizados por los actores de la concertación social, los incentivos a la creación de empresas han tenido un efecto positivo.³⁴ Aunque se toman datos de crecimiento neto (natalidad menos mortalidad empresarial) y no bruto, los porcentajes resultan orientativos por ser especialmente altos, sobre todo en los dos últimos pactos. Entre 1997 y 2008, como media, el porcentaje de creación de empresas por efecto de las medidas acordadas sobre el crecimiento neto de empresas se eleva al 62,30%.

³⁴ En el VI Acuerdo, el apoyo en forma de subvención a fondo perdido, además de facilitar la financiación, ofreció el pago de 9.000 euros en un plazo de dos meses en concepto de "autoempleo y apoyo financiero inicial".

Cuadro 4. Crecimiento neto del tejido empresarial y acuerdos sociales, 1997-2008

Denominación	Empresas creadas por efecto de la ejecución de los acuerdos	Crecimiento neto del tejido empresarial del periodo	Porcentaje de empresas creadas por efecto de los acuerdos sobre el crecimiento neto
Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía, 1997-1998.	9.921	23.575	42,08%
IV Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Pacto por el Empleo y la Actividad Productiva, 1999-2000.	5.795	19.200	30,18%
V Acuerdo de Concertación Social, 2001-2004.	34.079	50.691	67,23%
VI Acuerdo de Concertación Social, 2005-2008.	56.428	77.035	73,25%
Total	106.223	170.501	62,30%

Fuente: Elaboración propia e informes de ejecución del III, IV, V y VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Consejería de Economía y Hacienda (1999), Comisión General de Seguimiento (2000, 2004 y 2009).

La ausencia de información para el periodo 2009-2013 y la falta de otros indicadores, aconsejan ampliar el análisis. Se estudian a continuación la evolución del número de empresas, la densidad empresarial y la inversión en I+D comparando el comportamiento de Andalucía con respecto a la media nacional.

En conjunto, en la Comunidad Autónoma de Andalucía el crecimiento del número de empresas fue apreciable entre 1995 y 2004. La región aumentó su tejido empresarial un 36,2%, mientras que el conjunto de España lo hizo un 28,5%. Al finalizar 2004, Andalucía contaba con el 15,1% de las empresas contabilizadas en España, en 2008 con el 15,28%, porcentajes por encima de la contribución de Andalucía al PIB, que fue del 13,9%. Desde 1995, fue la comunidad autónoma que registró una expansión mayor en términos absolutos, y la cuarta en términos relativos.³⁵

³⁵ Sociedad de Estudios Económicos de Andalucía (2008: 216).

Cuadro 5. Evolución absoluta y porcentual del número de empresas en España por CCAA, 2001-2004, 2005-2008 y 2009-2013

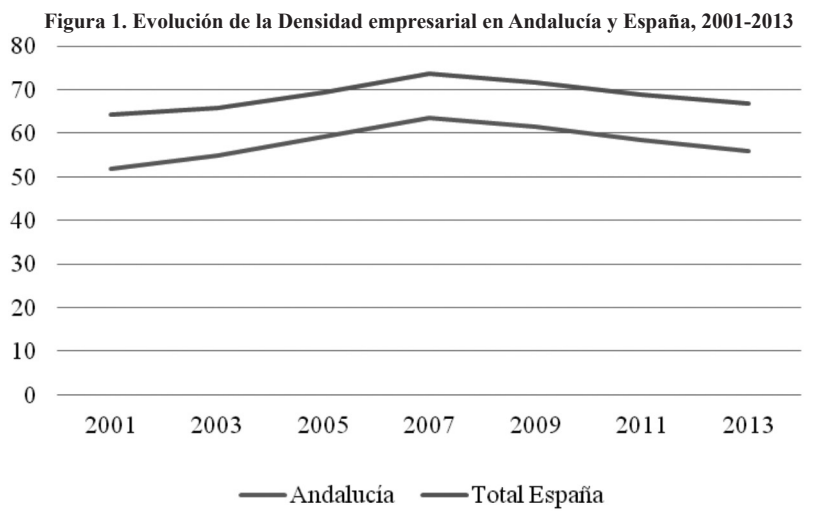
CC AA	2001-2004		2005-2008		2009-2013	
	Nº Abs	Porcentaje	Nº Abs	Porcentaje	Nº Abs	Porcentaje
Andalucía	57.537	13,03%	58.636	11,22%	-38.551	-7,56%
Aragón	5.228	6,09%	4.926	5,19%	-5.216	-5,59%
Asturias	1.738	2,59%	4.949	6,77%	-4.984	-6,82%
Baleares	14.001	16,39%	6.311	6,76%	-6.782	-7,27%
Canarias	11.675	9,71%	15.451	10,77%	-9.815	-6,84%
Cantabria	3.361	9,43%	3.832	9,49%	-2.421	-5,99%
Castilla y León	7.229	4,66%	14.013	8,09%	-8.473	-4,89%
Castilla - La Mancha	13.163	11,55%	19.427	14,10%	-10.074	-7,31%
Cataluña	49.566	9,12%	59.001	9,42%	-38.820	-6,20%
Comunidad Valenciana	33.282	10,56%	46.759	12,43%	-25.683	-6,83%
Extremadura	7.803	14,04%	5.954	8,77%	-3.828	-5,64%
Galicia	13.245	7,32%	17.652	8,68%	-8.265	-4,06%
Madrid	58.289	13,37%	63.132	12,16%	-15.801	-3,04%
Murcia	12.619	15,30%	14.965	14,95%	-8.490	-8,48%
Navarra	3.073	7,74%	3.117	7,11%	-2.422	-5,52%
País Vasco	2.944	1,89%	17.764	10,13%	-18.443	-10,52%
La Rioja	2.064	9,81%	2.236	9,38%	-1.209	-5,07%
Total España	297.266	10,10%	358.110	10,46%	-209.260	-6,24%

Fuente: Elaboración propia y datos de Demografía Empresarial, INE

Pese al progreso registrado hasta 2008, en el último periodo analizado, ejercicios todos afectados por la crisis económica, el comportamiento del tejido empresarial andaluz es uno de los peores de España.

Si se atiende al indicador de la densidad empresarial, la evolución seguida por Andalucía es muy similar a la media española. En 2000 la región contaba con 52 empresas por cada mil habitantes, mientras que España tenía 65.³⁶ En la fase expansiva, Andalucía recortó casi tres puntos de diferencia con la media, las tasas regional y nacional se situaron por encima de las 60 y 70 empresas, respectivamente, por cada mil habitantes. La crisis ha supuesto una reducción de la densidad empresarial en el conjunto del país, sin que Andalucía haya mostrado un mejor comportamiento. En 2013, Andalucía contaba con 55,87 empresas por cada mil habitantes, y la media española con 66,76. Una diferencia de casi 11 puntos.

³⁶ Servicio de Estudios. Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España y Fundación INCYDE (2006).



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de número de empresas y población del INE.

La innovación es un instrumento clave para mejorar la competitividad y el aprovechamiento de otros recursos en las empresas y los territorios. Se ha apuntado el destacado papel de innovación jugado por las pymes a partir de la descentralización productiva de las grandes empresas que se ha producido en los últimos treinta y cinco años, pero las pequeñas y medianas empresas que han aprovechado esta circunstancia han sido de un tamaño superior al representativo del tejido productivo andaluz.³⁷ En este sentido, se registra un problema intrínseco de dimensión que sólo se puede solventar aumentando el tamaño de las empresas o mediante estrategias de cooperación y acuerdos para suplir esta carencia. Pero no ha sido precisamente la cooperación una constante en las estrategias de las empresas andaluzas.³⁸

En España se había producido una polarización regional evidente en las inversiones en I+D. Hasta la década de 1990 el 70% de la inversión en I+D se había concentrado en Madrid, Cataluña, País Vasco y Comunidad Valenciana.³⁹ Por el contrario, en Andalucía la inversión privada había sido reducida debido, entre otros factores, a la poca importancia de las empresas manufacturera de base científica y a la limitada presencia de proveedores especializados.⁴⁰

³⁷ Guzmán Cuevas, Santos Cumplido, Romero Luna, Liñán Alcaide (2000: 46-47).

³⁸ En la década de 1990, no llegaban al 25% las empresas radicadas en Andalucía que contaban con acuerdos de cooperación con otras entidades privadas. Muñoz López, Villalba Cabello (2000: 62).

³⁹ Delgado Cabeza (1996: 220).

⁴⁰ En la década de 1990 las ramas industriales de nivel tecnológico medio-alto apenas aportaban el 1,5% del PIB regional. Guzmán Cuevas, Santos Cumplido, Romero Luna, Liñán Alcaide (2000: 51).

Gracias a la inversión pública, entre 1987 y 2000, los gastos internos en I+D en relación con el PIB aumentaron ligeramente, sin embargo fueron muy inferiores a la media de España.⁴¹ En 2007, 3.192 empresas andaluzas realizaron actividades innovadoras, cifra que representó el 10,3% del conjunto de España, porcentaje que se elevó al 12,3% para la media del período 2005-2007.⁴² Las empresas andaluzas realizaron un gasto en innovación en 2007 de 1.392,8 millones de euros, el 7,7% del realizado por las empresas innovadoras españolas. Hasta esa fecha, aunque tímidamente, las empresas andaluzas lograron recortar los diferenciales con respecto a la media, aunque el porcentaje de gasto en I+D continuaba muy por debajo del porcentaje del PIB andaluz sobre el conjunto del país. La crisis económica ha acabado con esos limitados avances. En 2012 habían retrocedido todos los indicadores. Las empresas que realizaron actividades innovadoras se habían reducido a 2.128, el 11,77% del total de España. Los gastos de innovación cayeron a 867,28 millones de euros, el 6,46% de la media del país. Un retroceso de más de 1 punto porcentual.⁴³

Por sectores, ha destacado la inversión en innovación de los servicios y la industria, y unas menores tasas en el sector primario y en la construcción,⁴⁴ con una mayor aportación al PIB y al empleo. Sectores, estos últimos, que han concitado una atención preferente en la concertación social regional.

En términos generales y atendiendo a los indicadores analizados, puede afirmarse que el tejido empresarial andaluz ha evolucionado mejor que la media del país, recortando sus diferenciales, en el periodo de crecimiento económico, hasta 2007, y se ha tornado peor, volviendo a ensanchar las diferencias, a partir de 2008, con el inicio y desarrollo de la crisis económica hasta la actualidad. Una constante desde las dos últimas décadas del siglo XX.⁴⁵ Característica que también se puede extender a la evolución de otros territorios europeos relativamente menos desarrollados.

4.4.2. Empleo

Los actores de los pactos sociales han cuantificado el impacto de las medidas adoptadas en empleo creado y mantenido.⁴⁶ La evolución general marca el aumento en la creación de empleo, más acusada en los dos últimos acuerdos analizados, más duraderos y con una mayor dotación económica. La mayor creación de empleo registrada en ese periodo (2001-2008) responde, con claridad, al crecimiento de la inversión pública y, sobre todo, a la coyuntura económica favorable que alcanzará el cénit del último ciclo expansivo.

⁴¹ Peña Sánchez (2008: 47-48).

⁴² En 2007 el número de empresas andaluzas representaba el 15,34% del total.

⁴³ Datos referidos a 2007 y 2012 en la Encuesta sobre Innovación Tecnológica en las Empresas, INE.

⁴⁴ SOCIEDAD DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE ANDALUCÍA (2008: 258-259).

⁴⁵ Vallés Ferrer (1997: 22).

⁴⁶ En principio se distinguía entre empleo creado y mantenido, a partir del V Acuerdo el impacto sobre el mercado de trabajo se expresa en una única categoría de “empleo creado y mantenido”.

Se ha relacionado la creación y el mantenimiento de empleo declarados con la inversión pública generada en cada uno de los pactos.

Cuadro 6. Relación entre gasto público y empleo total (creado+mantenido) en los acuerdos de concertación social en euros corrientes, 1997-2008

Denominación del Acuerdo	Gasto público (euros corrientes)	Total empleo (creado y mantenido)	Ratio gasto público / empleo, euros corrientes
Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía, 1997-1998	1.842.499.969,95	183.791	10.024,97
IV Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Pacto por el Empleo y la Actividad Productiva, 1999-2000	1.540.682.509,35	128.930	11.949,76
V Acuerdo de Concertación Social, 2001-2004	5.490.530.000,00	377.268	14.553,39
VI Acuerdo de Concertación Social, 2005-2008	11.509.400.000,00	427.152	26.944,51

Fuente: Elaboración propia e informes de ejecución del III, IV, V y VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Consejería de Economía y Hacienda (1999), Comisión General de Seguimiento (2000, 2004 y 2009).

Resulta muy apreciable el aumento de gasto por empleo en el último acuerdo respecto del anterior, más de 12.000 euros por puesto creado o mantenido. Pese a que el estudio se realiza en euros corrientes, la moderada inflación registrada en los años analizados apunta a una creciente ineficiencia en esta materia.

Para estimar el impacto del empleo creado y mantenido sobre el mercado de trabajo regional, se ha relacionado con el número medio total de ocupados en el último año en que los acuerdos estuvieron en vigor.

Cuadro 7. Relación entre la media anual del empleo creado y mantenido por los acuerdos de concertación social (1997-2008) y el número total de ocupados del último año de ejecución de los acuerdos

Denominación del Acuerdo	Media anual de Empleo creado y mantenido por el Acuerdo	Nº medio ocupados último año de ejecución del acuerdo	% de acciones de empleo sobre el conjunto de ocupados
Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía, 1997-1998	91.896	1.954.900	4,70%
IV Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Pacto por el Empleo y la Actividad Productiva, 1999-2000	64.465	2.145.480	3,00%
V Acuerdo de Concertación Social, 2001-2004	94.317	2.586.400	3,65%
VI Acuerdo de Concertación Social, 2005-2008	106.788	3.149.700	3,39%

Fuente: Elaboración propia e informes de ejecución del III, IV, V y VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Consejería de Economía y Hacienda (1999), Comisión General de Seguimiento (2000, 2004 y 2009).

El impacto del empleo creado y mantenido sobre el número total de ocupados de los últimos años de ejecución se ha mantenido en torno al 3%, con la excepción destacada del III Acuerdo que alcanzó el 4,70%. En los dos últimos acuerdos, a pesar del mayor gasto público y de la prolongación del periodo de ejecución, se ha mantenido muy por debajo de ese porcentaje. Estos datos confirman, en materia de empleo, la mayor eficacia del III Acuerdo frente a los siguientes y, además, una evolución decreciente.

Aparte de los datos proporcionados por los documentos de seguimiento de los acuerdos, se ha recurrido a los indicadores habituales del mercado de trabajo y ampliado el periodo de análisis a 2013. De los tres indicadores básicos del mercado de trabajo en el periodo 1997-2013, tasas de actividad, empleo y desempleo, nos centraremos en los dos últimos.

Las tasas de empleo aumentaron con claridad hasta 2007, el buen comportamiento de este indicador hizo que en 2008, cuando terminó el VI acuerdo, la cifra aún fuese superior a la de 2005. Sin embargo, los efectos de la crisis han hecho que la tasa en 2013 haya regresado a valores de 1999, por debajo del 40%. El retroceso que ha sufrido este indicador desde 2008, 9,84 puntos porcentuales, ha sido un poco superior al registrado para la media de España, 9,16, aunque no ha resultado el más elevado, caso de las Comunidades Autónomas de Valencia, Murcia y Cataluña, cuyo descenso ha sido superior a 10 puntos.

Cuadro 8. Tasa de empleo en España por CC AA, 1997- 2013

CC AA / Año	1997	1999	2001	2005	2008	2010	2013
Andalucía	34,33	37,46	40,73	46,79	47,30	42,3	37,46
Aragón	42,87	45,39	47,67	53,27	55,07	49,57	45,9
Asturias (Principado de)	34,51	36,56	38,95	43,21	48,23	43,4	39,74
Baleares	49,92	52,34	55,35	58,18	58,16	52,56	51,12
Canarias	43,66	46,86	49,64	52,42	50,36	44,28	41,15
Cantabria	38,50	39,56	45,26	50,05	52,85	48,16	44,37
Castilla y León	38,19	40,98	42,92	47,90	49,35	46,44	42,91
Castilla - La Mancha	38,67	41,69	44,06	49,07	50,48	45,7	41,05
Cataluña	46,16	50,29	52,91	57,01	57,50	51,66	47,36
Comunidad Valenciana	42,36	45,95	49,93	53,47	53,72	46,38	42,78
Extremadura	34,43	37,27	39,69	43,48	45,36	42,03	37,22
Galicia	40,64	42,16	44,22	47,76	50,27	46,18	42,52
Madrid (Comunidad de)	43,64	48,25	52,66	58,13	58,97	54,63	50,34
Murcia (Región de)	41,82	44,95	48,17	53,20	53,99	47,72	43,56
Navarra (Comunidad Foral de)	47,21	49,47	52,66	56,23	57,05	52,99	48,66
País Vasco	42,33	45,76	48,85	52,74	54,32	51,52	47,52
La Rioja	43,19	45,68	48,17	55,73	55,26	51,02	46,73
Total	40,96	44,26	47,40	52,10	53,02	47,96	43,86

Fuente: Elaboración propia y EPA, INE.

En cuanto al paro, sistemáticamente las tasas de desempleo de Andalucía han sido superiores a la media de España, que a su vez ha sido uno de los estados con más paro de la UE. El diferencial entre Andalucía y la media española había oscilado de los 6 puntos en 1976 a los 12 de mediados de la década de 1980, se había estabilizado en torno al 12%-13% al inicio del decenio de 1990⁴⁷, bajó apreciablemente a partir de 2003 y se situó por debajo de los 5 puntos en 2007. El año siguiente, los efectos de la crisis económica mundial volvieron a ensanchar el diferencial hasta los 6,49 puntos, para volver a situarse en casi 10 puntos en 2013 (Cuadro 9).

Las diferencias entre las tasas de desempleo de la región andaluza y las del conjunto del Estado han radicado en una serie de factores que han permanecido, en buena medida, inalterados durante todo el periodo autonómico.⁴⁸ Situación no corregida por los acuerdos sociales. La escasa capacidad de generación de empleo de la economía andaluza, caracterizada como estructural, ha tenido dos factores principales: la menor capacidad de arrastre de las actividades económicas de Andalucía, desconectadas y desarticuladas entre sí, y una doble dinámica que ha implicado que mientras se ha creado empleo en algunas actividades se ha ido destruyendo en otras partes del tejido económico como consecuencia de su desventaja competitiva frente a otras economías.⁴⁹ Además de lo anterior, hay que añadir el aumento de la población activa andaluza por encima de la media española y el superior acceso relativo de la mujer al mercado de trabajo. Entre 1977 y 2001, el crecimiento medio ha sido aproximadamente un punto porcentual superior a la media del país. La tendencia en 2008 permanecía inalterada.⁵⁰ Otro factor relevante ha sido el peso relativo del empleo agrícola. Como el sector primario ha mantenido una tasa de constante de creación de paro,⁵¹ su mayor importancia en la Comunidad de Andalucía ha redundado en niveles más elevados de desempleo.⁵²

El capital humano ha sido otro problema recurrente. En Andalucía, pese a los avances operados, el nivel educativo y la cualificación de la población activa han continuado por debajo de la media de España.⁵³ El cambio tecnológico

⁴⁷ Gómez García, Prieto Rodríguez (2003: 143-144).

⁴⁸ Sobre el diferencial de desempleo de las dos regiones con mayores tasas de paro, Andalucía y Extremadura, con respecto a la media española, véase Murillo, Núñez, Usabiaga (2005).

⁴⁹ Delgado Cabeza (2002: 66-67).

⁵⁰ Secretaría General de Economía (2009: 75). Con ser un factor evidente, no es suficiente para explicar el problema del mercado de trabajo andaluz, cuyo tejido empresarial no es capaz de absorber los diferenciales de paro que guarda con la media de España. Vallés Ferrer (1997: 26).

⁵¹ Gavira (1994: 95).

⁵² Desde la década de 1980 hasta mediados del decenio siguiente la capacidad de Andalucía para generar empleo disminuyó un 35,6%, este decrecimiento resultó especialmente significativo en actividades como la agricultura y el sector agroalimentario, donde se redujo un 42,3%. Sólo aumentó la creación de empleo en la administración pública. Cazorla (1995: 216 y 220).

⁵³ Fundación BBVA (2008: 13).

favorece la demanda de mano de obra cualificada y limita la no cualificada. Los menores niveles de cualificación han contribuido a que sean mayores las tasas de desempleo.⁵⁴

Estos factores han sido responsables de que, hasta 2007, la reducción del paro no progresara en mayor medida, y a partir de 2008 se produjera una rápida destrucción de empleo.

Cuadro 9. Tasa de desempleo en España por CC AA, 1997-2013

CC AA / Años	1997	1999	2001	2005	2008	2010	2013
Andalucía	31,49	29,13	18,67	13,85	17,83	27,97	36,34
Aragón	14,05	11,37	4,99	5,83	7,15	14,77	21,33
Asturias (Principado de)	20,95	18,84	7,74	10,25	8,45	15,97	24,05
Baleares	11,78	11,29	5,95	7,28	10,18	20,37	22,3
Canarias	19,69	18,47	10,75	11,73	17,36	28,7	34,07
Cantabria	20,69	17,79	8,69	8,52	7,17	13,87	20,58
Castilla y León	19,53	18,00	10,05	8,73	9,51	15,78	21,74
Castilla - La Mancha	18,48	16,79	9,49	9,17	11,59	20,99	30,11
Cataluña	17,10	14,42	8,63	6,96	9	17,75	23,37
Comunidad Valenciana	19,89	16,47	9,44	8,82	12,13	23,3	28,61
Extremadura	29,11	28,90	14,51	15,78	15,2	23,04	33,7
Galicia	18,41	17,35	11,02	9,95	8,73	15,4	22,07
Madrid (Comunidad de)	17,98	16,79	7,57	6,81	8,69	16,08	20,24
Murcia (Región de)	19,44	17,28	10,66	8,02	12,63	23,35	29,37
Navarra (Comunidad Foral de)	10,13	10,09	4,85	5,64	6,72	11,85	18,11
Pais Vasco	18,88	16,91	9,79	7,34	6,45	10,55	15,83
La Rioja	11,55	11,25	4,52	6,19	7,79	14,27	19,9
Total	20,61	18,61	10,55	9,16	11,34	20,06	26,36

Fuente: elaboración propia a partir de la EPA, INE.

Pese a todo, hasta 2008 Andalucía fue una de las regiones que más recortó su nivel de desempleo, 13,68 puntos porcentuales, apreciablemente por encima de la media, 9,78 puntos porcentuales. Sólo Extremadura redujo en mayor medida su tasa de desempleo, en 13,91 puntos. Sin embargo, el comportamiento seguido a partir de 2008 del paro en por la Comunidad Autónoma de Andalucía –ha aumentado en 18,51 puntos– ha sido peor claramente que el de la media nacional, que creció 15,02 puntos. En ninguna otra región, con la excepción de Castilla-La Mancha, aumentó tanto el desempleo. Además, Andalucía resulta la región con mayor tasa de desempleo en 2013.

Como ha ocurrido en el tejido empresarial, la tasa de desempleo se ha reducido más que la media española durante la expansión económica, pese al

⁵⁴ Los factores explicativos del diferencial de las tasas de desempleo entre Andalucía y España en Gómez García, Prieto Rodríguez (2003). Los datos sobre los años 2005-2008, en Secretaría General de Economía (2009) y el INE.

aumento de la temporalidad,⁵⁵ mientras que la crisis económica ha supuesto un impacto negativo mayor y los resultados han sido claramente peores que los registrados en España.

5. CONCLUSIONES

El estudio realizado permite responder a los interrogantes planteados en el tercer epígrafe. En primer lugar, ha quedado acreditado el rango estratégico de la concertación social, pues no sólo ha generado un entramado institucional tripartito de gran influencia en el mercado de trabajo regional y ha orientado una buena parte de la inversión –casi la mitad en el periodo 2005-2008– sino que, hasta 2013, ha extendido el diálogo tripartito con los mismos agentes sociales a otras planificaciones como los Planes de Desarrollo Regional para la percepción y aplicación de los fondos europeos.

Influencia que, igualmente, se conecta y extiende a la política regional y de cohesión social de la UE. De este modo, la segunda cuestión planteada queda resuelta al constatar que los recursos financieros europeos han tenido un fuerte impacto sobre la inversión pública y, en esta medida, la han condicionado. Como se ha comprobado en el análisis de las programaciones aprobadas y líneas de actuación desarrolladas, la política regional europea ha afectado a la concertación social y, en general, a la política económica ejecutada por el gobierno autonómico, ha orientado a ambas a favor de las directrices regionales establecidas en los periodos financieros correspondientes.

Política de desarrollo regional y cohesión social que, por otro lado, ha sido abiertamente cuestionada en virtud de su homogeneidad, que no ha permitido una correcta adaptación a la problemas específicos de los territorios, y su falta de resultados, pues sólo se puede hablar de una convergencia regional muy a largo plazo, claramente afectada y detenida en los periodos de crisis económica, como muestra el caso de Andalucía de 2008 a la actualidad. El cambio radical que ha sufrido esta política en el periodo 2014-2020 apunta a la asunción por parte de la Comisión y el Consejo de Europa de estas evidencias, aunque también debe estimarse la merma relativa de la financiación disponible.

El tercer interrogante se centraba en el control y evaluación del proceso. Las deficiencias, en ese sentido, son más que apreciables. Además de las evidencias expuestas, resulta muy significativo que en la actualidad el VII Acuerdo de Concertación –el de mayor dotación económica, casi 20.000 millones

⁵⁵ En el cénit de la expansión económica, entre 2005 y 2007, la cifra de temporalidad de España estuvo por encima del 30%, incluso en el 33% en alguno de sus trimestres; Andalucía alcanzó en torno al 45%, la región con mayor eventualidad en la contratación. Asalariados por tipo de contrato o relación laboral, INE.

de euros para reactivar la economía regional ante la crisis— concluido en 2013 todavía no cuenta con una evaluación final, y solamente se haya publicado en 2011 un informe de Progreso de 2010.

Como respuesta a la última cuestión planteada se ha constatado el retroceso en la eficiencia del gasto público comprometido en los acuerdos sociales, que, en términos relativos, incorporaron una inversión privada cada vez menor y aumentaron el coste de crear y/o mantener empleo. De igual modo, se ha verificado que las estructuras económicas y sectoriales han permanecido en gran medida inalteradas desde la década de 1990, y que el empleo generado hasta 2007 estuvo comprometido en su calidad por el aumento de la temporalidad. Resulta evidente la debilidad de la economía andaluza, que ha resistido peor que otras regiones y la media española los embates de la crisis.

No se ha ocultado la dificultad de deslindar el impacto de la concertación social en el desarrollo de la región de otros factores y condicionantes, pero sí se puede afirmar que los pactos sociales andaluces, fuertemente influidos por las directrices emanadas de la política regional europea, se han mostrado inoperantes para fortalecer las estructuras económicas de la región y contribuir a su desarrollo y modernización.

Habida cuenta de las conclusiones obtenidas y la importancia del proceso, resulta conveniente plantear algunas reflexiones. En primer lugar debe cuestionarse y abrirse un debate amplio sobre la política regional y cohesión social de la UE, y el giro operado para los próximos años hasta 2020. La nueva estrategia europea, centrada en la investigación y la innovación, ha señalado preferentemente a agentes de innovación, singularmente universidades, y empresas de referencia, con experiencia en la materia, para diseñar las directrices andaluzas de “especialización inteligente”. Si se renueva la concertación social habrá de trabajarse sobre estas líneas de acción aprobadas, pero hay margen para concretarlas y aplicarlas con eficacia.

Además del contenido, deben replantearse las formas. En primer lugar, subsanar las insuficiencias mostradas en materia de diagnóstico, seguimiento, control y evaluación de los programas y el gasto acordado en los pactos, y permitir que se puedan realizar auditorías externas. Del mismo modo, debería reformularse el diseño de los acuerdos y la propia participación de los agentes sociales. Resulta más que recomendable que se promuevan los niveles sectorial y local, con independencia de que se alcance un acuerdo marco general que coordine y otorgue coherencia a las políticas desarrolladas. El desarrollo de estos niveles de decisión y actuación abriría la puerta a otros agentes sociales que, sin contar con la suficiente representatividad para figurar en el acuerdo marco global, sí podrían incorporarse al diseño y ejecución de determinados programas. Esto, además de incorporar un mayor conocimiento y capacidad de actuación sobre problemas concretos, posibilitaría más control y transparencia al proceso.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P. O., MORENO DE LA VEGA Y LOMO, F. (2009), “Diálogo y concertación social en la conformación de las políticas sociales en el ámbito europeo, estatal y regional. El caso de España”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLII, nº 125, pp. 593-630.
- ARAGÓN, J., BLANCO, M., DE LA FUENTE, L., LICERAS, L., PUIG-SAMPER, F., ROCHA, F., SANTANA, A. I. (2008) [en línea], “La concertación social territorial en España. Una aproximación a los acuerdos autonómicos”, *Documentos de Trabajo de la Fundación 1º de Mayo*, 2. <http://www2.1mayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc208.pdf> [Consultado: 3 de abril de 2013].
- BACCARO, L., SIMONI, M. (2008), “Policy Concertation in Europe Understanding Government Choice”, *Comparative Political Studies*, vol. 41, nº 10, pp. 1323-1348.
- BANDE, R., FERNÁNDEZ, M., MONTUENGA, V. M. (2010), “Actividad, ocupación y paro: evaluación de la política regional comunitaria, en las regiones Objetivo 1”, *Papeles de Economía Española*, nº 123, pp. 16-38.
- BENEYTO, P. J. (2009) [en línea], “Panorama actual de la afiliación sindical”, *Observatorio Confederal de Afiliación de CC OO*, nº 1, diciembre <http://www.1mayo.ccoo.es> [Consultado: 4 de octubre de 2012].
- BERNAL, A. M., FLORENCIO PUNTAS, A., MARTÍNEZ RUIZ, J. I. (2010), *El empresariado Andaluz en Perspectiva Histórica*, Sevilla, Escuela Andaluza de Economía.
- BOLDRIN, M., CANOVA, F. (2001), “Inequality and convergence in Europe’s regions: reconsidering european regional policies”, *Economic Policy*, April, pp. 206-253.
- CAZORLA, J. (1995), “El marco económico y la política social en Andalucía, 1995”, *Revista de Estudios Regionales*, nº 42, pp. 213-230.
- COMISIÓN EUROPEA (2010) [en línea], *Invirtiendo en el futuro de Europa. Quinto informe sobre la cohesión económica, social y territorial*, http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion5/index_es.cfm [Consultado: 3 de septiembre de 2012].
- COMISIÓN GENERAL DE SEGUIMIENTO (2000) [en línea], *Informe de Ejecución del IV Acuerdo de Concertación Social en Andalucía. Pacto por el empleo y la actividad productiva* www.juntadeandalucia.es/organismos/economia/innovacionciencia/areas/economia/concertacion.html [Consultado: 20 de junio de 2013].

- COMISIÓN GENERAL DE SEGUIMIENTO (2004) [en línea], *Informe de Ejecución del V Acuerdo de Concertación Social en Andalucía*, www.juntadeandalucia.es/organismos/economiainnovacionyciencia/areas/economia/concertacion.html [Consulta: 20 de junio de 2013].
- COMISIÓN GENERAL DE SEGUIMIENTO (2009) [en línea], *Informe Final de Ejecución del VI Acuerdo de Concertación Social en Andalucía*, www.juntadeandalucia.es/organismos/economiainnovacionyciencia/areas/economia/concertacion.html [Consulta: 20 de junio de 2013].
- CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA (1999) [en línea], *III Acuerdo de Concertación Social. Informe de Ejecución*, www.juntadeandalucia.es/organismos/economiainnovacionyciencia/areas/economia/concertacion.html [Consulta: 20 de junio de 2013].
- CORDERO MESTANZA, G. (1999), “Los fondos estructurales europeos como fuente de financiación de las comunidades autónomas”, *XXV Reunión de Estudios Regionales. Las Regiones Españolas en Europa*, Sevilla, Secretariado de Recursos Audiovisuales y Nuevas Tecnologías de la Universidad Sevilla [Recurso electrónico, CD-ROM].
- DELGADO CABEZA, M. (1996), “Integración y reestructuración desde la periferia europea”, *Revista de Estudios Regionales*, nº44, pp. 207-238.
- DELGADO CABEZA, M. (2002), *Andalucía en la otra cara de la globalización. Una economía extractiva en la división territorial del trabajo*, Sevilla, Mergablum.
- DELGADO CABEZA, M. (2006), “Economía, territorio y desigualdades regionales”, *Revista de Estudios Regionales*, nº 75, pp. 93-128.
- DEL VAL ARNAL, J. J. (1991), “La institucionalización descentralizada de la concertación social en las comunidades autónomas: el Consejo de Relaciones Laborales y el Consejo Económico y Social”, MONREAL, A. (Ed.), *El Estado de las autonomías*, Madrid, Tecnos, pp. 195-202.
- EBBINGHAUS, B., HASSEL, A. (2000), “Striking deals: concertation in the reform of continental European welfare states”, *Journal of European Public Policy*, vol. 7, nº 1, pp. 44-62.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F (2007), “Comunidades Autónomas, empleo y Unión Europea”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (Dir.), *Política Social Europea y Comunidades Autónomas*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales / Mergablum, pp. 145-186.
- FUNDACIÓN BBVA (2008), “La distribución espacial de la actividad económica”, *Cuadernos de la Fundación BBVA, Serie Capital y Crecimiento*, 9.
- GÁMIZ, A. (1985), “La agricultura andaluza y la Política Agraria Común”, *Boletín Económico de Andalucía*, nº 6, pp. 39-52.

- GAVIRA, L. (1994), “Consecuencias para el desarrollo del modelo de gestión del trabajo en Andalucía”, *Boletín Económico de Andalucía*, nº 18, pp. 93-105.
- GÓMEZ GARCÍA, F.; PRIETO RODRÍGUEZ, M. (2003), “Factores explicativos del diferencial del desempleo andaluz”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 46, pp. 143-167.
- GUZMÁN CUEVAS, J., SANTOS CUMPLIDO, F. J., ROMERO LUNA, I., LIÑÁN ALCAIDE, F. (2000), “Las pymes y la calidad del tejido productivo andaluz”, *Boletín Económico de Andalucía*, nº 28-29, pp. 43-56.
- HYMAN, R. (March 2010) [en línea], “Social dialogue and industrial relations during the economic crisis: Innovative practices or business as usual?”, ILO, Working Paper No. 11 http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/publications/WCMS_158355/lang--en/index.htm [Consultado: 10 de octubre de 2013].
- JUNTA DE ANDALUCÍA (1999), *IV Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, Pacto por el Empleo y la Actividad Productiva*, Sevilla, Junta de Andalucía.
- LÁZARO ARAUJO, L. (Coord.) (2002) [en línea], *Las acciones estructurales comunitarias en España y sus comunidades autónomas, periodo 2000-2006. La Aplicación de los recursos estructurales en las Comunidades Autónomas (Monografías Regionales)*, vol. II, Madrid, Comisión Europea. http://ec.europa.eu/spain/pdf/tomo_2_es.pdf [Consultado: 25 de julio de 2012].
- MALFEITO GAVIRO, J., y GUTIÉRREZ BARBARRUSA, T. (2010), “La política de desarrollo regional de la Unión Europea para 2007-2013”, *Revista Universitaria Europea*, nº 12, pp. 61-86.
- MANCHA NAVARRO, T.; GALLO RIVERA, M. T. (2013), “Política regional y cohesión europea: perspectivas 2014-2020”, *Ekonomiaz* nº 82, pp. 170-199.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, D. (2009), “Condicionantes de la política regional y la convergencia”. *Revista de Estudios Regionales* nº 85, pp. 53-66.
- MATÍAS CLAVERO, G. (2005), “La estrategia de Lisboa sobre la sociedad del conocimiento: la nueva economía”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº 820, pp. 169-193.
- MORENO VIDA, M. N. (2009), “Diálogo social y concertación en las relaciones laborales en Andalucía”, *Temas Laborales*, vol. II, nº 100, 551-574.
- MORENO VIDA, M. N. (2013), “Los acuerdos de concertación social, con especial atención al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía”, *Temas Laborales*, nº 120, pp. 85-122.

- MURILLO GARCÍA, E. (2007), Análisis de los efectos económicos de la política regional europea en Andalucía, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía.
- MURILLO, I., NÚÑEZ, F., USABIAGA, C. (2005) [en línea], “Diferencial y persistencia del desempleo en Andalucía y Extremadura”, *VI Jornadas de Economía Laboral*. <http://www.ua.es/jornada/jelalicante/Murillo%20y%20otros-Persistencia.pdf> [Consultado: 10 de diciembre de 2011].
- MUÑOZ LÓPEZ, J. A., VILLALBA CABELLO, F. (2000), “Perfil del empresario y de la empresa andaluza”, *Boletín Económico de Andalucía*, nº 28-29, pp. 57-72.
- PAREJO, A. (2001), “Industrialización, desindustrialización y nueva industrialización de las regiones españolas (1950-2000). Un enfoque desde la historia económica”, *Revista de Historia Industrial*, nº 19-20, pp. 15-76.
- PEÑA SÁNCHEZ, A. R. (2006) [en línea], “Productividad y estructura productiva en Andalucía: un análisis comparativo a nivel sectorial”, *Documento de Trabajo*, Centro de Estudios Andaluces, <http://www.centrodeestudiosandaluces.info/PDFS/E200612.pdf> [Consultado: 10 de mayo de 2011]
- PEÑA SÁNCHEZ, A. R. (2008), “El nivel de desarrollo económico en Andalucía: análisis diferencial de los factores determinantes en el contexto de las regiones españolas”, *Revista de Economía del Rosario*, 11 (1), pp. 35-60.
- PITONI, I. (Dir.) (2004) [en línea], “La concertazione decentrata”, *Il punto su... Le monografie del CDS: Temi e Instrumenti*, Istituto per lo Sviluppo della Formazione Professionale dei Lavoratori, www.isfol.it [Consultado: 27 de julio de 2011].
- RHODES, M. (1998): “Globalization, Labour Markets and Welfare States: A Future of ‘Competitive Corporatism’?”, RHODES, M., MÉNY, Y. (Eds.), *The Future of European Welfare: A New Social Contract?*, London, Macmillan, pp. 178-203.
- RHODES, M. (2000): “The Political Economy of Social Pacts: ‘Competitive Corporatism’ and European Welfare Reform”, PIERSON, P. (Ed.), *The new politics of the Welfare State*, Oxford, University Press, pp. 165-196.
- RHODES, M. (2001), ‘The Political Economy of Social Pacts: Competitive Corporatism and European Welfare Reform’, PIERSON, P. (Ed.) *The New Politics of Welfare*, pp. 165-194. Oxford, University Press.
- ROCHA, F., ARAGÓN, J. (2001) [en línea], “Mecanismos de evaluación de los pactos de empleo en las comunidades autónomas: situación y experiencias”, *Documentos de Trabajo de la Fundación 1º de Mayo*, 1. <http://www2.1mayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc101.pdf> [Consultado: 12 de abril de 2011].

- RODRÍGUEZ NUÑO, V. (1998), “Cambios en el modelo de especialización sectorial del País Vasco y de las restantes comunidades autónomas en el periodo 1980-1994”, *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, nº 40, pp. 248-269.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2006), *Introducción a la negociación colectiva. El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- RODRÍGUEZ-POSE, A., FRATESI, U. (2003), “Estrategias de desarrollo desequilibradas y la falta de convergencia regional en la UE”, AURIOLAS, J., MANZANERA, E. (Coords.), *Cuestiones clave de la economía española. Perspectivas actuales, 2003*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces.
- SECRETARÍA GENERAL DE ECONOMÍA (2009) [en línea], *Informe Económico de Andalucía: 2008*, Servicio de Estudios y Publicaciones de la Consejería de Economía y Hacienda, <http://www.juntadeandalucia.es/economiayhacienda> [Consultado: 7 de junio de 2011].
- SERVICIO DE ESTUDIOS. CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA Y FUNDACIÓN INCYDE (2006) [en línea], *La Creación de Empresas en España. Análisis por regiones y sectores*, Madrid, Servicio de Estudios de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación. www.camaras.org [Consultado: 2 de octubre de 2011]
- SIEGEL, N. A. (2005), “Social Pacts Revisited: ‘Competitive Concertation’ and Complex Causality in Negotiated Welfare State Reforms”, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 11, nº 1, pp. 107-126.
- SOCIEDAD DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE ANDALUCÍA (2008), *Informe Económico y Financiero de Andalucía 2008*, Granada, Caja Granada.
- SOSVILLA RIVERO, S. (2009), “El impacto de los Fondos Europeos en la economía andaluza: 1989-2013”, *Revista de Estudios Regionales*, nº 85, pp. 97-118.
- VALLÉS FERRER, J. (1997), “Introducción”, VALLÉS FERRER, J., *Economía Andaluza*, Sevilla, Algaida, pp. 15-137.
- VILLAVARDE, J., MAZA, A. (2010), “Los fondos estructurales europeos y la convergencia de las regiones españolas: 2000-2006”, *Papeles de Economía Española*, nº 123, pp. 2-15.

Informes y Documentos

LA IMPOSIBLE RETROACTIVIDAD PLENA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: EL CASO DEL SECTOR DE HOSTELERÍA DE LA PROVINCIA DE SEVILLA

LUIS OCAÑA ESCOLAR

Abogado

ÍNDICE

1. LA NEGOCIACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE HOSTELERÍA DE SEVILLA
 - 1.1 El proceso negociador
 - 1.2 El resultado de lo negociado en materia salarial
2. LA IMPOSIBLE RETROACTIVIDAD PLENA DEL CONVENIO COLECTIVO
 - 2.1 Sobre la vigencia de los convenios colectivos
 - 2.2 La entrada en vigor del convenio colectivo
 - 2.3 La naturaleza jurídica de los convenios colectivos en cuanto normas del ordenamiento
 - 2.4 Por qué las partes no pueden disponer de un derecho perfeccionado
 - 2.5 La notoria infracción de las normas que regulan la exégesis contractual
 - 2.6 La unidad del convenio colectivo y la utilización de la técnica del “espiguelo”
 - 2.7 La violación de los principios de condición más beneficiosa, garantía “ad personam” y principio pro operario
 - 2.8 La imposible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*
 - 2.9 La jerarquía normativa y la imposible retroactividad *in peius*
 - 2.10 El imposible descuelgue
 - 2.11 La inexistencia de enriquecimiento injusto
 - 2.12 El principio *tempus regit actum*
3. CONCLUSIONES

1. LA NEGOCIACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE HOSTELERÍA DE SEVILLA

1.1. El proceso negociador

El vigente convenio colectivo para el sector de la hostelería de Sevilla se publicó en el BOP de Sevilla número 241 de 17-10-2013 y expresamente en su artículo 4 denominado “Ámbito temporal” establece una vigencia temporal “para dos años, iniciando su vigencia el día uno de enero de 2013, sea cual sea la fecha de su publicación en el Boletín Oficial” de la provincia y su duración será hasta el 31 de diciembre de 2014.” Se trata, por consiguiente, de un convenio de duración determinada.

Este convenio fue firmado el 9 de mayo de 2013 y fueron partes firmantes por el banco empresarial la Asociación de Hoteles de Sevilla, la Asociación Empresarial de Hostelería, la Asociación Provincial de Salas de Baile y Disco-

tecas y la Asociación de Salas de Fiestas, Cafés Cantantes y Tablaos Flamencos y por el banco social, las centrales sindicales UGT y CC.OO.

El anterior convenio colectivo para el sector de la hostelería de Sevilla se publicó en el BOP de Sevilla número 114 de 20-5-2010 y expresamente en su artículo 4 denominado “Ámbito temporal” se establecía una vigencia temporal “para tres años, iniciando su vigencia el día uno de enero de 2010, sea cual sea la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial» de la provincia y su duración será hasta el treinta y uno de diciembre de 2012.” Se trata, también, de un convenio de duración determinada.

Cabe destacar que no se pactó –como pudiera haberse hecho ex artículo 86.1 ET y no se hizo– distinto período de vigencia para ninguna materia o grupo homogéneo de materias, cual pudiera ser la salarial.

1.2. El resultado de lo negociado en materia salarial

En el artículo 9.5 del convenio derogado se indicó expresamente la subida salarial para cada año de vigencia del convenio debiendo ajustarse los salarios al IPC real que resulte a 31 de diciembre de cada año, conviniendo las partes que en el mes de febrero siguiente a cada año, se regularizarán los salarios, de tal forma que si el IPC real es superior al incremento a cuenta que se produzca, las empresas abonarán la diferencia, y si el IPC real es inferior al incremento a cuenta que se produzca, los trabajadores vendrán obligados a devolver a la empresa la diferencia.

En el año 2012 el IPC real ascendió al 2,9%, conforme a lo publicado por el INE (Instituto Nacional de Estadística).

El incremento a cuenta pactado para 2012 es, por tanto, del 1,5% por lo que en febrero de 2013 debieron regularizarse los salarios con un incremento salarial del 1,4% (diferencia entre el IPC real y el incremento a cuenta, esto es 2,9%-1,5%).

Esta norma está vigente desde el 1-1-2010 y extiende su vigencia hasta el 31-12-2012. En fecha 31-12-2012, las cantidades correspondientes al incremento salarial de 2012 son cantidades consolidadas, vencidas y líquidas y exigibles, si bien esta exigibilidad se beneficia de un período de carencia que se extiende hasta febrero de 2013.

Sin embargo y pese a que el ámbito temporal del nuevo convenio está expresamente limitado a dos años naturales (del 1-1-2013 al 31-12-2014, ambos inclusive) y es coherente con la sucesión de convenios, el artículo 9.2 del nuevo convenio contraviene sorprendentemente lo negociado en la norma anterior (así como su propio articulado) indicando que se “renegocian” los incrementos salariales pactados para el año 2012.

Esta “renegociación” se concreta fundamentalmente en dos aspectos:

- a) Se reduce el incremento salarial en un 1,4%, pues pasa del IPC real en 2012 (2,9%) al 1,5%

- b) Se amplía en 2 años y 4 meses el plazo para el abono de tales cantidades hasta el 30 de junio de 2015, cuando estaba previsto el 28 de febrero de 2013

Ahora bien, no se trata de una revisión *ante tempus*, posibilidad prevista en nuestro ordenamiento jurídico durante la vigencia del convenio, sino de una “renegociación *post tempus*” fuera de plazo, restrictiva de derechos, sin apoyo jurídico alguno y sobre materia indisponible para quienes la han negociado, como veremos a continuación.

2. LA IMPOSIBLE RETROACTIVIDAD PLENA DEL CONVENIO COLECTIVO

2.1. Sobre la vigencia de los convenios colectivos

Dice el artículo 86.1.2 del Estatuto de los Trabajadores: “Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión.”

En consecuencia no podrá reputarse válida ni la negociación ni la revisión efectuada por los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación fuera de la vigencia del convenio colectivo.

En consecuencia, la “renegociación” operada por el artículo 9.2 del nuevo convenio colectivo no puede reputarse válida al haberse efectuado el 9-5-2013, es decir, fuera del ámbito de vigencia temporal del Convenio. Esta posibilidad está prevista por la norma que la prohíbe pues solo se permite la negociación de la revisión, es decir su novación, durante el período de vigencia.

Obvio resulta que desde el 1-1-2013 nos encontramos en el período de vigencia del nuevo convenio, por lo que a partir de tal fecha resulta materialmente imposible negociar la revisión del convenio anterior, cuya vigencia expiró el 31-12-2013. En dicha fecha las partes solo podrían negociar la revisión del nuevo convenio, pero en ningún caso del convenio no vigente. En caso contrario nos encontraríamos ante un supuesto absurdo cual es que se pudieran “renegociar” todos los convenios anteriores. El principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) proscribiera tal comportamiento.

Por tanto, las partes que negociaron (ni ninguna otra) no tienen competencia para renegociar lo negociado en los términos que lo hace el artículo 9.2 del nuevo convenio.

2.2. La entrada en vigor del convenio colectivo

Dice el artículo 90.4 del ET que “El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes”

Existente el convenio, solo puede regir hacia el futuro. Y ello por mandato expreso del artículo 90.4 ET, que ya ha sido reproducido. En este sentido el propio convenio colectivo establece su entrada en vigor el 1-1-2013 por lo que no puede regular situaciones jurídicas anteriores a dicha fecha. Es la propia norma la que establece cuando entra en vigor (con el habitual efecto retroactivo desde su fecha de publicación hasta el fin de la vigencia del convenio que sucede) por lo que no puede evitarse la aplicación de tal norma con un artículo (el 9.2) que es incoherente con la misma (artículos 4 y 7) y la contradice abiertamente sin fundamento jurídico alguno.

2.3. La naturaleza jurídica de los convenios colectivos en cuanto normas del ordenamiento

Señala la doctrina especializada que los convenios colectivos son normas esencialmente temporales, tanto por su función como por exigencia legal (Martín Puebla).

Y la mención al ámbito temporal concreto expresado en el convenio como dato obligatorio no remite sin más a cualquier duración sino a una de tipo determinado, aunque su cuantificación se deje a voluntad de las partes. Luego la autonomía colectiva no puede ignorar esa naturaleza esencial del convenio y la fijación de una duración determinada debe ser congruente con la naturaleza temporal del mismo, permitiendo que, con una razonable periodicidad, las partes legitimadas puedan volver sobre sus contenidos revisándolos, modificándolos, adaptándolos, o suprimiéndolos, según acuerden (...) Lo que se pretende es dar una disciplina de futuro a las relaciones jurídicas contenidas en su ámbito así como establecer las vinculaciones precisas, también hacia el futuro, entre los propios sujetos negociadores. (González Ortega).

2.4. Por qué las partes no pueden disponer de un derecho perfeccionado

Estamos ante una disposición que afecta a una deuda devengada, vencida, líquida y exigible. Es un derecho ya incorporado al patrimonio de cada trabajador. No pueden las partes disponer de las cantidades salariales devengadas por cada trabajador durante cada uno de los 365 días que componen el año 2012. Cada día de 2012 se ha ido devengando la parte proporcional de la subida salarial (1/365 parte del 2,9%) y ello conforme a la norma que rige tal relación laboral.

De hecho, de ser válido el artículo 9.2 del nuevo convenio nos encontraríamos ante un absurdo jurídico consistente en que quienes prestasen servicios durante 2012 y no los continúen prestando en 2013 o en la actualidad cobrarían la subida del 2,9% mientras que los trabajadores que sigan prestando

servicios tras la publicación del nuevo convenio no cobrarían tal subida, sino la “nueva” del 1,5%.

A modo de ejemplo, podemos señalar que de dos trabajadores “gemelos” con idéntica categoría profesional e idénticas condiciones salariales, nos encontraríamos que:

- De un lado, el “gemelo A” que prestó servicios solo durante noviembre de 2012, cobrará la subida del 2,9% referida a ese mes
- Y de otro lado, el “gemelo B” que prestó servicios durante noviembre de 2012 y sigue prestando servicios hasta la actualidad, no cobrará la subida del 2,9% referida a ese mes sino otra subida del 1,5%

Es decir, que a unos trabajadores (por ejemplo, eventuales o que terminaran su relación laboral antes del nuevo convenio) se les aplicaría un régimen salarial y a otros trabajadores se les aplicaría otro régimen salarial, referido al mismo período de prestación de servicios. Esto no solo es un absurdo jurídico sino que está proscrito expresamente al establecer una doble tabla salarial, discriminatoria a todas luces y que contraviene el más elemental principio de igualdad retributiva, así como el artículo 26 ET.

De hecho, no puede disponerse sobre una actividad laboral o comportamiento ya agotado pues no puede ser revivido de ninguna manera. Los acontecimientos y actos sucedidos y realizados no pueden ser eliminados de la realidad, del pasado en el que están insertos. El convenio sólo podrá regular el comportamiento futuro –como efectivamente también hace-.

2.5. La notoria infracción de las normas que regulan la exégesis contractual

Seguimos a este respecto la completa explicación ofrecida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de diciembre de 2001: “Declaran, por su parte, las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Código Civil que “se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otra manera o no los reconozca”; y que “los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma...”; preceptos que -como recuerda la STS de 26 de junio de 1998- “(...) son considerados tanto por la doctrina jurisprudencial como por la científica, como las normas básicas de nuestro ordenamiento que regulan las consecuencias y efectos de la sucesión y modificación de disposiciones jurídicas” y, por ello también, “la sucesión de las normas estatuidas en dos convenios colectivos sucesivos”.

Considera dicha sentencia -en aplicación de la normativa citada y respecto a las consecuencias de la distinta regulación Convencional de la excedencia voluntaria- que “(...) las nuevas normas sólo serán de aplicación a las situacio-

nes... nacidas al amparo del convenio anterior, en aquellos casos en que tales normas así lo establezcan de forma nítida y clara”, sin que sea suficiente con “el simple cambio o modificación de los preceptos convencionales para que la nueva regulación se extienda a las... reconocidas con anterioridad al mismo...”.

2.6. La unidad del convenio colectivo y la utilización de la técnica del “espiguelo”

Aceptar la validez del artículo 9.2 del vigente convenio colectivo supondría la aplicación de la técnica denominada “espiguelo normativo”, en cuanto que no se pretende la sustitución íntegra del contenido del convenio colectivo de 2012 por el contenido íntegro del convenio colectivo de 2013, lo que implicaría la alteración del equilibrio interno del mismo y no se respetaría la unidad de regulación de la materia (por todas, se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1996).

A este respecto debemos señalar que ambos convenios contienen cláusulas de vinculación a la totalidad y unidad de convenio (artículo 6 de ambos convenios). Por ende, no se puede modificar lo que las partes tuvieron presente al momento de la negociación por medio del espiguelo, ya que esto no es lícito como reiteradamente ha dicho la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en múltiples ocasiones (por todas, se cita la Sentencia de 27 de junio de 2011).

Y de igual manera la proscripción referida al “espiguelo” afecta no solo a la concurrencia de convenios sino también a la sucesión de los mismos. Dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 1998 que: “no puede estimarse que los preceptos de los sucesivos convenios resulten ajenos al principio prohibitivo del espiguelo de normas”.

2.7. La violación de los principios de condición más beneficiosa, garantía “ad personam” y principio pro operario

El propio Convenio colectivo recoge en su artículo 7.1 que se respetarán las condiciones más beneficiosas que vengán disfrutando los trabajadores o las que pudieran ser implantadas por disposición legal o reglamentaria, cuando resulten más beneficiosas para el trabajador en su cómputo anual y en conjunto. Idéntico artículo ya existía en el Convenio anterior, por lo que se deduce una nueva contradicción de lo dispuesto en el artículo 9.2 que contraviene nuevamente lo dispuesto por el propio Convenio.

2.8. La imposible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

En cuanto a la cláusula «rebus sic stantibus» se exigiría para poder invocarla: 1) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias exis-

tentes en el momento de celebración del contrato, 2) desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de los contratantes; y todo ello debido a circunstancias sobrevenidas y radicalmente imprevisibles, lo que no se da en el supuesto analizado. Ni hay alteración extraordinaria ni hay desproporción alguna en acordar la subida salarial a la subida del coste de la vida. De igual manera tampoco concurre circunstancia sobrevenida y radicalmente imprevisible, lo que queda además demostrado por la fecha de adopción del acuerdo impugnado.

Así mismo, para el Tribunal Supremo la cláusula *rebus sic stantibus*, entendida como “remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto sucesivo” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 15 de enero de 2008) no permite la aplicación de la misma al caso controvertido, en primer lugar, porque la aplicación de esta regla excepcional sólo “corresponde en casos de contratos de tracto sucesivo o de larga duración” (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2009) entre los que no se incluyen normalmente los pactos o acuerdos colectivos de salarios previstos de un año para otro o para periodos breves de dos o tres años (como ocurría en el presente convenio); y en segundo lugar, porque esta cláusula no es de aplicación a los convenios colectivos del Título III del ET, habida cuenta del papel que tienen en el sistema de fuentes de regulación de las relaciones de trabajo, que excede obviamente de la eficacia relativa que es propia de las obligaciones contractuales en sentido estricto.

La inaplicación de esta cláusula ya había sido mantenida por el mismo Tribunal Supremo previamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2010 a propósito de la interpretación del convenio colectivo de Bimbo Martínez Comercial, S.A., que rechazaba que la “sobrevenida onerosidad de la prestación salarial”, pudiera servir como argumento para permitir una regularización a la baja del salario, por aplicación de la cláusula en cuestión, ya que las posibilidades de aplicación de la misma deben entenderse restrictivamente respecto de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en ningún caso respecto de las pactadas en convenio colectivo al tener éste eficacia normativa ex art. 37 CE.”. Aparte de que, continua diciendo la sentencia, tampoco concurrían los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo para la aplicación de la figura, de “a) alteración extraordinaria de las circunstancias, b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes cuyo equilibrio se ve aniquilado, y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles” (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998 y 14 de octubre de 2008). Estos requisitos no concurren en el caso pues, a juicio del Tribunal Supremo, ni era imprevisible el fenómeno de recesión económica, puesto que muchas voces autorizadas lo pronosticaron, ni el desfase en el incremento del coste salarial puede calificarse de exorbitante, inasumible y decisivamente aniquilador del equilibrio del convenio.

A la misma conclusión se llega en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2010 y de 1 de marzo de 2011 en la que reiterando doctrina de la Sala se recuerda que la argumentación de la sobrevenida onerosidad de la prestación salarial no puede justificar la consecuencia de revisión salarial a la baja al no ser de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*. En definitiva tal y como ha reiterado la jurisprudencia a tenor del art. 82.3 ET incluso en situación de crisis económica generalizada, el precepto convencional (de incremento salarial) obliga a la empresa a su cumplimiento mientras mantenga su vigencia salvo que alcance un acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2011)

2.9. La jerarquía normativa y la imposible retroactividad *in peius*

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional razonó en la Sentencia de 10-5-10: “el convenio colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego establecido por la ley”, citando en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 mantuvo que “aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley. Como dijo la Sentencia del TC 58/1985 “la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... 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, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva”.

“Puede afirmarse, por tanto, que es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007, apoyándose en sus propias sentencias de 9 de marzo de 1992 y 16 de febrero de 1999, en la que se proclamó que “la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible” y que “en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada”, lo que permite concluir que el art. 37.1 de la Constitución no se vulnera mecánicamente por la entrada en vigor de una ley que repercuta sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes, aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente

en la Constitución (art. 37.1), puesto que la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio deriva de la propia Constitución, como se desprende de su art. 7 , que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley, debiendo recordarse, a estos efectos, la sentencia T. Co 58/1985 , en la que se dijo que “(...) La negociación colectiva no puede entenderse excluyente e inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y el progreso del derecho del trabajo y convertir lo negociado en derecho necesario absoluto y en tantos necesarios como convenios hubiera. No puede aceptarse un debilitamiento de la imperatividad de la ley en favor de lo dispositivo, a menos que la propia ley así lo autorice, flexibilizando sus mandatos” (Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010. Estos razonamientos han sido igualmente reiterados por la propia Audiencia Nacional en su sentencia de 10 de septiembre de 2012.

La propia Audiencia Nacional en su reciente sentencia de 10 de julio de 2013 establece al respecto: “no creemos ajustado a derecho, que la reducción salarial se retrotraiga contra el precio de trabajos ya realizados, porque dichas retribuciones estaban perfectamente consolidadas al momento de la retroacción, tratándose, por consiguiente, de manifestaciones de retroactividad máxima, que no están amparadas por el art. 9.3 CE. Debe resaltarse, por otra parte, que las tablas salariales de 2012 debieron abonarse en su momento por la empresa demandada, quien pudo, si concurrían causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, descolgarse del convenio a lo largo de 2012, pero al no hacerlo así, lucrándose del trabajo de sus trabajadores en ese período sin abonarles el precio convenido, aunque así lo pactaran posteriormente con los representantes de los trabajadores, constituyó un auténtico fraude de ley, así como un abuso de derecho”

En efecto, el principio de jerarquía normativa que determina el sometimiento de los convenios al marco legal indisponible, ha de conjugarse con otro principio general que inspira nuestro ordenamiento jurídico, positivizado en el art. 2.3 del Código Civil: “Las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”. Este principio está basado a su vez en el de seguridad jurídica que consagra el art. 9 de la Constitución española.

“La regla general de no retroactividad del art. 2.1 del Código Civil impide la «retroactividad plena, o sea la retroactividad que alcanzara a regular derechos ya nacidos de hechos realizados bajo la legislación anterior” (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000 y de 11 de junio de 2001). En cambio, el principio de irretroactividad no impide la llamada retroactividad mínima, por cuanto, “la incidencia en los derechos en cuanto a su protección en el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad” (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000); más bien “se trataría (...) de un grado mínimo de retroactividad más próximo a la noción de efecto inmediato,

pues la nueva regulación se aplica a los efectos que nazcan tras su vigencia” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1991).

La necesaria matización del principio de irretroactividad distinguiendo grados es defendida por el Tribunal Supremo, cuando mantiene, con cita de las Sentencias del Tribunal constitucional 42/1986, 99/1987 y 199/1990, que «la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico –que, de otra parte, recortaría el ámbito del poder legislativo–, por lo que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva –a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución– cuando recae sobre «relaciones consagradas» y afecta a “situaciones agotadas”, pues lo que dicho precepto prohíbe es “la retroactividad entendida como incidencia de la ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad”» (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1991)

Coincidente con este criterio resulta ser el del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que en su sentencia de 12 de diciembre de 2003, establece: “En materia de Derecho de Trabajo, como bien señala la doctrina científica, impera el principio general favorable a la irretroactividad de las normas, principio consagrado con carácter general para todo el ordenamiento jurídico en el artículo 2.3 del Código Civil, según el cual «las Leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario», y, en todo caso, son expresamente irretroactivas las disposiciones sancionadoras y las no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución). Ciertamente es que en las normas sectoriales (convenios colectivos) es frecuente el uso de la técnica de la retroactividad, caso de Convenios cuyos efectos se retrotraen a la iniciación de las negociaciones o a la del día de su entrada en vigor, pero con todo, es la retroactividad de grado mínimo la que suele aplicarse en el Derecho del Trabajo, es decir, aquella en que el nuevo Convenio se aplica sólo a efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente. Pero en el presente caso, por la empresa se pretende otorgar a la modificación introducida en el convenio una retroactividad de grado máximo, porque se pretende aplicar la modificación operada a situaciones anteriores y a todos sus efectos, incluso los nacidos y ejecutados con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación del nuevo Convenio, lo que resulta inaceptable, por cuanto la modificación no puede alcanzar a situaciones y tener consecuencias futuras, derivadas de situaciones producidas con anterioridad.”

El terreno de la retroactividad no es, por consiguiente, ilimitado. El nuevo convenio se aplica a las relaciones jurídicas en curso, sin que esa eficacia pueda siquiera calificarse como retroactividad pura sino como aplicación inmediata de la nueva norma, aunque afecte a relaciones jurídicas nacidas con

anterioridad a la fecha de entrada en vigor del convenio.

No se pueden impedir, lógicamente, los efectos hacia el futuro a partir de la entrada en vigor de la norma, como permiten los artículos 82.4 y 86.4 del ET.

Dice a este efecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de mayo de 2000 que: “los convenios colectivos entran en vigor en la fecha en que lo acuerden las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del ET, siendo obvio que los derechos nacidos al amparo de un convenio anterior continúan rigiéndose por el mismo y no pueden tener carácter retroactivo las disposiciones del nuevo convenio que desconozcan los mismos al ser de aplicación con carácter supletorio las disposiciones transitorias del Código Civil”.

2.10. El imposible descuelgue

No estamos tampoco ante un supuesto de descuelgue (aunque *de facto* pudiere parecerlo o asemejarse mucho), pero aún así, deberíamos estar a lo que establece el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su sentencia de 8 de marzo de 2012 para tales supuestos: “Hay que partir de que, como mantiene nuestra jurisprudencia, “En materia de interpretación de las cláusulas convencionales, se ha mantenido y reiterado la regla general según la cual “la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual” (STS de 15 septiembre 2009). Y de los términos del precepto no se deduce que la sentencia haya cometido ninguna de esas infracciones sino, por el contrario, que acertó cuando resolvió sobre la imposibilidad de aplicar el descuelgue con efecto retroactivo, ya que, como se indica en alguna de las sentencias antes citadas, las expectativas del mismo son de futuro por cuanto no pueden operar sobre salarios que han sido abonados en los años precedentes, según tablas salariales del convenio, y aun admitiéndose la posibilidad de descuelgue -por darse los condicionamientos previstos en la norma- estos serán para la anualidad siguiente y con la duración indicada por ese precepto convencional, es decir, de un año desde la aprobación de la medida, acto que se configura con carácter constitutivo, con independencia de que se contemple la posibilidad de nueva autorización en la forma y procedimiento previsto en la misma norma, sobre la base de su aplicación a salarios “futuros” no pudiéndose acomodar, como es obvio, los percibidos por los trabajadores en años precedentes.

Se trata de revocar el importe de una cantidad que tenía el carácter de

cantidad vencida, líquida y exigible, y que el trabajador había perfeccionado una vez abonado dicho importe. Reducir su cuantía implica altera un derecho laboral del trabajador, como es el derecho al salario por el trabajo que ya ha prestado, y determinaría una retroactividad del convenio restrictiva de derechos individuales.”

2.11. La inexistencia de enriquecimiento injusto

Como bien afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2010, las subidas salariales en este escenario de crisis no implican un enriquecimiento injusto del trabajador, puesto que el convenio colectivo, en calidad de negocio jurídico válido, es una legítima causa que autoriza y legitima plenamente el beneficio económico obtenido. De igual manera, esta sentencia descarta aplicar en estos supuestos la cláusula de *rebus sic stantibus* porque no existe ni una alteración extraordinaria de las circunstancias marcada por una situación imprevisible, cuando la crisis era pronosticada por voces autorizadas, ni una desproporción exorbitante de las prestaciones de ambas partes, con subidas que no desestabilizan el equilibrio del convenio. Ambas consideraciones conllevan que la única manera de impedir o minorar la subida salarial ante la crisis es el descuelgue acordado con los representantes de los trabajadores en la empresa, en el marco del art. 82.3 ET, sin que sea viable, en ningún caso, la supresión o modificación de los salarios del convenio colectivo.

2.12. El principio *tempus regit actum*

Conforme a lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sentencia de 28 de abril de 2004, «Nuestro ordenamiento jurídico se inspira en el principio «tempus regit actum» o de irretroactividad, por virtud del cual cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo.—Desde esta perspectiva pues, aun admitiendo la validez de los convenios colectivos regresivos hay que afirmar que los derechos nacidos al amparo de la norma anterior han de ser respetados, máxime cuando se trata de derecho del tracto único; y así parece entenderlo el propio TS en su sentencia de 2-12-1998 cuando en su fundamento de Derecho IV dice literalmente: estamos ante una sucesión de Convenios, en el que por imperativo del artículo 84 ET, rige el principio de modernidad, sin que, como pusieron de relieve las Sentencias de esta Sala de 16 diciembre 1994, 10 febrero 1995 y 26 febrero 1996 sea de aplicación el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la Constitución; en consecuencia cabe que el nuevo convenio colectivo o pacto sea más regresivo que el anterior

(...) Como esta Sala declaró en sus Sentencias de 26 de junio y 28 de octubre 1998, es totalmente lícito y conforme a la Ley que un convenio colectivo modifique o altera las normas reguladoras de materias que se contenían en un convenio anterior, otra cosa será la aplicación de dichas normas o situaciones particulares nacidas al amparo del Convenio anterior, en aquellos casos en que tales normas así lo establezcan de forma nítida y clara».

3. CONCLUSIONES

De aceptarse la validez de lo negociado en el artículo 9.2 del actual convenio colectivo para el sector de hostelería de Sevilla nos encontraríamos ante una irregular situación jurídica que supondría:

- a) El amparo de un fraude de ley y abuso de derecho, pues se pretende evitar la aplicación de un artículo firme y no impugnado del convenio colectivo anterior mediante un mecanismo inválido para tal fin con mera “apariencia de legalidad” y solicitando su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia
- b) La utilización de un “proceso de negociación y acuerdo” de “descuelgue encubierto” al margen de las reglas establecidas para la modificación de los convenios colectivos o para los descuelgues
- c) El empleo de normas con pretendido efectos *erga omnes* y eficacia general al margen de lo establecido por el Título III del Estatuto de los Trabajadores en cuanto se refiere a: concepto, contenido, vigencia, legitimación, comisión negociadora, procedimiento, tramitación y validez
- d) Un resultado manifiestamente abusivo pues supone una modificación salarial después de prestados los trabajos, lo que implica la violación del derecho al salario de los operarios afectados
- e) Una operación carente de la más mínima fundamentación jurídica, más allá del criterio de conveniencia de las partes que pretenden pactar una suerte de “descuelgue generalizado encubierto”
- f) Un acuerdo adoptado por un órgano manifiestamente incompetente, pues la modificación de un convenio colectivo no corresponde a la comisión negociadora de otro convenio diferente. De igual manera se ha modificado al margen del procedimiento previsto y de manera extemporánea y fuera de plazo, “regulando” incluso sobre cantidades prescritas para burlar el plazo de ejercicio, en su caso, de las acciones judiciales correspondientes
- g) Una operación jurídica realizada al margen de la Comisión Paritaria y sin haberse emitido informe alguno ni haber acudido siquiera a la

cláusula de inaplicación, pese a estar expresamente prevista (artículo 41 del convenio).

- h) Se trataría, además de una vulneración flagrante del derecho fundamental a la igualdad ex artículo 14 CE y del derecho a la negociación colectiva ex artículo 37.1 CE, así como una violación flagrante de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas restrictivas de derechos ex artículo 9 CE.

Por todo ello, debemos inclinarnos por reconocer como nulo radicalmente y de pleno derecho el artículo 9.2 del actual convenio colectivo para el sector de hostelería de la provincia de Sevilla, que debe ser expulsado del ordenamiento jurídico por los motivos jurídicos antes desarrollados. De no aceptarse tal tesis se abriría una posibilidad no prevista jurídicamente para la retroactividad plena de los convenios colectivos, lo que a día de hoy resulta imposible en el actual marco jurídico laboral.

Comentarios de Jurisprudencia

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL CONVENIO ESTATUTARIO

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco,
de 19 de noviembre de 2013*

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES*

SUPUESTO DE HECHO: El conflicto se plantea en el ámbito de una empresa dedicada a la prestación de servicios de limpieza a terceros, con una plantilla de 82 trabajadores en cuyos contratos de trabajo se estableció que resultaría de aplicación el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales. Más concretamente, sus condiciones de trabajo se han venido rigiendo por dicho convenio sectorial de Guipuzkoa, suscrito por la patronal ASPEL y los sindicatos ELA, LAB, CCOO, UGT y ESK el 23 de noviembre de 2007. Conforme al art. 4 de dicho convenio, la vigencia del convenio se extenderá por tres años, desde 1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2009, quedando automáticamente denunciado el 1 de noviembre de 2009, fecha a partir de la cual podrán iniciarse las negociaciones del convenio que lo sustituya. Se indica además, que la “fecha de denuncia servirá para determinar la composición sindical de la Mesa Negociadora”. La comisión negociadora se constituye el 22 de abril de 2010 sin lograr alcanzar ningún acuerdo al menos hasta la fecha de la sentencia. El 1 y 5 de julio de 2013 la empresa demandada comunica a tanto a los trabajadores como a su representación unitaria que pese a la próxima expiración de la vigencia del citado convenio colectivo provincial el próximo 8 de julio se mantendrán, en consideración a las dificultades económicas que puedan suponer a los trabajadores como por razones de operatividad, informatización y gestión, determinadas condiciones de trabajo como son cuantía salarial, jornada, vacaciones y entidad de previsión voluntaria; el resto de aquéllas se regirán por la normativa legal vigente y el Convenio de Limpieza Estatal, publicado el 23-5-2013, y con vigencia desde dicha fecha al 21-12-2013. No obstante, la conservación de tales con-

* Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

diciones de trabajo tiene dos limitaciones importantes, de manera que por una parte está prevista tan sólo para los trabajadores ya contratados y por otra, sólo hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha en que decaerán igualmente. Además, la estructura salarial pasa desde ese momento y hasta la referida fecha límite a estar compuesta por el SMI (que califica como salario mínimo de convenio) y el resto pasa a ser “mejora voluntaria”, “no consolidable” y de “a cuenta”, es decir, absorbible y compensable con futuras subidas salariales del nuevo convenio. Unos días después, el 17 de julio de 2013, ASPEL remitió al Sindicato LAB escrito proponiendo nuevas fechas de reunión de la comisión negociadora con la finalidad de mantener abierta la unidad de negociación provincial, suspendiendo en cambio las más cercanas que estaban previstas. Asimismo comunica que a partir del 8 de julio resulta de aplicación el Convenio sectorial Estatal y en lo que aquél no regule, el Estatuto de los Trabajadores y que, no obstante, “ad cautelam” van a mantener las condiciones individuales de trabajo de los trabajadores ya contratados, en espera de que los Tribunales se pronuncien sobre los efectos de la ultraactividad, tras interposición por su parte de conflicto colectivo. El 23 de mayo de 2013 se publicó el I Convenio Colectivo Sectorial de Limpiezas y Locales, con vigencia prevista desde dicha publicación hasta el 31 de diciembre de 2013, con prórroga anual automática salvo denuncia expresa de cuales quiera de las partes firmantes en un preaviso mínimo de tres meses a la finalización de su vigencia inicial o cualquiera de sus prórrogas. El 1 de agosto de 2013 se presenta demanda de conflicto colectivo por ELA y el Comité de Empresa frente a la mercantil solicitando que se declare la nulidad o subsidiariamente injustificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con efectos de 8 de julio de 2013. Por su parte, CCOO, ELA y LAB presentan demanda de conflicto colectivo el 9 de septiembre de 2013 contra ASPEL, y es resuelta por el TSJ País Vasco en sentencia de 26 de noviembre de 2013 (n^o sent. 2065) confirmando doctrina.

RESUMEN: Con carácter previo el Tribunal resuelve la excepción procesal por falta de agotamiento de la vía previa al proceso, cual es el planteamiento de su pretensión ante la Comisión interpretativa del Convenio Colectivo. Excepción que se rechaza por dos motivos: una, por ser de cumplimiento imposible tras la desaparición del convenio; otra, porque no se trata de interpretación del convenio colectivo sino de la valoración de la medida adoptada por la empresa al producirse su decaimiento. La cuestión jurídica de fondo que trata de resolver el Tribunal, la tesis sobre la que debe resolver según él mismo declara, es si se ha producido la contractualización automática de las condiciones de trabajo tras la finalización de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo estatutario. De ser así, tal y como sostiene la demandante, la alteración de las condiciones de trabajo llevada a efecto por la empresa supondría una modificación sustancial nula por no haberse seguido el procedimiento del art. 41.4 ET. La sentencia concluye que en una primera lectura del art. 86.3 ET, así como en

virtud del principio de modernidad (art. 83.2 ET) y de la consolidada jurisprudencia que rechaza el convenio colectivo como fuente de condiciones más beneficiosas, correspondería la aplicación directa e íntegra del convenio colectivo de ámbito superior. Sin embargo, en el caso de autos corresponde deslindar dos situaciones distintas que requieren un tratamiento diferente. El antedicho efecto sería predicable de aquéllas materias efectivamente reguladas en el convenio superior que entra ahora a ser aplicable. Pero respecto de las que fueron objeto de regulación en el convenio provincial desaparecido y desatendidas en el estatal, la solución debe ser otra por cuanto se crea un vacío convencional que ni tan siquiera puede ser cubierto con el Estatuto de los Trabajadores. Respecto de éstas opta con claridad por mantener íntegras las condiciones de trabajo tal y como estaban reguladas en el desaparecido convenio provincial sin los límites subjetivo, material ni temporal fijados por la empresa. Las razones en las que funda dicha solución según expone son dos. La primera, por ser la solución más ajustada a los arts. 7, 9.2, 28.1 y 37.1 CE, así como al art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el art. 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 4 del Convenio OIT nº 98, y el art. 5 del Convenio OIT nº 154. De tales preceptos se deduce un principio de estímulo y fomento de la negociación colectiva entre sindicatos y asociaciones patronales, así como al convenio colectivo como instrumento por excelencia para la regulación sectorial de las condiciones de trabajo, estando por lo demás implicada la libertad sindical. Por consiguiente, la opción más respetuosa con la negociación colectiva, la libertad sindical y la voluntad de las partes es la sostenida por el Tribunal, una vez que la patronal a la que se supone afiliada la empresa en cuestión manifiesta su voluntad de mantener la aplicación de las condiciones laborales del desaparecido convenio, se aquieta a ello la otra parte, y ambas mantienen abiertas las negociaciones del nuevo convenio. En segundo lugar, por cuanto el mantenimiento unilateral de tan sólo ciertas materias por lo demás limitado en el tiempo, contraviene la voluntad manifestada por la asociación patronal, es contraria a la buena fe, en tanto no se ha dado explicación alguna satisfactoria ni se han consultado a los representantes de los trabajadores, y quebranta el sinalagma contractual. Por consiguiente, y respecto de aquéllas materias reguladas en el desaparecido convenio provincial y no atendidas en el estatal, la decisión adoptada por la empresa, aparte de contravenir la decisión de la patronal del sector, constituir un atentado contra la negociación colectiva y la libertad sindical, menoscabar el principio de seguridad jurídica, suponer una selección arbitraria de materias –respecto de las mantenidas y sólo temporalmente- y afectar negativamente a un colectivo mayoritariamente femenino, constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo nula por no haberse seguido el procedimiento previsto en el art. 41.4 ET, carecer de causa legítima conforme a dicho precepto.

ÍNDICE:

1. DOS GRANDES TESIS CONFRONTADAS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE ULTRAACTIVIDAD ANTERIORES A LA REFORMA
2. PÉRDIDA DE VIGENCIA ULTRAACTIVA Y LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO
3. LA LIBRE DISPOSITIVIDAD UNILATERAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DECAÍDAS
4. CONCLUSIONES Y UNA PROPUESTA INTERMEDIA DE CONTRACTUALIZACIÓN ALTERNATIVA

1. DOS GRANDES TESIS CONFRONTADAS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE ULTRAACTIVIDAD ANTERIORES A LA REFORMA

Desde que con el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se pusiera un límite temporal a la ultraactividad se han suscitado no pocos interrogantes en torno a su correcta interpretación y efectos prácticos. Según se expone en su Exposición de Motivos, la finalidad de la reforma introducida en relación a la vigencia ultraactiva del convenio estatutario es la de dinamizar la negociación, fomentar la rápida y efectiva adaptación de los contenidos de los convenios a través de su renovación. Más concretamente, la razón de la limitación de la ultraactividad a dos años estriba en que *<<se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador>>*. Ninguna razón particular ofrece después la L 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, para reducir de dos a un año el límite de vigencia ultraactiva subsidiario al pacto en contrario. Por tanto y pese a todo, sencillamente hemos de suponer que aquél posteriormente le pareció excesivo¹. Pero aún esta declaración de intenciones ha sido un importante instrumento de clarificación exegética en apoyo de una y otras posturas en extremo divergentes. No obstante, hemos de ser más precisos, pues el año –antes dos- se computa, salvo pacto en contrario, desde la denuncia, con lo que en puridad la ultraactividad, es decir, la aplicación del convenio colectivo más allá de la duración inicial o prorrogada del convenio, no es lo que directamente se limita y ocupará un espacio normalmente menor.

Los interrogantes más importantes planteados en relación a la innovación legislativa versan sobre dos grandes cuestiones. Una de Derecho Transitorio, relativas al valor de los pactos y requisitos de aquéllos en los convenios o

¹ Por tales razones, valora positivamente la reducción a un año en consideración a que en la renovación de los convenios los procesos negociales no suelen sobrepasar el semestre; porque la dilatación del mismo es un síntoma de bloqueo negocial que conviene acotar y derivar a los procedimientos autónomos de solución de conflictos; y por cuanto ante aquéllos se tenderá a buscar una respuesta en el descuelgue del convenio colectivo bloqueando por lo demás potenciales cambios de unidad de negociación: Navarro Nieto, F, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, en AAVV, “Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012” AEDTSS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 987.

respecto de los convenios concertados con anterioridad a la reforma. Otra, relativa a los efectos del decaimiento del convenio, muy en particular cuando se aprecien como consecuencia de ello vacíos totales o parciales de regulación convencional. Pues bien, la sentencia objeto de nuestro comentario tiene un especial interés no sólo por su complejidad y riqueza argumental, sino porque aborda ambas cuestiones y, además, de manera confrontada.

Así, el voto mayoritario se centra en resolver el problema de la cobertura parcial de vacío convencional provocado con el decaimiento del convenio sectorial provincial. Parte de la consideración de que el conflicto no versa sobre la interpretación del convenio sino, por el contrario, sobre legitimidad del cambio unilateral de condiciones de trabajo no reguladas por el convenio sectorial estatal, una vez que el provincial efectivamente ha desaparecido como tal convenio. Y este, es uno de los escasos pronunciamientos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia sobre este concreto problema hasta la fecha, que además se salda a favor de la contractualización de las condiciones anteriormente reguladas en aquél como solución a la cobertura de dichos vacíos, una de las grandes tesis esgrimidas por la doctrina².

El voto particular, en cambio, sí se pronuncia sobre la validez de los pactos anteriores a la reforma, precisamente en una línea contraria a la sostenida –por el momento– mayoritariamente por nuestros Tribunales, lo que igualmente le confiere interés. Y expresa, una visión radicalmente distinta a la del voto mayoritario respecto de la cuestión principal, alineándose entre aquéllos sectores que rechazan la vía de la contractualización y aprecian en el grueso de las materias, por más que pueda pesar, una ampliación de los poderes empresariales con el límite de los mínimos de derecho necesario³.

Se deja así constancia práctica de un intenso debate que, como veremos, no parece tener aún soluciones definitivas, si bien en algunos de sus aspectos

² Por ejemplo, si bien utilizando diferentes mecanismos de contractualización: Casas Baamonde, M^ºE, “La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos”, RRL, n^º 6, 2013; Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad” normativa de los convenios: ¿en serio una “cuenta atrás” hacia el “abismo laboral” español?”, Temas Laborales, n^º 120/2013, págs. 181 y ss.; Escudero Rodríguez, R, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en AAVV –coord. R. Escudero Rodríguez-, “La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012”, Ed. Cinca, Madrid, 2012, pág. 54.

³ Por ejemplo: Durán López, F, “Hacia la libertad contractual”, Cinco días, 2-7-2013; Lantarón Barquín, “Repensando en la autonomía colectiva <<versus>> autonomía individual”, en AAVV-dir. J.L. Monereo y M^º Nieves Moreno-, “El sistema de negociación colectiva en España”, Thonson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 235; Martínez Moreno, C, “La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis en particular de la ultraactividad”, en AAVV –dir. J.L. Monereo y M^º Nieves Moreno-, “El sistema de negociación colectiva en España”, cit., pág. 614; Mercader Uguina, J.R., “La reforma de la negociación colectiva en el RD-L 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en AAVV –dirs. I. García-Perrote y J.R. Mercader-, “Reforma Laboral 2012”, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 383; Navarro Nieto, F., cit., pág. 987.

se dan indicios de qué tesis doctrinales tienen más probabilidades de triunfar en sus elementos esenciales, y demuestra también que, pese a un intenso esfuerzo razonador, aún no se encuentran perfilados en sus argumentaciones. Finalmente y por su puesto refleja que en lo único que hay consenso es en que efectivamente transcurrido el año ..., sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral... desaparece el convenio colectivo como tal convenio estatutario. Todo lo demás está en cuestión.

No obstante, y como se advertía en líneas precedentes, algunas cuestiones se van clarificando, en espera a su confirmación por el Tribunal Supremo. Me refiero a la dispositividad de la regulación legal de la ultraactividad por los negociadores, claro está, salvo en el caso de las cláusulas de paz que deben decaer tras la denuncia del convenio. Y sobre todo, a un tema más espinoso cual es el de la validez y plena eficacia de las cláusulas que regulan aquella integradas en los convenios anteriores a la reforma y denunciados antes o después de su entrada en vigor. Al respecto es de resaltar la sólida y muy elaborada doctrina tanto de la Audiencia Nacional en las sentencias de 19 de noviembre (n^o sent. 206), 23 de julio (n^o sent. 149) ambas de 2013⁴, y del TSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2013 (n^o sent. 57) que la hace propia, así como las del TSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2013 (n^o sent. 879), y de Murcia de 28 de octubre de 2013 (n^o sent. 1030), contando ésta última, al igual y en la misma línea que el de la sentencia objeto de comentario, con un interesante voto particular⁵. En definitiva, todas estas sentencias tras valorar las distintas posibilidades exegéticas han optado por una interpretación amplia del art. 86.3 ET conectado a la Disp. Transitoria 4^a de la L. 3/2012, de manera que se ha sostenido la legitimidad y plena eficacia de los pactos sobre ultraactividad anteriores a la reforma. Y ello por cuanto el art. 86.3 ET no establece una regla general de carácter imperativo sin excepción o matiz alguno en función del momento de su conclusión (art. 3.1 CCivil), pudiéndose alcanzar aquél en cualquier momento⁶. Por el contrario, el referido precepto otorga expresamente primacía a la voluntad de las partes, a la autonomía colectiva y, por consiguiente a ella habrá de estarse sin que en virtud del juego del principio de jerarquía normativa se imponga el límite a la ultraactividad. Por su parte, la Disposición Transitoria 4^a L. 3/2012 no excepciona del art. 86.3 ET a los convenios anteriores, sino que tan sólo viene a establecer el *diez ad quo* para el cómputo del plazo del año previsto en el referido precepto.

⁴ Véase comentario de Ginès I Fabrellas, A, "Vigencia de los convenios colectivos anteriores a la reforma laboral 2012 con cláusula de ultraactividad ilimitada", Actualiad Laboral, n^o 1, enero 2014, págs. 39 y ss.

⁵ Otras sentencias de interés, aún cuando no resuelven sobre dicha cuestión por estar aún dentro del año de la transitoria: SSTSJ Extremadura 23-7-2013, n^o sent. 330; Andalucía/Granada 20-6-2013, n^o sent. 1225, que no obstante parece negar la continuidad de los pactos anteriores a la reforma.

⁶ Con amplio desarrollo, por ejemplo: STSJ Murcia de 28 de octubre de 2013 (n^o sent. 1030).

Advertido esto, la dificultad estriba en que algunos de tales pronunciamientos, parecen exigir que el pacto previsto en el convenio anterior a la reforma no se limite ni a una referencia integradora del art. 86.3 ET, pues supondría la incorporación del acervo normativo vigente en cada momento de aplicación⁷, y ni tan siquiera a reproducir aquél⁸. No obstante, la Audiencia Nacional admite que la reproducción parcial del anterior precepto no enerva la conclusión de que tal fuese efectivamente la voluntad real de las partes, que demuestran haber hecho suya la regla legal subsidiaria que pudieron haber excepcionado, de manera que ésta no puede quedar invalidada por un mero cambio de régimen legal que tanto entonces como ahora opera subsidiariamente a la voluntad de aquéllas.

El voto particular aún cuando parte de que el convenio colectivo no contiene previsión alguna sobre la ultraactividad, se ocupa de desarrollar una tesis contraria a la expuesta y sostenida por el momento por la mayoría de los pronunciamientos judiciales examinados. Según el voto disidente, el art. 86.3 ET lo que establece es un año de prórroga desde su denuncia, con lo que habiéndose producido aquélla el 1 de noviembre de 2009, es claro que no corresponde seguir prorrogando a aquél más allá del 8 de julio de 2013, de conformidad con la Disposición Transitoria 4ª. El “pacto en contrario” no se refiere, por consiguiente y en opinión del magistrado, a la continuidad del convenio en vías de extinción⁹, sino a aquéllas cláusulas que tienen previsto un régimen de prórroga más allá del año dispuesto legalmente¹⁰. Por tanto, el pacto a que se refiere el art. 86.3 ET sólo puede encontrar efectividad en convenios posteriores al RDL 3/2012, a riesgo, caso contrario, de dejar sin efecto las intenciones perseguidas con la reforma, dado que son muchos los convenios que prevén su prórroga “vencido el plazo inicial de vigencia”. Como puede apreciarse, en estas afirmaciones hay una cierta confusión, como poco terminológica, entre prórroga y ultraactividad y una interpretación considerada, como hemos visto, excesiva e injustificadamente restringida del art. 86.3 ET, claramente dispositivo en todos los sentidos posibles y sin previsión de excepción alguna, tampoco deducible de la Disp. Transit. Cuarta.

⁷ SSAN 19-11 y 23-7 de 2013 –utilizando a efectos dialécticos además el principio de conservación del negocio jurídico también ante la posible ambigüedad legal-, y del TSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2013 (nº sent. 57) que la hace propia.

⁸ Parece apuntar esta posibilidad: TSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2013 (nº sent. 879).

⁹ También en opinión de Durán López no es posible el pacto en contra que suponga la superación del año legalmente establecido como margen de la ultraactividad, de manera que las partes podrán pactar prórrogas sucesivas del convenio, pero la regulación legal de la ultraactividad es indisponible y queda al margen de la voluntad de las partes pues no es en puridad vigencia del convenio (Durán López, F, “Hacia la libertad contractual”, Cinco días, 2-7-2013).

¹⁰ Posible interpretación recogida también por: Sempere Navarro, A.V., “Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, Rev. Aranzadi Doctrinal, núm. 4/2013, BIB 2013\1423

Con similar resultado para el caso pero conceptualmente distinta pues realmente se basa en una valoración de la voluntad de las partes, es la reproducida como alternativa exegética descartada en muchas de las sentencias antes referidas y mantenida de momento *obiter dicta* por alguna aislada como es la del TSJ de Andalucía/Granada 20-6-2013, n^o sent. 1225. También en esta línea es necesario hacer referencia al muy destacable voto particular de la sentencia del TSJ de Murcia de 28 de octubre de 2013 (n^o sent. 1030), que es el que de los examinados expone con mayor claridad esta opción doctrinal aún cuando lo hace asumiendo como correcta la interpretación generalmente aceptada y planteando, en consecuencia, la inconstitucionalidad del art. 86.3 ET/2012 por posible vulneración de los arts. 9.2 (arbitrariedad y principio de seguridad jurídica) y 37.1 (grave vicio de conocimiento o consentimiento por modificación esencial de las bases del negocio jurídico) CE. En definitiva, esta posición doctrinal alternativa niega que los convenios anteriores a la reforma puedan incorporar ese “pacto en contrario” a que se refiere el actual art. 86.3 ET, puesto que los negociadores incorporaron dichas cláusulas en un contexto normativo muy diferente en el que, precisamente con tal expresión de voluntad, no pretendían exceptuar el régimen legal subsidiario como ahora se exige sino, por el contrario, asumirlo. Los pactos en contrario para dichos convenios tendrán que ser posteriores o coetáneos a su denuncia, pero quedan invalidados los acordados bajo la regulación precedente. Por consiguiente, la Disp. Transit. 4^a viene a establecer un límite de un año, ese mismo a que se refiere el actual precepto, para los convenios denunciados con anterioridad que contengan esa cláusula similar, inercial a la del precedente art. 86.3¹¹.

En mi opinión, esta tesis minoritaria acierta en poner el énfasis en la valoración de una voluntad de las partes expresada en un contexto legal muy diferente. Dispositivo sí, pero con una supletoriedad legal en sentido completamente opuesto al actual. En tales condiciones efectivamente puede resultar complejo conocer cuál fue la auténtica voluntad de las partes, pues efectivamente en uno y otro momento la Ley coadyuva a respuestas y equilibrios negociadores muy distintos. Pero distanciándome de esta postura, considero que la mayor dificultad no está, como hemos visto, en asumir la validez formal de los pactos anteriores a la reforma. Por el contrario, la mayor complejidad se manifiesta en los supuestos en que no se dejó constancia de pacto expresado alguno, o en los que se remitieron al art. 86.3 ET, o, en el mejor de los casos, transcribieron casi literalmente aquél. Si se acepta sin discusión casuística que en tales casos al no dejarse constancia de pacto específico —siendo entonces innecesario— no hubo voluntad, es decir, acuerdo de los negociadores de sos-

¹¹ En esta línea, por ejemplo: Sempere Navarro, A.v., “Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, Rev. Aranzadi Doctrinal, núm. 4/2013, BIB 2013\1423.

tener la vigencia ultraactiva del convenio hasta su sustitución o el abandono de las negociaciones¹², o si se mantiene sin discusión posible que la voluntad de las partes era asumir la redacción legal que en cada momento correspondiese cuando entonces era otra muy distinta y ambas disponibles en sentidos opuestos, entiendo que igualmente se prescinde sin más de la posible voluntad implícita de aquéllos. Y sin embargo, hasta ahora nuestros Tribunales no se han mostrado tan inflexibles en la valoración y análisis de la regulación convencional de la vigencia de los convenios estatutarios. Por el contrario, los esfuerzos de interpretación de la voluntad de aquéllas en los diversos apartados del convenio ha sido una constante, y hasta el momento ha bastado que la voluntad de las partes sea clara, inequívoca, al separarse de la regla general, sin necesidad de que sea formalmente explícita¹³. Si el principio de jerarquía normativa legitima las alteraciones introducidas en el convenio por el imperativo legal, considero que difícilmente alcanza soluciones tan radicales e inobjetables cuando la propia norma se declara dispositiva y hasta supletoria de la voluntad de los negociadores. En tal caso, en este caso, lo que procede es dar efectivamente preeminencia a dicha voluntad en aplicación de las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1281 y ss), sin exigencia incondicionada de acuerdo específico si a partir de otros indicios es cognoscible la voluntad de aquéllos en tal sentido de mantenimiento del contrato. Al efecto, también pueden resultar útiles las reglas del art. 3 Ccivil, como puedan ser los convenios colectivos precedentes o el contexto, como de hecho vienen utilizando nuestros Tribunales. Es más, a partir de estas premisas podría llegar a asumirse en su versión menos conciliadora, la inclinación de la balanza a favor del mantenimiento del convenio pues en principio, las partes pudieron limitar o eliminar la ultraactividad y no lo hicieron, luego su voluntad primigenia es de suponer –puede contribuir a suponer– que fue asumir en ese y no en otro sentido, la que durante 32 años ha sostenido el legislador.

2. PÉRDIDA DE VIGENCIA ULTRAACTIVA Y LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. LAS RAZONES DEL VOTO MAYORITARIO

Aún queda por abordar la cuestión más difícil y original que resuelve la sentencia, en definitiva, los efectos, las consecuencias del decaimiento del con-

¹² Es sabido, que antes de la reforma de 2012 la ultraactividad del convenio inferior se mantenía salvo pacto en contrario hasta su sustitución por un nuevo convenio, pero no más allá de la ruptura de las negociaciones (por todas: SSTs. 20-6-2012, rec. Cas. 31/2011; 10-12-2012, rec. Cas. 48/2012; 24-4-2012, rec. Cas. 141/2011; 17-5-2004, rec. 101/2003; 6-11-1998, rec. 1688/98).

¹³ Por ejemplo, véase: SSTs. 29-1-2013, rec. Cas. 49/2012 y 2-7-2009, rec. Cas. 44/2008.

venio colectivo estatutario. Porque en ningún momento se pone en cuestión que el convenio ha decaído; como ya se anticipó, no se alega ni se aprecia que haya cláusula de ultraactividad en el convenio provincial y ni tan siquiera se considera que éste se mantenga por decisión del convenio nacional. Por otra parte, tampoco se duda de que tal sea lo previsto en el art. 86.3 ET en defecto de pacto en contra. Finalmente, también hay consenso, y así lo mantiene la sentencia, en que a partir del 8 de julio de 2013 lo que procede es la aplicación del convenio superior, en este caso el estatal, pues efectivamente y como prevé el art. 86.3 ET, lo hay. A partir de ahí, todo lo demás está en cuestión, y muy en particular ante imprevisión legal expresa de efectos para los casos en los que se aprecie un vacío total o parcial de regulación convencional por no existir convenio superior aplicable o resultar éste de alguna manera, como en nuestro caso en opinión del voto mayoritario, insuficiente.

El grueso de la doctrina, y previsiblemente de los Tribunales como nuevamente muestra nuestra sentencia, se dividen nuevamente en dos grandes posibilidades. Por un lado los que pese al decaimiento del convenio defienden el mantenimiento de su contenido como condiciones contractualizadas, bien por convertirse aquél en condiciones más beneficiosas de carácter colectivo¹⁴, bien por derivar de la nueva naturaleza extraestatutaria del convenio estatutario desaparecido¹⁵, o por convertirse en cláusulas incorporadas al reglamento contractual ex art. 1258 CCivil, como expresión de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe y equidad, vinculados a la tutela del equilibrio contractual¹⁶. Sin embargo, las dos primeras vías de la contractualización de las condiciones anteriormente reguladas por el convenio extinguido han sido prontamente cuestionadas incluso por los defensores de dicha conservación. Así, es doctrina sostenida por el Tribunal Supremo que los convenios colectivos no pueden ser fuente de condiciones más beneficiosas (vid. arts. 82.3 y 4,

¹⁴ Casas Baamonde, M^oE, “La pérdida de la ultraactividad...”, cit., págs. 20 y ss.; Escudero Rodríguez, R, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora...”, cit., pág. 54.

¹⁵ Escudero Rodríguez, R, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora...”, cit., pág. 54.

¹⁶ Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad” normativa de los convenios: ¿en serio una “cuenta atrás” hacia el “abismo laboral” español?”, cit., págs. 185, 211 y ss.

y 86.4 ET)¹⁷. Tampoco se explica suficientemente el fundamento jurídico que sirva de instrumento a esa metamorfosis del convenio estatutario desaparecido en extraestatutario¹⁸, ni cómo podría aplicarse éste sin adscripciones individuales si quiera tácitas, habida cuenta su consabida eficacia personal limitada y que requerirían, repárese, también el acuerdo del empresario¹⁹.

Ya anunciamos que el voto mayoritario de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de noviembre de 2013, sostiene la contractualización de las condiciones del convenio sectorial provincial decaído que no estuviesen reguladas en el convenio estatal aplicable a partir del 8 de julio. Y mantiene su aplicación a todos los trabajadores, también a los de nuevo ingreso²⁰, “sine die” en tanto esté abierto el proceso negociador de su sustitución. Las previstas en el convenio estatal sí serán de directa aplicación tal y como dispone el art. 86.3 ET y puesto que, como hemos dicho, el convenio colectivo decaído no puede ser fuente de condiciones más beneficiosas. Concretamente las materias reguladas en el convenio estatal son: estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios, subrogación del personal, prevención de riesgos laborales, régimen disciplinario, clasificación profesional, formación para el empleo, modalidades de contratación, período de prueba, igualdad de trato y opor-

¹⁷ Por todas: SSTS. 8-7-2010, rec. 248/2009; 26-9-2011, rec. 149/2010. Como, añadidamente, también se rechaza que las condiciones pactadas en el convenio extraestatutario se mantengan como condiciones más beneficiosas tras perder vigencia (Navarro Nieto, F, “La reforma del marco normativo...”, cit., págs. 987 y 988). Además, tampoco resolvería el problema la utilización de éste concepto, pues su nacimiento y vigencia depende de una voluntad unilateral del empresario, y no todos los aspectos que regula un convenio colectivo se ajustan a dicho concepto de condición más beneficiosa: Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad”...”, cit., págs. 215, 221 y 222.

No considera aplicable dicha doctrina al supuesto de la pérdida de la ultraactividad del convenio cuando no se está ante un supuesto de sucesión normativa pues dicha doctrina se enmarca precisamente en tal tipo de conflictos: Casas Baamonde, M^ºE/García Quiñones, JC., “Cuestiones jurídicas sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, Informe 314, <http://start.mysearchdial.com/results.php?q=Cuestiones+jur%C3%ADdicas+sobre+la+ultraactividad+de+los+convenios+colectivos%E2%80%9D&a=dsites0101&f=1&category=web&cd=2XzuyEtN2Y1L1Qzu0EtD0C0ByE0EtD0A0D0C0CyD0AyEtD0DtN0D0Tzu0SyByEyBtN1L2XzutBtFtBtFtCyDtFtCyDzytBtN1L1CzutDzytDtCtG1T&cr=654790962&uref=null&start=1>, págs. 12 y 13.

¹⁸ Martínez Moreno, C, “La vigencia del convenio colectivo estatutario...”, cit., pág. 614.

¹⁹ Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad”...”, cit., pág. 221.

²⁰ Este también es uno de los aspectos más discutidos, pues incluso defendiendo la contractualización de las condiciones y precisamente por ello, no todos los autores alcanzan a tutelar a los trabajadores de nuevo ingreso: Casas Baamonde, M^ºE/García Quiñones, JC., “Cuestiones jurídicas ...”, cit., pág. 15. Así describe también esta postura: Cruz Villalón, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en AAVV –dirs. I. García-Perrote Escartín/J.R. Mercader Uguina-, “Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 414. En contra, en aplicación de la doctrina sobre doble escala salarial, en tanto la prohibición de discriminación es igualmente predicable respecto de la autonomía individual: Molina Navarrete, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad”...”, cit., págs. 226 y 227.

tunidades/planes de igualdad. El convenio provincial regulaba las seis últimas referidas, junto a otras tantas que no han sido abordadas en el estatal: jornada de trabajo, vacaciones, horas extraordinarias, licencias y excedencias, retribuciones, jubilaciones anticipadas, mejora de la prestación por IT, riesgo durante el embarazo, revisión médica anual, póliza de seguros, personal con capacidad disminuida, ropa de trabajo, sustituciones, lugar habitual del puesto de trabajo, despidos por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo, garantías sindicales, entidad de previsión voluntaria, y fecha de pago del salario.

Pero, ¿en base a qué argumentos se produce la contractualización elusiva del vacío normativo?, y ¿cuál es el instrumento legal por el que aquéllas no previstas en el convenio estatal pasan del convenio fenecido a integrarse en el contrato?. La sentencia con claridad defiende el automatismo de la integración, sin identificación del artífice del cambio y rechaza la tesis de las condiciones más beneficiosas. Por otra parte, en algunos de sus argumentos parece acercarse a la tercera de las tesis –antes referida– propuestas por la doctrina. Desde luego, y aún cuando no identifique el medio de dicho trasvase, sencillamente automático, sí ofrece razones para sostener la persistencia de su aplicación.

La primera justificación a la que alude es la sustancialidad de las condiciones afectadas por el vacío convencional en el desarrollo de las relaciones individuales de trabajo, añadiendo que el Estatuto de los Trabajadores no contiene ninguna forma de cobertura de aquél. Pese a que en esencia comparto el razonamiento, considero que aquí ya podría hacerse alguna objeción de importancia, puesto que todas ellas no tienen ni el mismo calado ni cabe apreciar respecto del común la ausencia de regulación legal e incluso contractual. Así, de las mencionadas, las salariales –incluida la estructura– y las relativas a la jornada de trabajo, también en sus aspectos cualitativos fundamentales, efectivamente son esenciales. Tanto es así que constituyen el objeto del contrato, y son de una transcendencia colectiva indudable tanto por la materia sobre la que recaen como por el impacto general de la medida, y que al igual que la clasificación profesional y el régimen disciplinario que sí estaban cubiertas, requieren de una regulación colectiva (arts. 22, 24, 31 ET) o, en su defecto mediante contrato individual (arts. 25, 26, 34, 38 ET), a la que remite sin regulación supletoria el Estatuto de los Trabajadores²¹. Pero ese no es el caso, por ejem-

²¹ Por ello se ha defendido que las condiciones fundamentales como son las de salario y tiempo de trabajo que forman parte del intercambio contractual, si quedan contractualizadas hasta ser sustituidas por otras nuevas, bien por contrato individual bien colectivo: Durán López, F, “La vigencia del convenio colectivo”, Cinco días, 13-2-2007. También desde otra perspectiva, recuerda que el contrato de trabajo es un contrato de compraventa de fuerza de trabajo, siendo tales condiciones el objeto jurídico, social y económico del contrato de trabajo y, consiguientemente, de la negociación colectiva: Ruiz Castillo, M^oM., en J, en Ruiz Castillo, M^oM y Escribano Gutiérrez, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 83.

plo, del grueso de la regulación de las horas extraordinarias, ni de las licencias y excedencias, riesgo por embarazo, garantías sindicales, etc... (arts. 35, 37, 46 ... ET). También la decisión del sostenimiento provisional de la entidad de previsión social puede justificarse en atención a la necesidad de dotarle de una mayor estabilidad en tanto se resuelve dicha situación transitoria, y, en cualquier caso, porque de no existir obligación de mantenimiento siempre podría responder a su libre voluntad en tanto sea lícita en derecho. Por otra parte habría que analizar las particulares relaciones establecidas entre este concreto convenio y los contratos afectados, pues éstos, por ejemplo, podrían suponer una mejora efectiva de aquél o una concreción de su dispositividad en tales condiciones esenciales, lo que impediría la contractualización de su decadente regulación y la apreciación misma del vacío regulador. El voto mayoritario, por el contrario, considera arbitraria la selección de las materias que mantiene la empresa, hace tabla rasa sin analizar pormenorizadamente la regulación contenida en el convenio –que podría ser eventual o puntualmente de máximos, ej. jornada-, y traslada al contrato todas y cada una de las prescripciones de aquél, luego esa, el vacío regulador, no debe ser la razón principal de su decisión.

Podría considerarse, en cambio, una causa de fondo alternativa, a la que sin embargo la sentencia no le concede valoración explícita alguna; y es que se deja constancia en el Hecho Probado Primero que en los contratos se estableció que resultaría de aplicación el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales. ¿Acaso sea esa la razón de su completa inclusión en los contratos individuales?. En cualquier caso, tampoco ésto puede considerarse significativo ni lograría paralizar el efecto del art. 86.3 ET, pues, salvo pacto en contrario, se entendería en principio reenviada a la duración temporal o vigencia de dicha norma²².

En segundo lugar la Sala advierte que sus razonamientos están determinados por las peculiaridades del caso que parecen determinar o convertirse en una de las dos razones principales por las que decide esta fórmula de cobertura de vacíos. Veamos cuáles son éstas y las justificaciones que aportan a la solución. La primera peculiaridad es que el proceso negociador sigue abierto. La segunda, es que la propia asociación patronal negociadora, a la que no se cuestiona que pertenezca la empresa demandada, ha decidido mantener las condiciones de los trabajadores ya contratados “*ad cautelam*” en tanto se pronuncian los Tribunales sobre los efectos de la pérdida de la ultraactividad del convenio respecto de las relaciones laborales individuales. Y la tercera particularidad son las etéreas razones de “operatividad, informatización y gestión” que alega la empresa para respetar determinadas condiciones por un tiempo limitado. También aquí las objeciones son transcendentales.

²² Valdés Dal-Rè, “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, <http://www.ugt.es/actualidad/2012/septiembre/boletin11accionsindical-doc/JORN-Ponencia%20Fernando%20Valdes.pdf>, pág. 27.

Así, el hecho de que continúen las negociaciones actualmente no es causa legal – y sólo lo será convencional si así se pacta– de que se sigan aplicando aquéllas una vez decaído el convenio colectivo. De hecho, su continuidad no es sino consecuencia del mantenimiento del deber de negociar en tanto no se hayan roto las negociaciones pese a la desaparición del convenio, pues por decisión del estatal y la estructura negocial que fija, dicha unidad de negociación no queda absorbida respecto de las materias afectadas, cuya competencia reguladora se la atribuye a las unidades de negociación inferiores. Como acertadamente ha reconocido la doctrina, la pérdida de la ultraactividad no conlleva inexorablemente la pérdida de la unidad de negociación²³. Habrá por consiguiente que valorar si, como en este caso, se mantiene dicho deber en aplicación de los arts. 89.1, 83 y 84 ET. Por otra parte, ¿en qué se justifica el mantenimiento de dichas condiciones “en tanto prosigan las negociaciones para la firma del nuevo convenio provincial”? Realmente, la única justificación que puede tener la solución elegida por el Tribunal es la de interpretar el art. 86.3 ET en el sentido de que la pérdida de vigencia ultraactiva fundamentalmente supone la pérdida de la tutela de la unidad inferior. Pero ésto no es lo que se dice ni se argumenta en aquélla.

Optando, como hace la sala por interpretar que el art. 86.3 ET supone, salvo pacto en contrario, el fin del propio convenio, es cierto que pese al cambio legal, podría tener sentido mantener aquél o sus condiciones laborales cuando las negociaciones se alargasen escasamente por encima del año, de manera que podría considerarse irracional una interpretación inflexible de la limitación al año del tiempo de la negociación que atentase contra la propia finalidad del precepto y los arts. 28.1 y 37.1 CE. Pero en este caso, repárese en que la denuncia del convenio se hizo automáticamente el 1 de noviembre de 2009, y la mesa negociadora se constituyó el 22 de abril de 2010. A la fecha de la sentencia, el 19 de noviembre de 2013, aún no hay convenio provincial. Y era precisamente ésto lo que se pretendía combatir por el legislador desde la reforma del RDL 7/2011, y aún más decididamente en la de 2012. Por otra parte, el supuesto interés negociador de ambas partes, y más concretamente de la patronal, se salda en la suspensión de las reuniones más cercanas para convocar otras más dilatadas en el tiempo.

También discrepo en las razones vinculadas a esa supuesta desobediencia de la empresa respecto de la decisión adoptada por la Asociación Patronal. La sentencia, da por supuesto que la empresa esté afiliada a aquélla, da por supuesto que deba obedecerla, y da por supuesto que con aquella declaración, hecha por lo demás a uno sólo de los sindicatos negociadores y el “aquietamiento” de éste, demuestra que el convenio ha sido finiquitado por voluntad

²³ Casas Baamonde, M^oE, “La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos”, cit., págs. 15 y 16.

legal, no de los negociadores y que surja, entiendo yo que debe ser así, una especie de pacto implícito, que como digo, es de obligado cumplimiento para la empresa. Sin embargo, de unas meras declaraciones, a más señas de carácter unilateral, no cabe deducir pacto alguno²⁴. De hecho, es mucho deducir que había aquietamiento de los sindicatos cuando fueron ellos los que posteriormente plantearon un conflicto colectivo en contra de la patronal y por tales pretensiones, resueltos pocos días después de esta sentencia a su favor, concretamente el 26 de noviembre de 2013. Repárese por lo demás, que concluida la vigencia ultraactiva, la aplicación del mismo bajo esas condiciones de “acuerdo” tendría que revestir, entiendo yo, la forma de convenio extraestatutario, como de hecho parece asumir la sentencia cuando se alude a la afiliación, no constatada, de la empresa. Pero ni tan siquiera el pacto extraestatutario –y no sólo el estatutario- puede prescindir de la forma escrita o al menos del acuerdo expreso de los negociadores. El principio de seguridad jurídica exige la manifestación expresa, inequívoca y constatable de la voluntad concordante de las partes y, por supuesto, de su contenido²⁵. Y por otra parte, considero más que cuestionable que el convenio extraestatutario pueda imponerse incondicional y directamente a los afiliados de los negociadores y, más concretamente, en contra de su voluntad, sin alegación siquiera de los Estatutos de la Asociación a la que se le supone afiliada. Finalmente, si realmente los actores sociales pretendían extender la vigencia ultraactiva del convenio, habría sido tan fácil como acordar precisamente eso antes del 8 de julio, y sencillamente no lo hicieron entonces, y ni tan siquiera después.

En tercer lugar, la otra gran razón principal del sostenimiento de las condiciones de trabajo del convenio decaído, es que los “vacíos” se cubrirían en el propio marco de la negociación colectiva, es la más respetuosa con la voluntad de los negociadores –nuevamente con referencia al comunicado empresarial y al aquietamiento de sus interlocutores-, así como con <<*varios derechos, principios y valores de raigambre constitucional y comunitaria y con determinadas normas internacionales ratificadas por España*>>, y que por supuesto son los arts. 7, 9.2, 28.1, 37.1 CE, el art. 28.1 de la Carta de los Derechos

²⁴ Así, la STS 30-9-2013, nº rec. 97/2012, exige que la denuncia del convenio sea expresa, y niega que la constitución de la mesa negociadora sea una denuncia tácita, pues para ello se requeriría de actos concluyentes de negociación de un nuevo convenio colectivo incompatibles con la legalidad de este otro y que aceptan las partes esa forma no legal de denuncia.

²⁵ Por razones de seguridad jurídica, con apoyo en el apartado 2.1 de la Recomendación nº 91 OIT de 1951, y por cuanto el Tribunal Supremo viene exigiendo que los acuerdos parciales alcanzados a lo largo del proceso negociador sean incorporados al texto final del convenio colectivo, plasmado por escrito y rubricado por los negociadores: Fernández Artiach, P. y Lalaguna Holzwarth, E., “Artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores: validez del convenio colectivo”, en AAVV-coords. F. Pérez de los Cobos y J.M^a Goerlich-, “El régimen jurídico de la negociación colectiva en España”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 367 a 370.

Fundamentales de la Unión Europea, el art. 11.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los arts. 4 y 5 respectivamente de los Convenios OIT n^o 98 y 154. Con la referencia a tales normas y preceptos se pretende apoyar su decisión en un principio que aquéllos recogen de estímulo y fomento de la negociación colectiva laboral entre sindicatos de trabajadores, así como en los vínculos entre negociación colectiva y libertad sindical. Por consiguiente, en virtud de tales principios no puede, en contra de la voluntad de los negociadores y más aún si continúan las negociaciones, hacerse tabla rasa de unas condiciones de trabajo fijadas por el convenio periclitado, a las que se remitían los contratos de trabajo, sin que con tal novación los trabajadores vean en absoluto alteradas sus obligaciones. La legitimación del comportamiento de la empresa redundaría en un serio perjuicio de la negociación colectiva, pues la determinación de las condiciones de trabajo se remitiría a una negociación con los representantes unitarios o directamente con los trabajadores, con importantes consecuencias en el plano de la competencia interempresarial y un debilitamiento del papel del sindicato. Así mismo, la degradación de las condiciones laborales redundaría en un serio perjuicio de la negociación colectiva futura del convenio sectorial provincial.

En mi opinión, ésta, en sus referentes constitucionales, podría haber sido la argumentación jurídica más sólida del voto mayoritario y bien podría haber contribuido a fortalecer la exigencia de su modificación mediante el procedimiento del art. 41.4 ET. Sin embargo, tras su alusión, en lugar de profundizar en razonamientos de corte constitucional, se mezclan éstos y hasta pasan a un segundo plano respecto de valoraciones que bien podía haberlas asumido el legislador en su amplio margen de discrecionalidad, pero que no corresponde imponerlas al juez. Así, difícilmente puede asumirse que la razón pueda ser la evitación del descenso de la negociación al nivel de empresa, pues es más que evidente que la representación unitaria –y, preferentemente, la sindical– puede negociar convenios colectivos en dichos niveles y hasta que éstos prevalezcan sobre los sectoriales²⁶. Puede ser deplorable para muchos que con ello y con la actual regulación del descuelgue y muy en particular con la posibilidad de acuerdo con comisiones *ad hoc* no sindicales se haya facilitado la rebaja de las condiciones laborales como medida de competencia interempresarial²⁷. Pero, precisamente por eso, no parece que su evitación sea la finalidad primordial

²⁶ Véase, críticamente respecto dicha interpretación del art. 37.1 CE sostenida por el TC y su intensa remisión al legislador ordinario, que integra en el mismo en igualdad de condiciones para la negociación colectiva tanto a los sindicatos como a la representación unitaria e, incluso, a las comisiones *ad hoc*: Ruiz Castillo, M^oM., en J, en Ruiz Castillo, M^oM y Escribano Gutiérrez, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 44.

²⁷ Navarro Nieto, F, “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, Temas Laborales, núm. 120, pág. 237.

con la que deba interpretarse la norma. La pérdida de las condiciones disfrutadas puede dificultar su recuperación en la negociación en curso, pero precisamente esa capacidad de ajuste era la que se perseguía, como tampoco puede negarse en la actualidad el carácter reversible del ordenamiento laboral²⁸.

Por último, el voto mayoritario declara que la actuación de la empresa modificando unilateralmente la mayor parte de las condiciones de trabajo, manteniendo sólo algunas temporalmente para los ya contratados, sin consultar previamente a los representantes de los trabajadores y sin ofrecer ninguna explicación satisfactoria, es contraria al principio de buena fe, dispuesto en los artículos 1256 y 1258 del Código Civil, y quebranta el principio de equivalencia de las prestaciones contractuales, dado el sinalagma existente entre el trabajo desarrollado por los trabajadores y las contraprestaciones a cargo de la empresa en su consideración conjunta. En consecuencia, la alteración de las condiciones de trabajo tendría que hacerse a través del procedimiento previsto en el art. 41 ET.

Nuevamente parece que los argumentos jurídicos no están suficientemente cerrados. Así, 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 dicho precepto. Según su 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 del art. 86.3 ET, y sin que tampoco puedan aquéllos ser origen de condiciones más beneficiosas de carácter colectivo²⁹. El voto mayoritario tendría que explicar, entiendo yo, qué diferencias con el convenio extraestatutario explicarían ahora un criterio tan diferente. Y no lo hace. Por otra parte, atribuir un comportamiento inspirado en la mala fe al que sólo da cumplimiento a la Ley, o cree ejercer los derechos que aquélla le atribuye en situaciones de incertidumbre jurídica, no es tampoco atendible. La mala fe como el fraude de ley, son sanciones jurídicas y sociales que no pueden degradar ni degradarse como armas arrojadas ante el mero desacuerdo objetivo, cuánto menos tan subjetivo. Finalmente, si existe un quebrantamiento del deber de negociar, tendría éste que identificarse positivamente y no pretender su fundamento en un supuesto <<... *arquetipo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder...*>>. Quiero decir con esto, que no basta alcanzar la razón con el resultado; por el contrario, considero que el principio de seguridad jurídica y

²⁸ Escribano Gutiérrez, J, en Ruiz Castillo, M^ºM y Escribano Gutiérrez, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 174.

²⁹ SSTs. 22-7-2013, rec. Cas. 106/2012; 14-5-2013, rec. Cas. 285/2011; 9-2-2010, rec. Cas. 105/2009.

demás derechos constitucionales del art. 9.2 y 24.1CE, exigen cuidar al máximo el valor los argumentos que sirvan de sostén a la decisión, tanto más cuanto más novedosa e innovadora, en definitiva, pionera sea.

3. LA LIBRE DISPOSITIVIDAD UNILATERAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DECAIDAS. LA SOBRIEDAD DE UN VOTO PARTICULAR

El voto particular sigue por así decirlo una línea más positivista en relación a los efectos de la pérdida del convenio. Con argumentos más tradicionales y aparentemente concordantes con la jurisprudencia sobre condición más beneficiosa y principio de modernidad del convenio colectivo, niega que el convenio estatutario decaído pueda de alguna manera seguir aplicándose, sin hacer salvedad material alguna, pues “... *un convenio extinguido no es título jurídico ni de nada ni para nada...*”³⁰. Niega, al igual que hicimos nosotros, que el mantenimiento de las negociaciones justifique la continuidad en la aplicación del convenio, que además considera *contra legem*, al ser claro el tenor literal del art. 86.3ET, así como contrario a la voluntad de las partes. Por último, considera que la decisión de las empresas de mantener si bien limitadamente algunas de tales condiciones de trabajo, “*no es sino una renuncia parcial y transitoria de derechos...*”, resultándole -como a nosotros- incomprensible que tal actitud se convierta en un motivo más para obtener una sentencia adversa en el presente conflicto. Para concluir, también el voto particular llama la atención sobre el papel del juez y parece señalar de un marcado voluntarismo a la solución y argumentación del voto mayoritario.

Como vemos, ahora la sentencia nos ofrece esa otra visión que asume como principal efecto del decaimiento del convenio y ante el posible vacío convencional, la aplicación en lo posible del Estatuto de los Trabajadores y la ampliación de los poderes unilaterales del empresario. Y como únicas posibilidades de cobertura de dicho vacío, las que aporte la propia negociación colectiva o la vía de la reglamentación sectorial estatal de la Disposición Adicional

³⁰ Por todas, por ejemplo: SSTs. 12-3-2012, rec. 4/2011, en aplicación del precepto anterior a la reforma de 2012: “*Y, específicamente, con respecto a la regla del art. 86.3ET, nuestra propia Sala también ha establecido que la misma “está concebida en este precepto legal como norma disponible por la autonomía colectiva (“En defecto de pacto...”), para conservar provisionalmente cláusulas del convenio anterior durante la negociación del convenio siguiente (“...se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio”), y no (...) para cubrir un vacío normativo surgido a raíz de la conclusión del convenio siguiente ya celebrado”.*”

7ª ET³¹, e incluso la autonomía individual³².

4. CONCLUSIONES Y UNA PROPUESTA INTERMEDIA DE CONTRACTUALIZACIÓN ALTERNATIVA

El debate en torno a la interpretación del art. 86.3 ET y sus consecuencias aplicativas es como mínimo tan interesante como interesado. De hecho se ha provocado una mayor dificultad en la interpretación del precepto por haberse generado posturas que parecen buscar a toda costa soluciones atrincheradas a favor de una u otra de las partes en conflicto o de un concepto personal de justicia. Pero por encima de todo, la discusión está plenamente justificada no ya por lo novedoso sino por lo rupturista de la opción legal, y la incertidumbre generada por los elocuentes silencios de la norma. Ante tales dificultades dogmáticas, la sentencia del TSJ del País Vasco de 19 de noviembre de 2013 aborda el núcleo duro de las consecuencias más profundas del precepto, en definitiva, los efectos del decaimiento del convenio en un supuesto de vacío convencional y los márgenes subsiguientes de los poderes empresariales. Y lo hace asumiendo la contractualización automática de todas y cada una de las anteriores condiciones previstas en el desaparecido convenio y no reguladas en el estatal aplicable y extendiéndolas, por lo demás, a los trabajadores de nuevo ingreso.

Sin restarle mérito a un pronunciamiento pionero, probablemente valiente y comprometido, considero, como he dejado en evidencia en páginas anteriores y -por supuesto- aún a riesgo de equivocarme, que la decisión del Tribunal es intuitiva pero que no acierta a dar en el blanco de los argumentos precisos. Así, la contractualización de las condiciones esenciales de la prestación previstas en el convenio decaído del supuesto, en definitiva y en sentido amplio, jornada y salario, efectivamente puede resolver transitoriamente el vacío regulador –si efectivamente existe tras análisis del contrato o de su efectiva prestación-, y hacerlo con plena independencia de si persisten o no las negociaciones de su renovación. Su fundamento se encontraría en argumentos propios de la Teoría general de los contratos, de manera que lo trascendente es que el objeto del contrato de trabajo tiene que existir y ser fijado por acuerdo, individual o colectivo, independiente del arbitrio de una de las partes, y que el ordenamiento laboral no se ocupa de ello, sino tan sólo de prever sus límites tutelares lo

³¹ Por todos: F. Navarro Nieto, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, cit., pág. 988.

³² Durán López, F, “La vigencia ...”, cit.,; Escribano Gutierrez, J, en Ruiz Castillo, M^ºM y Escribano Gutiérrez, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, cit, págs. 181 a 185.

que, obviamente, no es lo mismo. Por el contrario y salvo casos extremos de pequeñas dilaciones, no se puede justificar el sostenimiento del resto o, mejor, del grueso de las condiciones previstas en la norma colectiva desaparecida, ni aún mantenidas las negociaciones de la renovación del convenio. Para aquéllas la conclusión es que ni hay vacío, ni se han generado condiciones más beneficiosas, ni corresponde su aplicación ex arts. 82.3 y 4 y 86.3 y 4 ET. Una vez decidido ésto, no puede sino concluirse la aplicabilidad del art. 41 ET respecto de esas condiciones esenciales, ya sea la modificación individual o colectiva y, en éste caso, afirmar con certeza el deber de negociar que en él se funda. También los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE, pueden contribuir decisivamente a fortalecer la dimensión colectiva y sindical del proceso de negociación a nivel de empresa, bien a través del propio art. 41.4 ET, bien a través de la iniciativa sindical de negociación de convenio a dicho nivel, nuevamente con un incuestionable deber de negociar (art. 89.1 ET). Y desde luego, en mi opinión, ambas vías y razones serían suficientes para la prohibición de los pactos en masa. Finalmente, es cierto que nuestros Tribunales vienen negando la contractualización y exigencia del cauce del art. 41 ET cuando se trata de la finalización de un convenio extraestatutario. Sin embargo, considero que esta doctrina no es necesariamente trasladable al caso del convenio estatutario fenecido y respecto de estas condiciones esenciales. En tanto que el carácter contractual, obligacional, del convenio extraestatutario sencillamente desplaza de manera temporal las condiciones pactadas en el contrato de trabajo, el carácter normativo del convenio estatutario le otorga una vocación de auténtica sustitución, provocando en su caso la nulidad parcial, irrecuperable en consecuencia, de aquéllas que lo contradigan. Una y otra situación, como vemos son ontológicamente distintas y tras su decadencia, la del convenio estatutario, en el común de los casos ya no habrá hogar a donde regresar. Y ahora, muy sinceramente, salvo mejor criterio.

BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M^ªE, “La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos”, RRL, n^o 6, 2013.

CASAS BAAMONDE, M^ªE/GARCÍA QUIÑONES, JC., “Cuestiones jurídicas sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, Informe 314, <http://start.mysearchdial.com/results.php?q=Cuestiones+jur%C3%ADdicas+sobre+la+ultraactividad+de+los+convenios+colectivos%E2%80%99D&a=dsites0101&f=1&category=web&cd=2XzuyEtN2Y1L-1Qzu0EtD0C0ByE0EtD0A0D0C0CyD0AyEtD0D0tN0D0Tzu0SyByEyBtN1L2XzutBtFtBtFtCyDtFtCyDzytBtN1L1CzutDzytDtCtG1T&cr=654790962&uref=null&start=1>.

- CRUZ VILLALÓN, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en AAVV –dirs. I. García-Perrote Escartín/J.R. Mercader Uguina-, “Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- DURÁN LÓPEZ, F, “Hacia la libertad contractual”, Cinco días, 2-7-2013.
- DURÁN LÓPEZ, F, “La vigencia del convenio colectivo”, Cinco días, 13-2-2007.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R, “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en AAVV –coord. R. Escudero Rodríguez-, “La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012”, Ed. Cinca, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ ARTIACH, P. y LALAGUNA HOLZWARATH, E., “Artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores: validez del convenio colectivo”, en AAVV-coords. F. Pérez de los Cobos y J.M^a Goerlich-, “El régimen jurídico de la negociación colectiva en España”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GINÈS I FABRELLAS, A, “Vigencia de los convenios colectivos anteriores a la reforma laboral 2012 con cláusula de ultraactividad ilimitada”, *Actualiad Laboral*, nº 1, enero 2014.
- LANTARÓN BARQUÍN, “Repensando en la autonomía colectiva <<versus>> autonomía individual”, en AAVV-dir. J.L. Monereo y M^a Nieves Moreno-, “El sistema de negociación colectiva en España”, Thonson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013.
- NAVARRO NIETO, F, “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, en AAVV, “Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012” AEDTSS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NAVARRO NIETO, F, “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 120.
- MARTÍNEZ MORENO, C, “La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis en particular de la ultraactividad”, en AAVV –dir. J.L. Monereo y M^a Nieves Moreno-, “El sistema de negociación colectiva en España”, Thonson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013.
- MERCADER UGUINA, J.R., “La reforma de la negociación colectiva en el RD-L 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en AAVV –dirs. I. García-Perrote y J.R. Mercader-, “Reforma Laboral 2012”, Lex Nova, Valladolid, 2012.

- MOLINA NAVARRETE, C, ““Caducidad” de la “garantía de ultraactividad” normativa de los convenios: ¿en serio una “cuenta atrás” hacia el “abismo laboral” español?”, *Temas Laborales*, nº 120/2013.
- RUIZ CASTILLO, M^ªM y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos”, *Rev. Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2013, BIB 2013\1423.
- VALDÉS DAL-RÈ, “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, <http://www.ugt.es/actualidad/2012/septiembre/boletin11accionesindical-doc/JORN-Ponencia%20Fernando%20Valdes.pdf>

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

EL COPAGO EN EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana,
Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de marzo de 2014*

MANUELA DURÁN BERNARDINO*

SUPUESTO DE HECHO: se recurre en vía administrativa la Resolución por la que se procede a revisar el Programa Individual de Atención (en adelante PIA) de una persona en situación de dependencia Grado III, nivel 2, con una prestación económica reconocida de 667,1 €/mes, por razón de la capacidad económica del beneficiario.

La pretensión tenía un doble cometido: 1) que los efectos económicos de la prestación reconocida tuvieran lugar desde la fecha del ingreso por razones de urgencia en un centro asistencial (9.11.2010); y 2) que no se produjera reducción alguna en la prestación reconocida (20 por ciento).

Desestimadas ambas pretensiones por silencio, se interpone recurso contencioso-administrativo (núm. 440/2012) que será resuelto a través de sentencia que se comenta. La cuestión litigiosa queda ceñida, por tanto, a: 1) la determinación de la fecha inicial de efectos, la reconocida por la Administración demandada, el 22 de abril de 2010, cuando pidió la revisión del PIA; o la solicitada por el interesado, el 9 de noviembre de 2010, cuando fue ingresado en la residencia. 2) la posible reducción de la prestación reconocida por razones económicas del dependiente.

RESUMEN: La sentencia (AS 107/14) estimará el recurso interpuesto, si bien establecerá el criterio de la fecha en que se solicitó la revisión como válido a efectos de determinación de los efectos de la resolución que revisó el PIA. No obstante, y toda vez que la solicitud de la parte no se efectúa hasta el momento del ingreso en el centro residencial, posterior, a la misma habrá de quedar concretada.

Respecto de la segunda cuestión se reitera la doctrina fijada por la Audiencia Nacional (St. 25.2.2011), en la que se reconoce el derecho de la actora a que se le abone la prestación sin reducción alguna. Y ello pese a la existencia de base legal en la actuación administrativa (Resolución de 13.7.2012 de la

* Becaria de Investigación FPU, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del Sistema), al ser necesario un desarrollo normativo inexistente hasta la fecha.

ÍNDICE

1. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA APLICABLE
2. EL PROCEDIMIENTO PARA INTRODUCIR LOS CRITERIOS DE PARTICIPACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA.
RECORRIDO JURISPRUDENCIAL
3. EL NOTORIO INCREMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL BENEFICIARIO EN LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE DEPENDENCIA
4. REFERENCIAS

1. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA APLICABLE

En los últimos tiempos, el copago se ha establecido como un elemento recurrente en la financiación de los servicios de protección social¹. En materia de dependencia, el artículo 33 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (BOE N.º 299, de 15 de diciembre de 2006) así lo prevé, al regular la participación de las personas beneficiarias en el coste de las prestaciones, tratándose de uno de los aspectos más criticados de la Ley. Se suma a esta crítica la enorme imprecisión con la que la Ley regula esta materia, limitándose a señalar que la aportación del beneficiario variará atendiendo a tres criterios: tipo de prestación, coste del servicio y capacidad económica personal (art. 33.1). Con respecto a ésta última, en su artículo 14.7 indica que se determinará en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD, en atención a la renta y al patrimonio del solicitante y en la consideración de éste último debe tenerse en cuenta la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta.

A su vez, el artículo 13.2 del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, recoge que el importe de la prestación se determinará aplicando a la cuantía vigente para cada año un coeficiente reductor según su capacidad económica de acuerdo con lo establecido por la Administración competente que tendrá en consideración lo que se acuerde por el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD².

¹ VV.AA, Sempere Navarro, A.V (Dir.) y Charro Baena, P. (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 269.

² BOE núm. 138, de 9 de junio de 2007.

Por lo tanto, la precisión de los criterios generales que permitan regular la participación del beneficiario en el coste del servicio se remite al Consejo Territorial que, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.2. d) LD, ha alcanzado dos acuerdos: el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008 sobre determinación de la capacidad económica de las personas beneficiarias así como los criterios de participación de éstos en los costes del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, SAAD)³, anulado por el Tribunal Supremo en lo relativo a las previsiones que contine sobre los criterios de participación económica del beneficiario en las prestaciones del SAAD⁴; y el Acuerdo de 10 de julio de 2012, para la mejora del SAAD⁵, a través del cual se introducen modificaciones sustanciales en el modelo de copago acordado previamente. Con la finalidad de garantizar el principio de igualdad en esta materia, recoge nuevos criterios comunes para la determinación de la capacidad económica de los usuarios de los servicios y prestaciones.

En base a lo establecido en la Ley de dependencia, en su desarrollo reglamentario o en los Acuerdos del Consejo Territorial, diferentes Comunidades Autónomas han introducido la participación económica del beneficiario en el coste de las prestaciones, bien en el momento de su concesión o tras la revisión del Programa Individual de Atención (en adelante, PIA). Éste ha sido el caso de la Consellería de Bienestar Social de Valencia tras dictar la Orden de 5 de diciembre de 2007, reguladora de los requisitos y condiciones de acceso a las ayudas económicas del programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, por la que se ve afectada la parte demandante.

Sin embargo, los criterios mínimos de dicha participación deben ser fijados por el Estado al amparo de su competencia exclusiva en base al art. 149.1.1ª CE y no pueden ser introducidos en el Sistema por las Comunidades Autónomas o por el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD si los mismos no son posteriormente aprobados por el Estado mediante la correspondiente disposición general. Así lo ha determinado la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Superior de Justicia en los términos que a continuación se analizan.

³ Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado y Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del SAAD (BOE núm. 303, de 17 de diciembre).

⁴ Sentencia de 25 de febrero de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Tercera), dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 90/2009.

⁵ Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia (BOE núm. 185, de 3 de agosto).

2. EL PROCEDIMIENTO PARA INTRODUCIR LOS CRITERIOS DE PARTICIPACIÓN ECONÓMICA EN EL SISTEMA. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL

Los criterios mínimos de participación económica del beneficiario en el coste de las prestaciones del sistema de dependencia deben ser implantados mediante un procedimiento especial, en el que se elabore y apruebe una disposición general.

Así se ha determinado por el Tribunal Supremo y dirimido mediante Auto de fecha 3 de noviembre de 2011, de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo por el que se declaraba la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de 25 de febrero de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Tercera), dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 90/2009.

A través de la citada Sentencia se anula parcialmente el Acuerdo del Consejo Territorial de 27 de noviembre de 2008, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del SAAD, afectando tan solo al contenido relativo a los criterios de participación económica de la persona beneficiaria, no así a las previsiones relativas a su capacidad económica, que siguen siendo válidas⁶.

La Sala entiende, en definitiva, que la decisión consistente en “adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios” constituye, materialmente, una disposición general, de suerte que forzosamente resulta aplicable el criterio jurisprudencial reiterado (vid., por todas, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000, dictada en el recurso núm. 513/98), según el cual “el trámite mediante el que se elabora y aprueba una disposición general constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105, apartado 1 de la Constitución y regulado con carácter general en el artículo 24 de la Ley 50/1997, al tiempo que un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria, siendo así que su observancia tiene, por tanto, un carácter «ad solemnitatem», de modo que su omisión o su defectuoso cumplimiento, traducido en un olvido trascendente para la finalidad a que tiene de su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte.

En consecuencia, la omisión del procedimiento en que ha incurrido la de-

⁶ El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), impugnó el citado Acuerdo, y por Sentencia firme de la Audiencia Nacional (sala de lo Contencioso-administrativo), de 25 de febrero de 2011 (RJCA/2011/157), se anula la parte del Acuerdo referida a los criterios de participación económica del beneficiario en las prestaciones del Sistema. Véase, *Evaluación de resultados a 1 de enero de 2012 sobre la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en Situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012, pág. 6.

cisión recurrida determina su nulidad de pleno derecho (artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), al no haberse respetado las exigencias establecidas en el artículo 24 de la Ley del Gobierno, en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado y en la propia Ley 39/2006, de 14 de diciembre, en relación con la participación de los órganos consultivos en la misma previstos.

Son estos pronunciamientos judiciales los que se alegan por la parte demandante en el litigio que aquí se comenta, en base a los cuales, y continuando con la misma línea resolutoria, se ha pronunciado recientemente la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Superior de Justicia en Sentencia núm 107/14, de 13 de marzo de 2014, por la que determina la nulidad del porcentaje de reducción aplicado sobre la prestación económica en virtud de la capacidad económica del beneficiario regulada en la Orden de 5 de diciembre de 2007 de la Conselleria de Bienestar Social. Y resuelve que siendo posible la reducción por razones económicas del dependiente, para que se puedan aplicar necesitan un desarrollo normativo inexistente por cuanto la Sentencia de la AN de 25 de febrero de 2011, firme al inadmitir la casación el TS por auto de 3 de noviembre de 2.011, anuló el Acuerdo adoptado por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 27 de noviembre de 2.008, que regulaba los criterios para la participación del dependiente en las ayudas concedidas en base a su capacidad económica.

Sin embargo, a pesar de haberse dictado Auto en diciembre de 2011 que declara la nulidad del citado Acuerdo de 2008, en julio de 2012 se publica un nuevo Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD por el que se fijan nuevos criterios mínimos, comunes y homogéneos para la determinación de la capacidad económica de los usuarios de los servicios y prestaciones⁷.

En base a lo expuesto, cabe entender que aunque el presente Acuerdo de 10 de julio de 2012 no haya sido recurrido ante la Audiencia Nacional, es manifiesta la imposibilidad de su desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas en tanto la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo establecían en su Sentencia y Auto respectivo que el Acuerdo de un Consejo Territorial no constituye una disposición general con los requisitos obligados por la ley para instaurar la aportación económica de los usuarios. Y resulta obvio que si la Sala determinó que dichos criterios de participación no podían introducirse en un acuerdo y requerían de su ratificación por el Estado en disposición general, obvio resulta entonces que sin que se haya dictado tal disposición que apruebe el Acuerdo de junio de 2012, las Comunidades Autónomas no podrán desa-

⁷ Véase un análisis comparativo de los criterios de participación económica de los beneficiarios en el coste de las prestaciones del SAAD, fijados en el Acuerdo del Consejo Territorial de 2008 y en el Acuerdo de 2012 en Durán Bernardino, M.: La protección jurídico-social de las personas en situación de dependencia, Tesis Doctoral, Granada, 2014, págs. 344-359. (<http://0hera.ugr.es.adrastea.ugr.es/tesisugr/23539987.pdf>).

rrrollar el citado Acuerdo, puesto que no han sido fijados los mínimos estatales mediante el correspondiente procedimiento dotado de sus garantías⁸.

Han sido varias las Comunidades Autónomas que, en base a dicho Acuerdo, han regulado la participación económica del beneficiario sin respetar las exigencias constitucionales. Éste ha sido el caso de la Administración Valenciana que, excediéndose de sus competencias ha introduciendo los criterios de participación económica en la Orden 21/2012, de 25 de octubre, de la Consejería de Justicia y Bienestar Social.

Cabe concluir que la normativa aprobada por las Comunidades Autónomas en desarrollo del Acuerdo de 2012 devienen nulas en virtud de los criterios recogidos en la Sentencia de la Audiencia Nacional, puesto que estaría en quiebra el principio de seguridad jurídica si los criterios de participación económica del beneficiario no fueran implantados respetándose el procedimiento especial por el que se elabora y aprueba una disposición general. Por lo tanto, es *conditio sine qua non* que sea dictada la correspondiente disposición general recogiendo los criterios mínimos de participación económica del beneficiario para ser desarrollados por las Comunidades Autónomas, en caso contrario, estaremos ante una vulneración del procedimiento establecido para introducir los criterios de participación económica en el Sistema de dependencia.

3. EL NOTORIO INCREMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL BENEFICIARIO EN LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE DEPENDENCIA

El legislador de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, a sabiendas de que en materia de dependencia no puede haber una competencia exclusiva sino compartida entre todas las Administraciones Públicas⁹, dispone en su artículo 7 que la protección de la situación de dependencia por parte del Sistema se prestará en los términos establecidos en esta Ley y de acuerdo con tres niveles

⁸ Así lo expone la Letrada Casas Molina, Asesora Jurídica de la Plataforma en Defensa de la Ley de Dependencia, en la Iniciativa Legislativa Popular “Proposición de Ley Sobre la Recuperación de Derechos de los Discapacitados y Dependientes”, 2014, págs. 5 y 6.

⁹ Como explica, Escudero Rodríguez, R.: “El complejo equilibrio de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de atención a la dependencia”, *Temas Laborales*, N.º 100, 2009, págs. 342-344, esta opción político-legislativa de corresponsabilizar a todas las Administraciones públicas tiene su explicación en dos factores principales: el primero de ellos consiste en que los objetivos de la Ley son tan complejos y ambiciosos que requieren, necesariamente, la activa implicación de todas las Administraciones; y, en segundo término, por la globalidad objetiva de la Ley al contemplar medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia.

de protección¹⁰: un nivel mínimo de protección establecido y financiado por la Administración General del Estado, seguido de un segundo nivel acordado en régimen de cooperación y financiación entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas mediante convenios y un tercer nivel de protección adicional que puede establecer cada Comunidad Autónoma de forma opcional¹¹. A su vez, éste sistema de financiación se completa con las aportaciones del beneficiario en función de su capacidad económica y del tipo y coste del servicio que le haya sido reconocido.

Durante los siete años desde la aprobación de la Ley 39/2006, la protección de las personas en situación de dependencia ha generado un coste muy elevado que, en los primeros años se ha venido atendiendo rigurosamente pero que en los últimos años ha sido desatendido por la situación económica y financiera del país y las medidas adoptadas por el Gobierno¹².

Concretamente, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, deja en suspensión el nivel intermedio de financia-

¹⁰ En cambio, otros autores encuentran la razón a esta estructura de protección multinivel en la intención de salvar el déficit competencial del Estado en relación con los servicios sociales, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas que condiciona ampliamente la estructura del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Véase, Velasco Caballero, F.: “Convenios Administrativos en el Sistema de promoción de la Autonomía personal y atención a la dependencia”, en VV.AA., Rodríguez De Santiago, J. M^a. y Díez Sastre, S., *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 103.

¹¹ Este equilibrio competencial a través del diseño de tres niveles de protección social de la dependencia, dos de responsabilidad directa y excluyente de determinadas Administraciones Públicas (el primero obligatorio y el tercero voluntario) y uno compartido, ha sido valorado en positivo por la doctrina científica al permitir la combinación de unidad y diversidad, centralización y descentralizaciones de las prestaciones dispensadas. En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: “Competencias autonómicas en Asistencia Social y Servicios Sociales”, *Temas Laborales*, Vol. I, N.º 100, 2009, pág. 312, considera que «la inmediatez de la gestión territorial descentralizada es en sí misma una garantía de eficacia administrativa, siempre que se observe la necesaria cooperación y coordinación interadministrativa». En la misma línea, Sempere Navarro, A.V.: “Antecedentes y estructura, op. cit., pág. 1829, destaca los efectos positivos de que se potencien los instrumentos de colaboración y coordinación entre las distintas Administraciones públicas, técnica, afirma, «especialmente necesaria cuando se trata de funciones a las que todos los poderes públicos han de contribuir». Ahora bien, dicha distribución competencial, amparada en un título constitucional parco y débil puede provocar, como se está demostrando, que la coordinación y la complementación entre las distintas Administraciones sea ineficiente originando desigualdades entre los diferentes territorios que integran el Estado español.

¹² Así es, en el Informe del Gobierno para la Evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, de 4 de noviembre de 2011, se valora positivamente la evolución del gasto total en dependencia durante los años 2009 y 2010, siendo respectivamente de 4.848.131.349 y 6.767.171.013 de euros, sin embargo, en los últimos Presupuestos generales del Estado se refleja un profundo cambio en esta orientación, reduciéndose drásticamente el gasto público en diversos ámbitos, entre los que destaca la atención a la dependencia, donde en los dos últimos años se ha recortado la financiación del SAAD en un 28%, un 13 % en 2012 y un 15 % en 2013.

ción, acordado entre la AGE y las CCAA, suspensión que se ha seguido manteniendo en los presupuestos generales del estado para el año 2013 y 2014, lo que implica que durante estos tres años el Estado tan sólo se limitará a garantizar la financiación del nivel mínimo, por otro lado, notablemente reducido.

A todo ello hay que añadir, los importantes cambios introducidos por el Acuerdo de 10 de julio de 2012 en los criterios sobre capacidad económica y participación del beneficiario en el coste de las prestaciones, que permite fácilmente constatar como a medida que se reduce la aportación de la Administración General del Estado, se incrementa de forma destacada la participación de los beneficiarios en los costes del Sistema, ante la imposibilidad de las Comunidades Autónomas de hacer frente, en solitario, a los mismos¹³.

Este incremento en la participación del beneficiario en el coste de las prestaciones repercute negativamente en la demanda de las prestaciones y especialmente en la de aquellas personas que dispongan de escasos recursos para hacer frente a una aportación que en la mayoría de los casos llega al 50% del coste total de la prestación y en otros incluso los sobrepasa¹⁴, lo que supone la introducción de un factor claramente diferenciador y en términos generales, la disminución en la protección de las personas en situación de dependencia.

No obstante, cabe advertir que la participación económica del beneficiario en el coste de las prestaciones todavía no ha sido implantada por el Estado mediante disposición general, por lo tanto, es nula toda la normativa autonómica aprobada en desarrollo del Acuerdo del Consejo Territorial de 2012 en relación a los criterios de participación del beneficiario en el coste del sistema.

Es al Estado a quien le corresponde aprobar una disposición general en la que se recojan los criterios mínimos de participación económica del beneficiario para ser desarrollados por las Comunidades Autónomas, asegurando la existencia de un mínimo contenido común de derecho en todo el territorio nacional, en base al principio de igualdad establecido en la Ley y respetando el derecho subjetivo de los beneficiarios a los servicios de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

¹³ En el año 2009 la aportación de los usuarios representaba un 10% de la financiación total del sistema de dependencia (con 387,4 millones de euros anuales); en 2010, representó el 12% (676,08 millones de euros); en 2011, el 14% (con 912,38 millones de euros); y en 2012 representó el 16% de la financiación total con la aportación de 1.051,2 millones de euros anuales. Datos obtenidos del X Dictamen del observatorio de la dependencia, *Informe sobre el desarrollo y evaluación territorial de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, enero de 2013. (Puede consultarse en <http://www.directoressociales.com/images/x%20dictamen%20.pdf>).

¹⁴ Montserrat Codorniu, J. y Montejo Sarrias, I.: “El copago en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia: análisis de las medidas introducidas por la Resolución de 13 de julio de 2012”, *Actas de la Dependencia*, N.º 6, 2012, pág. 86.

4. CONCLUSIONES

Como se ha analizado, el presente pronunciamiento judicial se detiene en un aspecto de candente actualidad: el copago en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Concretamente, resuelve si la reducción de la prestación reconocida al beneficiario por su capacidad económica se ajusta a derecho. Decantándose por determinar, siguiendo la línea más formalista ya mantenida por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en otros fallos, la nulidad del porcentaje de reducción aplicado sobre la prestación económica en virtud de la capacidad económica del beneficiario, introducido por la normativa autonómica.

En todo caso, compartimos la solución jurisprudencial que se viene manteniendo, y por tanto que el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD y las Comunidades Autónomas no pueden proceder a introducir la participación del beneficiario en el coste del Sistema de dependencia en los términos que se plantean en el caso comentado. Y es que la fijación de los criterios mínimos de participación económica del beneficiario es competencia exclusiva del Estado al amparo del artículo 149.1.1 CE y no pueden ser introducidos en el Sistema por el citado Consejo Territorial si a continuación no son aprobados por el Estado a través de la disposición general correspondiente, que posteriormente será desarrollada por las Comunidades Autónomas.

No obstante, se trata de una cuestión que seguirá planteando litigios judiciales. Son diferentes las Comunidades Autónomas que han desarrollado el último Acuerdo del Consejo Territorial, de junio de 2012, sin que previamente sea ratificado por el Estado en disposición general. A pesar de no haber sido recurrido ante la Audiencia Nacional, en base a los pronunciamientos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo aquí examinados, es manifiesta la nulidad de los criterios de participación económica aprobados por las Comunidades Autónomas al no respetarse el procedimiento especial.

La cuestión planteada genera un enorme perjuicio económico y social en las personas con discapacidad y en situación de dependencia, que continúa con la tendencia a una cobertura cada vez menor del SAAD. Las últimas reformas, adoptadas en base a políticas neoliberales que destruyen a su paso nuestro consolidado Estado de Bienestar, están incidiendo con especial agudeza en este colectivo especialmente vulnerable, atenuando su atención integral y calidad de vida.

En definitiva, no cabe sino concluir que las Comunidades Autónomas que hayan incumplido el procedimiento especial para introducir los criterios de participación económica del beneficiario en el coste del sistema se encuentran en la obligación de derogar la normativa por la que se regulan dichos criterios.

5. REFERENCIAS

- COLÁS NEILA, E.: “La financiación del sistema de autonomía y atención a la dependencia”, en VV.AA. GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), *La aplicación de la Ley de dependencia en España*, CES, Madrid, 2013.
- DURÁN BERNARDINO, M.: *La protección jurídico-social de las personas en situación de dependencia*, Tesis Doctoral, Granada, 2014.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: “El complejo equilibrio de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de atención a la dependencia”, *Temas Laborales*, N.º 100, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Competencias autonómicas en Asistencia Social y Servicios Sociales”, *Temas Laborales*, Vol. I, N.º 100, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de dependencia”, *Aranzadi Social*, Tomo V, 2006.
- VELASCO CABALLERO, F.: “Convenios Administrativos en el Sistema de promoción de la Autonomía personal y atención a la dependencia”, en VV.AA., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a. y DÍEZ SASTRE, S., *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- VV.AA, SEMPERE NAVARRO, A.V (Dir.) y CHARRO BAENA, P. (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES TITULARES DE UN CONTRATO DE PROFESOR ASOCIADO EN LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

*Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13*

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO *

SUPUESTO DE HECHO: La petición de decisión judicial que se produce en este caso tiene por objeto la interpretación de las cláusulas 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada celebrado el 18 de marzo de 1999 y su transposición al ordenamiento español. En el caso concreto que analizamos el Sr. Márquez celebró con la Univeridad Pompeu Fabra de Barcelona un contrato de trabajo de profesor asociado a tiempo parcial inicialmente para el periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 2008 y el 29 de septiembre de 2009. Este contrato de trabajo se renovó en tres ocasiones. En primer lugar hasta el 21 de septiembre de 2010, seguidamente hasta el 21 de septiembre de 2011 y finalmente, hasta el 28 de julio de 2012. En dicha fecha se le comunica la extinción de su relación laboral, sin derecho a indemnización alguna. Considera el interesado que dicha extinción debe ser calificada como despido por lo que solicita su nulidad y subsidiariamente su improcedencia al entender que el uso de la contratación de duración determinada como profesor asociado de la mencionada universidad había sido abusiva y realizada en fraude de ley.

RESUMEN: El presente caso es un claro ejemplo del debate que existe sobre la igualdad en el tratamiento de la contratación temporal o de duración determinada en el sector público y en el sector privado, siendo posible una serie de licencias o prerrogativas en el sector público que no son aplicables en el sector privado, siempre amparándonos en las razones objetivas y justificadas de una diferencia de trato. A esto debe añadirse el tratamiento especial que reciben las Universidades públicas en cuanto empleadoras al estar sometidas a un régimen jurídico propio y exclusivo del sector.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS ACUERDOS MARCOS EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA
3. REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL EMPLEO EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS
4. REGULACIÓN ACTUAL DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES
5. EL CASO CONCRETO A ANALIZAR
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna esta sentencia que pasamos a comentar aborda varias cuestiones jurídicas de gran importancia que serán tratadas a lo largo del comentario que ahora comenzamos. En primer lugar, la importancia de la negociación colectiva a nivel europeo a través de los Acuerdos Marcos que son considerados fuentes del derecho ya que crean derechos y obligaciones a garantizar en el seno de los Estados miembros. En segundo lugar, cuál es el significado que se le otorga a los contratos de duración determinada en el seno del ordenamiento europeo a través del Acuerdo Marco que los regula. En tercer lugar, y ya en el seno de los ordenamientos nacionales, cuál es el concepto, objeto, causa y en resumen, las características fundamentales de un contrato de duración determinada. Y en cuarto lugar, la utilización de estos contratos en el seno de las Universidades Públicas que en cuanto Administraciones Públicas cuentan con un régimen jurídico propio a la hora de utilizar la contratación temporal, lo que les lleva a crear figuras propias de contratos temporales, de difícil encuadramiento en cuanto a su naturaleza jurídica,

2. LOS ACUERDOS MARCOS EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en sus actuales artículos 154 y 155, recogiendo lo que se establecía en versiones anteriores de dicho Tratado, fomenta la participación de los interlocutores sociales en el sistema de fuentes del Derecho Europeo y en particular del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a través de la elaboración de acuerdos sociales cuya aplicación, citando palabras textuales del Tratado (artículo 155TFUE), “se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al artículo 153, y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Se informará de ello al Parlamento Europeo”. Lo que este precepto quiere decir es que dicho acuerdo puede adoptar la forma de Directiva o Reglamento europeo, aprobado por mayoría o

unanimidad según la materia y convertirse así en fuente del Derecho Europeo. Éste es el procedimiento seguido con este Acuerdo Marco que comentamos sobre el trabajo de duración determinada que fue refrendado por la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, cuyo contenido coincide exactamente con el mencionado Acuerdo Marco.

En cuanto al contenido de este Acuerdo se parte de la base de que las relaciones laborales indefinidas deberían ser la norma común siendo excepcional el trabajo de duración determinada aunque éste, en función de las necesidades de los empresarios y trabajadores, puede ser fundamental, también puede serlo en función de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas que estemos contemplando. Estas serían las llamadas “razones justificativas” de la contratación temporal o de duración determinada. Uno de esos sectores con necesidades temporales será sin duda, como veremos en el presente caso, el trabajo en las Universidades Públicas españolas, aunque con matices.

En cuanto al objetivo del Acuerdo resaltar que busca la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada, la igualdad y no discriminación de las personas empleadas de esta forma, en términos comparativos con el llamado trabajador fijo comparable, evitando además el abuso en su utilización sucesiva, y deberíamos añadir evitando las diferencias injustificadas en cuanto a su utilización en determinados sectores, ya que como se desprende de lo comentado más arriba deben existir “razones justificadas” para su uso. Esto es lo que en la teoría general de los contratos estudiada en el ámbito del Derecho Civil conocemos como causa del contrato.

Y en cuanto a su aplicación en el seno de los Estados miembros, establece el Acuerdo en su cláusula segunda que se realizará conforme a las definiciones que de trabajo de duración determinada se contenga en las legislaciones, convenios colectivos y prácticas vigentes en cada Estado miembro, aunque el propio Acuerdo definida en su cláusula tercera qué debe entenderse por trabajador con contrato de duración determinada, siendo aquel cuya relación laboral tiene fecha concreta de finalización, es para realizar una obra o servicio determinado o porque se haya producido un acontecimiento determinado que lo justifique.

Por tanto, el Acuerdo Marco nos fija una definición, una garantía de igualdad o de que no existirá un trato menos favorable con el trabajador fijo comparable, y finalmente, una serie de medidas para evitar que se use esta forma de contratación de forma abusiva, señalando que el abuso lo determinará cada país, consultando a los interlocutores sociales, si bien partiendo de unas premisas que fija el propio Acuerdo y que son:

- Deben existir razones objetivas que justifiquen la renovación de esos contratos temporales,
- Los Estados fijarán una duración máxima total para esos sucesivos contratos de duración determinada,
- El número de renovaciones posibles de tales contratos los fijarán

también los Estados miembros.

La primera conclusión que extraemos pues es que a pesar de la regulación europea de las relaciones laborales temporales, queda a merced de los Estados miembros las garantías de dichas relaciones.

3. REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL EMPLEO EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

En el seno del Reino de España deberíamos acudir en primer lugar, al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET), cuyos artículos 11 y siguientes regulan todo el entramado de la contratación temporal en España, y en segundo lugar, a la normativa específica del sector en el que vamos a analizar la cuestión objeto de este comentario y que no es otro que la Universidad Pública española. En este ámbito de la normativa específica vamos a encontrar la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades; el Real Decreto 898/1985 de 30 de abril; la normativa autonómica aplicable al caso que no es otra que la Ley 1/2003, de 19 de febrero de Universidades de Cataluña; los Estatutos de la Universitat Pompeu Fabra, aprobados por el Decreto 209/2003, de 9 de septiembre; y el Convenio colectivo aplicable en dicha Universidad.

En concreto, la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades de 21 de diciembre, después de las últimas reformas operadas en los últimos años, recoge una serie de preceptos en los cuales se diseña la tipología de contratos laborales y funcionariales que pueden existir en el seno de dichas entidades. Estos preceptos son el artículo 48 y el artículo 53. El primero de ellos, señala que para la contratación de personal docente e investigador las Universidades pueden acudir a las modalidades de contratación previstas en el TRET o bien a las modalidades de contratación específicas previstas para el ámbito universitario en su normativa específica. Si acuden al TRET podrán realizar:

- Contratos de sustitución para el caso de interinidades de personas con derecho a reserva de puesto de trabajo,
- Contratos de obra o servicio determinado para contratar a personal investigador, técnico u otro personal, para realizar proyectos de investigación científica o técnica, es decir, tareas no docentes.

Si por el contrario acuden a modalidades de contratación específicas del ámbito universitario, las modalidades laborales que pueden utilizar son Ayudante, Ayudante Doctor, Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante. En estos casos supletoriamente será de aplicación lo previsto en el TRET.

Por su parte, el artículo 53 de la Ley Orgánica de Universidades, en rela-

ción con el Profesor Asociado, fija las siguientes reglas:

- El contrato se celebrará con especialistas de “reconocida competencia” que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario.
- La finalidad del contrato será la de desarrollar tareas docentes, para aportar sus conocimientos y experiencias profesionales obtenidas fuera de la universidad.
- El contrato será temporal y con dedicación a tiempo parcial.
- La duración del contrato será trimestral, semestral o anual, y se podrá renovar por períodos de igual duración, siempre que se “siga acreditando el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario”.

Para completar esta regulación el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario dispone en su artículo 20 varios aspectos de gran importancia para el caso que estudiamos. En concreto, el artículo 20.2 considera que se entenderá por “desarrollo normal de actividad profesional, el ejercicio, fuera del ámbito universitario, de cualquier actividad profesional remunerada de aquellas para las que capacite el título académico que el interesado posea durante un período mínimo de tres años dentro de los cinco anteriores a su contratación como profesor asociado por la Universidad”.

Ese mismo artículo, en el su punto 9 señala que los estatutos de las universidades establecerán la duración máxima de estos contratos de asociados, su carácter o no de renovables, las condiciones en que, en su caso, las sucesivas renovaciones pueden producirse y el número máximo de éstas. Son los Estatutos por tanto de las Universidades, los habilitados para fijar las reglas para controlar en el seno de las mismas la utilización abusiva de los contratos de duración determinada. En el epígrafe 11 del mismo artículo señala que la extinción del contrato de profesor asociado por expiración del tiempo convenido no dará derecho a indemnización alguna, lo que no deja de ser un trato diferente, si comparamos esta modalidad contractual con un trabajo fijo estable en la misma institución, e incluso con un trabajo de duración determinada en el sector privado.

Ya en el seno de la Comunidad Autónoma destaca la Ley 1/2003 de 19 de febrero de Universidades de Cataluña, que señala en su artículo 43.1 la identidad de derechos que debe existir entre el profesorado contratado permanente y el profesorado de los cuerpos docentes universitarios, pero no así respecto de los contratados temporalmente, al menos en la proporcionalidad que sería deseable a tenor del Acuerdo Marco Europeo. Respecto del profesor asociado prácticamente reproduce el artículo 53 de la Ley Orgánica de Universidades.

Lo mismo podemos comentar respecto a los Estatutos de la Universitat Pompeu Fabra, aprobados por el Decreto 209/2003, de 9 de septiembre, en

cuanto a definición del profesor asociado. Ahora bien, el Convenio colectivo para el personal docente e investigador de las universidades públicas catalanas aplicable en el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2006 y el 31 de diciembre de 2009, en su artículo 16.3 señala que “en cuanto al requisito del ejercicio de la actividad profesional para poder participar en los concursos de profesorado asociado, este requisito se considerará satisfecho cuando los candidatos acrediten un mínimo de dos años de actividad laboral de los últimos cuatro, por cuenta ajena o por su cuenta”¹, y lo que resulta realmente llamativo añade “o bien mediante cualquier otra alternativa que cada universidad pueda acordar con el correspondiente comité de empresa”. Estamos pues ante una discrecionalidad absoluta de las Universidades y sus comités de empresa al margen de las previsiones mínimas que fija la ley.

4. REGULACIÓN ACTUAL DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES

Después de las primeras conclusiones que extraemos de los puntos anteriores, en cuanto a la aleatoriedad de las definiciones y naturaleza jurídica del contrato de profesor asociado en el seno de algunas universidades españolas, en el sentido de quedar desdibujados su contenido, requisitos, etc. llegamos a la suspensión del artículo 15.5 TRET y la Disposición Adicional decimoquinta del mencionado texto refundido.

En la fecha en la cual ocurren los hechos, año 2012, estaba en suspenso el artículo 15.5 que prohibía el encadenamiento de contratos temporales en el sentido de aquellos trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, directamente o a través de contratos de puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con la misma o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. Como decimos dicho contenido queda en suspenso hasta el 31 de diciembre de 2012, conforme establece el artículo 5 del R.D.-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, en la redacción dada al mismo por el artículo 17 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. A esto debemos

¹ Esto supone una rebaja de requisitos respecto de lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto 898/1985.

añadir lo dispuesto por el número 2 del mencionado artículo 5, que establece que quedará excluido del cómputo de 24 meses y del periodo de 30 a que se refiere este artículo 15.5, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas. Esto hubiera sido de gran importancia a efectos de computar el tiempo que el interesado llevaba con contratos temporales pero resulta que la Disposición Adicional decimoquinta del TRET señala la aplicabilidad del contenido anterior a las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, si bien “no será de aplicación” respecto a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley 6/2001 de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de Ley. Nuevamente acudimos a una situación de excepción en el cumplimiento de lo que entendemos son garantías legales para el trabajador temporal en el seno de la Administración pública, sin que en dicha norma citada se explique cuáles son las causas objetivas y proporcionadas que justifican esta diferencia de trato.

5. EL CASO CONCRETO A ANALIZAR

En el presente caso el demandante, el Sr. Antonio Márquez Samohano celebra con la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona un contrato de profesor asociado inicialmente para un periodo determinado que se corresponde con el curso académico 2008-2009 y que posteriormente es renovado hasta en tres ocasiones, por cursos académicos consecutivos hasta llegar al 28 de julio de 2012.

El 29 de junio del año 2012 el interesado recibe una notificación de la mencionada Universidad indicándole que cesaría en la prestación de servicios el día 28 julio de ese mismo año, dado que la duración del contrato de duración determinada había llegado a su fin con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 6/2001 y el artículo 20 del Real Decreto 898/1985.

Si recordamos lo que esos dos preceptos señalan como requisitos para celebrar un contrato de profesor asociado, encontramos en, primer lugar, que debe celebrarse con especialistas de “reconocida competencia” que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario y en, segundo lugar, que la finalidad del contrato será la de desarrollar tareas docentes, para aportar sus conocimientos y experiencias profesionales obtenidas fuera de la universidad. Por su parte el artículo 20.2 del RD 898/1985, describe como hemos señalado anteriormente, lo que debe entenderse por desarrollo

normal de la actividad profesional y se refiere “el ejercicio, fuera del ámbito universitario, de cualquier actividad profesional remunerada de aquellas para las que capacite el título académico que el interesado posea durante un período mínimo de tres años dentro de los cinco anteriores a su contratación como profesor asociado por la Universidad”. Respecto de estos requisitos, el juzgado que conoce en primera instancia del asunto que analizamos aclara que el demandante, cuando firmó el primer contrato de trabajo, firmó también una declaración en la que constaba que pretendía compatibilizar la actividad como profesor asociado con una actividad en el sector privado, aunque en dicho momento aún no la desempeñaba, con posterioridad, en los siguientes contratos firmados ni suscribió ninguna otra declaración de este tipo ni tampoco se le preguntó sobre tal aspecto, habiendo puesto en conocimiento el interesado a sus superiores que el trabajo en la universidad era su única actividad profesional².

Posteriormente a estas fechas, el 12 de septiembre de 2012, el interesado presentó una demanda contra la Universidad Pompeu Fraba ante el juzgado de lo social número 3 de Barcelona solicitando la declaración de nulidad de su despido o subsidiariamente la improcedencia del mismo por considerar que su contrato y las prórrogas posteriores realizadas se han realizado en fraude de ley porque los requisitos legales del contrato de profesor asociado no se cumplían y además no concurría la causa legal para que pudiera celebrarse un contrato temporal ya que las necesidades docentes eran permanentes.

El juzgado que conoce del asunto destaca varias ideas de gran importancia. En primer lugar, destaca que en el sector privado cuando se declara la ilegalidad de un contrato de duración determinada bien sea por fraude de ley bien por encadenamientos sucesivos, la consecuencia es que se presume que son contratos por tiempo indefinido y el empresario por tanto, sólo puede extinguir dicha relación a través del despido del trabajador acompañando dicho despido con la correspondiente indemnización. Sin embargo, en el sector público no ocurre igual, ya que la mencionada Disposición Adicional decimoquinta del TRET, señala respecto al encadenamiento de contratos, que sus reglas no serán de aplicación respecto a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley 6/2001 de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de Ley. De manera que los trabajadores “indefinidos no fijos” del sector público no se asimilan a los trabajadores fijos de este sector que tendrían el mismo tratamiento que un trabajador fijo en el sector privado. Pero tampoco se asemejan al trabajador con contrato de duración determinada recogido en la cláusula 3 del Acuerdo Marco Europeo que hemos analizado más

² Por tanto, puede observarse como ya en la primera instancia judicial se reconoce un incumplimiento de lo previsto en la Ley Orgánica de Universidades y en el Real Decreto 898/1985.

arriba. Por la tanto, la pregunta es que naturaleza y régimen jurídico debemos aplicar a estos contratos particulares previstos en la normativa universitaria.

Para responder a esta pregunta el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona plantea al Tribunal de Justicia Europeo varias cuestiones prejudiciales:

- ¿la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a ella una norma legal interna como los artículo 48 y 53 de la Ley 6/2001 de Universidades, que no fija un límite temporal de contratos de trabajo sucesivos y no se prevé por tanto en el derecho interno que evite el uso abusivo de contratos de duración determinada para los profesores universitarios?.
- ¿el concepto de trabajador con contrato de duración indefinida definido en la cláusula 3 del Acuerdo Marco, para tener el término comparativo con aquel trabajador que tiene un contrato de duración determinada, debe ser entendido como un concepto contrario a la Disposición Adicional Decimoquinta sobre extinción de un contrato por cobertura e la vacante o puesto ocupado?
- Si en el derecho interno para prevenir el uso abusivo de la contratación de duración determinada en el seno del sector privado se reconoce la conversión del contrato indefinido y su consiguiente indemnización si el empleador quiere prescindir de sus servicios, no siendo así en el sector público ¿constituye una medida apropiada en los términos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco que se reconozca el mismo derecho a percibir indemnización cuando estemos ante casos de trabajadores indefinidos del sector privado y del público? o lo que es lo mismo, ¿por qué realizamos la diferenciación en el sector privado y público, sólo en los casos de contrato de duración determinada?.

Antes de analizar las respuestas dadas por el Tribunal Europeo a estas cuestiones prejudiciales, destacar que la argumentación del Gobierno español se centra en la idea de que para el profesor asociado su actividad docente es accesoria a una actividad externa a la universidad como especialistas de reconocida competencia, por lo que el recurso a sucesivos contratos de trabajo no puede en ningún caso dejar al interesado en situación de precariedad, además esta figura contractual no estaría incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo marco.

El Tribunal europeo respondiendo a todas estas cuestiones señala lo siguiente:

- El ámbito de aplicación del Acuerdo Marco se ha definido con bastante amplitud pues en él están incluidos “los trabajadores con un trabajo de duración determinada” cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro. Se engloba a estos trabajadores con contrato

de duración determinada sin establecer diferencias en función del carácter privado o público del empleador³. De esto se deduce que el caso de un profesor asociado de una universidad con contrato de duración determinada estaría incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco.

- Las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco se refieren al respeto del principio de no discriminación entre trabajadores con contratos de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos y a las medidas para la utilización abusiva de esos contratos⁴.
- Las cláusulas anteriores imponen a los Estados miembros la obligación de adoptar medidas sobre esta materia que sean efectivas y vinculantes, si no existieran ya en su Derecho interno medidas legales equivalentes. Estas medidas deben basarse en razones objetivas que justifiquen las sucesivas renovaciones de los contratos de duración determinada y que fijen la duración máxima de los respectivos contratos.
- En el caso que estamos analizando los Estatutos de la Universidad Pompeu Fabra y respecto de los profesores asociados no establecen esas medidas sobre la duración máxima total de los contratos, ni límite alguno al número de renovaciones.
- A pesar de que pudiera parecer lo contrario, en el caso analizado, el Tribunal Europeo considera que de la normativa nacional se desprende que la celebración y renovación por parte de las universidades de contratos de duración determinada con profesores asociados, están justificadas por la “necesidad de confiar a especialistas de reconocida competencia, que acrediten que ejercen su actividad profesional fuera de la universidad, se justifica el desarrollo a tiempo parcial de tareas docentes específicas para que puedan aportar sus conocimientos y experiencias profesionales a la universidad” y deben mantenerse estos requisitos para renovar los contratos. Sin perjuicio de que incumbe al juzgado remitente comprobar el cumplimiento de estos requisitos ya que tiene la competencia exclusiva para interpretar el Derecho nacional.
- Además la naturaleza de la actividad docente en cuestión y las características inherentes a tal actividad pueden justificar el uso de contratos de duración determinada. Aunque los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren

³ En este sentido pueden consultarse las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo de 4 de julio de 2006, C-2012/04, Adeneler y otros; y STJUE de 11 de abril de 2013, C-290/12, Delle Rocca.

⁴ Puede consultarse, STJUE de 26 de enero de 2012, C-586/10, Küçük y STJUE de 23 de enero de 2012, asunto C-378/07, Angelidaki

una necesidad permanente de las universidades, en la medida en que el profesor asociado, en virtud de tal contrato de trabajo ejecuta tareas bien definidas que forman parte de las actividades habituales de las universidades, no es menos cierto que la necesidad en materia de contratación de profesores asociados sigue siendo temporal en la medida en que se considera que este profesor retomará su actividad profesional a tiempo completo cuando se extinga su contrato

- Por tanto la normativa nacional que estamos analizando es compatible con las cláusulas del Acuerdo Marco, en la medida en que concurren razones objetivas que justifican esta forma de contratación y es el juez nacional el que debe comprobar si los requisitos de la norma nacional se cumplen o no, comprobando concretamente que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada con profesores asociados trata de atender a necesidades provisionales y no se utilicen para cubrir necesidades permanentes y duraderas de las universidades en materia docente.

6. CONCLUSIONES

En cuanto a conclusiones debemos destacar varias. En primer lugar, la propia notificación que el recibe el interesado el día 29 de junio de 2012, reconoce la aplicabilidad de los requisitos contenidos en el artículo 53 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades y en el Real Decreto 898/1985. Es ese artículo 53 de la mencionada ley el que fija como requisitos para poder celebrar el contrato de profesor asociado que la duración sea trimestral, semestral o anual, pudiendo ser renovado “siempre que se cumpla y acredite el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito universitario”, requisito que no se cumple en el supuesto analizado. Por tanto, se incumple por el Estado español la obligación de establecer una duración máxima para estos contratos y un número máximo de renovaciones posibles.

A esto añade el artículo 20 del Real Decreto 898/1985 lo que debe entenderse por ejercicio de una actividad profesional fuera del ámbito universitario, concepto que resulta matizado por el Convenio colectivo aplicable en la Universidad Pompeu Fabra en el sentido de considerar cumplido dicho requisito “mediante cualquier otra alternativa que cada universidad pueda acordar con el correspondiente comité de empresa”. A pesar de esta arbitrariedad lo cierto es que en este convenio no se dice que dicha alternativa pueda ser “no tener ninguna actividad profesional fuera del ámbito universitario” o al menos no se dice así en la normativa aplicable, por lo que entendemos que en el presente caso se conculcan todas las disposiciones normativas aplicables al mismo.

Lo que hace el Tribunal de Justicia Europeo es remitir al juez nacional el

examen de esta cuestión para que concluya en este sentido antes indicado, al menos previsiblemente y teniendo en cuenta que dicho Tribunal nacional en el considerando 25 de la sentencia así lo afirma como hecho probado. Por tanto, el contrato de profesor asociado celebrado con el Sr. Márquez no cumple con los requisitos legales nacionales ni con los previstos en el Acuerdo Marco europeo pero esto debe ser declarado por el Tribunal nacional.

En tercer lugar, se produce claramente una diferencia de trato entre trabajadores permanentes y trabajadores con contrato de duración determinada en el ámbito del sector público universitario, ya que estos últimos, cuando su modalidad contractual sea la de profesor asociado no tendrán derecho a ninguna compensación económica al finalizar dicho contrato, no siendo cierto el argumento que esgrime el Gobierno español en su defensa en el sentido de que dicha actividad desempeñada en la Universidad por estos profesores, es una actividad accesoria para el mismo y no queda por tanto en situación de precariedad. En este caso concreto que comentamos, el Sr Márquez comunica a la Universidad Pompeu Fabra que su vínculo contractual era su única fuente de ingresos.

Y en cuarto y último lugar, en cuanto a la suspensión de las garantías legales para evitar el encadenamiento de contratos temporales, la Disposición Adicional decimoquinta del TRET declara su no aplicabilidad respecto de las modalidades contractuales previstas en la Ley Orgánica de Universidades, lo que constituye, como ya señalamos anteriormente, una excepción de dudosa objetividad.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Universidad Pablo de Olavide

LA NECESARIA CONCURRENCIA DE UNA CAUSA JUSTIFICATIVA EN LA JUBILACIÓN FORZOSA DE LOS MÉDICOS

*Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2014,
Sala de lo Contencioso-Administrativo*

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA*

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador prestaba servicios como médico especialista en medicina intensiva, tras su nombramiento como personal fijo estatutario, ostentando la categoría de Jefe de sección del Hospital y siendo titular de una licencia sindical. Antes de cumplir los 65 años, solicita su permanencia en el servicio activo, que le es denegada, en la primera reclamación y en reposición, sobre la base del Plan de Ordenación de Recursos Humanos (en adelante PORH) aprobado por el Instituto de Salud Autonómico, antes de que cumpla los 65 años, debido a que la prórroga en el servicio activo únicamente se concede de forma excepcional en las especialidades previstas por el PORH, entre las que no se encuentra la desempeñada por el trabajador. Agotada la vía administrativa, su representante en el proceso interpone una demandada contenciosa, que resuelve la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2012 (recurso nº 1112/2009) más de dos años y medio después de que se produjera el cese, a favor del trabajador jubilado forzosamente, sobre la base del artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (en adelante EMPS). Frente a esta sentencia, la representación procesal del Instituto de Salud interpone un recurso de casación, que resuelve la STS de 27 de junio de 2014, de lo contencioso-administrativo, recurso de casación nº 2755/2012, favorable al empresario público, cuando el trabajador va a cumplir 70 años, que es objeto del presente comentario.

RESUMEN: El pronunciamiento judicial sostiene que el trabajador no tiene derecho subjetivo a la prórroga, sino que ésta será concedida cuando sea necesaria su continuidad en el servicio activo, en la dirección que ha mantenido el TS en otras sentencias, aunque la Administración Autonómica tiene

* Profesora Ayudante Doctor (acreditada como Contratada Doctora) del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

que justificar tanto la decisión de la jubilación forzosa como de la prórroga suficientemente, sobre la base del PORH y del caso concreto, pudiendo impugnarse indirectamente el PORH. Entendiendo que concurren los presupuestos necesarios para la jubilación forzosa, la Sala estima el recurso de casación presentado por el empresario público, anulando la STSJ de Cataluña que concedió la continuación en el servicio activo al trabajador, si bien devuelve al TSJ que conoció en instancia con el fin de que valore algunas cuestiones que la Sala considera de Derecho Autonómico.

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES DE INTERÉS DE LA SENTENCIA Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
2. EL MARCO REGULADOR DE LA JUBILACIÓN FORZOSA DE LOS MÉDICOS
3. LA JUBILACIÓN COMO DERECHO INDIVIDUAL DEL MÉDICO Y LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO POR RAZÓN DE EDAD POR INTERÉS COLECTIVO
4. LA EXCEPCIONAL PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA DE LOS MÉDICOS
5. EL PORH COMO BASE PARA JUSTIFICAR LA JUBILACIÓN FORZOSA
6. LA NECESARIA JUSTIFICACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO EN ATENCIÓN A LA CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO
7. UN BREVE EPÍLOGO DE LAS CUESTIONES PENDIENTES

1. ANTECEDENTES DE INTERÉS DE LA SENTENCIA Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Dejando al margen las reclamaciones producidas en vía administrativa contra la decisión del Director General de Instituto de Salud Autonómico competente realizadas sobre la base del PORH de no autorizar la prórroga y también la demanda interpuesta por el trabajador en primera instancia en el TSJ de Cataluña que originan el presente recurso de casación, debe destacarse que el Auto del TS de 26 de junio de 2013 admite parcialmente el recurso de casación interpuesto por el empresario público que resuelve la sentencia aquí comentada, si bien deniega el tercer motivo, entrando a conocer la STS aquí comentada sobre las siguientes pretensiones: Primer motivo: el Director General del Instituto de Salud Autonómico competente denegó la solicitud de prórroga en el servicio activo sobre la base de un PORH que fue anulado parcialmente por una sentencia distinta dictada en primera instancia, pero que el Tribunal Supremo, en otro asunto distinto, declaró válido con posterioridad a la publicación de la sentencia de instancia. Según la representación procesal de la Administración Pública, la Sala que conoció por primera vez de este caso no tuvo en cuenta estos pronunciamientos, que confirmaban la validez del PORH. Segundo motivo, conectada con esta cuestión, la representación procesal de la Administración Pública considera que la STJS recurrida en casación aplica de forma errónea el sistema de fuentes, dado que las resoluciones del Director Ge-

neral del Instituto de Salud Autonómico competente, realizadas sobre la base del PORH, se dictaron cuando estaba aún vigente el PORH. Cuarto motivo, la parte recurrente sostiene que existe una contradicción entre el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) y la interpretación judicial realizada por los Tribunales del artículo 26.3 del EMPS. Quinto motivo, la parte recurrente igualmente argumenta que existe una infracción de las STS de 6 de noviembre de 2009 y 25 de marzo de 2009, en relación con la nulidad del PORH aplicada por el Tribunal de instancia, que se consideró más tarde conforme a Derecho en virtud de las sentencias citadas.

El Tribunal Supremo desestima los motivos uno, dos y cinco planteados en el recurso de casación, sin embargo, dado que el TSJ no pudo, a su juicio, ni conocer pronunciamientos judiciales pendientes, ni tampoco aplicar sentencias que después se declararon firmes, sin que además desconozca el sistema de fuentes, al considerar que el PORH no tiene el carácter de disposición general. De manera que la Sala entra sólo a valorar el motivo cuarto, dado que el tercero, como antes se indicó, fue inadmitido mediante Auto del Tribunal Supremo, centrandó el fallo en la contradicción antes referida entre el artículo 67.3 del EBEP y el artículo 26.3 del EMPS, con los siguientes argumentos:

1. El artículo 33 de la Ley 30/1984 regula el derecho del funcionario a permanecer en el servicio activo, que ha sido sustituido, respecto del personal de los servicios de salud, por el artículo 26.3 del EMPS, que dispone “una mera facultad de solicitar la prórroga”, según indica expresamente la Sala, que exige la respuesta motivada de la Administración Pública, de acuerdo con lo que se extrae del tenor literal del artículo 26.3 del EMPS, “en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de los recursos humanos”. Por lo que la Sala entiende, según se recoge en el fundamento jurídico quinto, que la norma no establece un derecho automático del médico a la prolongación de la vida activa, sino tan sólo el derecho a la solicitud de la prórroga en la actividad, que le será concedida o denegada de forma motivada.

2. Según la Sala, el artículo 26.2 del EPMS únicamente dispone la posibilidad de prorrogar la actividad hasta los setenta años, lo que permite concederla por un tiempo inferior, según las necesidades detectadas en los PORHs, siempre que se respete el referido límite de los setenta años.

3. En función de las “necesidades del servicio”, según se recoge en el fundamento jurídico quinto, apartado segundo, la prórroga puede otorgarse hasta el máximo de los setenta años, recordando que el ATC de 23 de abril de 2013 (RTC 85/2013), en el conflicto de competencias entre la Ley del Parlamento de Cataluña, de 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, y el EMPS, que sostenía que “la jubilación forzosa a los 65 años

es la regla general, siendo la prórroga en el servicio activo algo excepcional supeditada a varios condicionantes”, lo que impide a las CCAA alterar la regla general (jubilación forzosa) por la excepción (prolongación en el servicio activo), aunque las CCAA pueden emplear la jubilación forzosa como medida para gestionar eficazmente la plantilla, e incluso pueden definir las causas que operan tanto para la jubilación forzosa como para la prolongación en el servicio activo.

No obstante, como antes se indicó, la Sala devuelve las actuaciones al TJS con el fin de que se pronuncie sobre las cuestiones recogidas en el fundamento séptimo planteadas por el trabajador (la influencia que tiene en el caso su condición de liberado sindical, si la solicitud de prórroga fue concedida por silencio administrativo, si el órgano competente para denegar la solicitud era el Director General del Instituto de Salud Autonómico, la nulidad del PORH por el incumplimiento del perceptivo informe de financiación) que la Sala entiende como materias de Derecho Autonómico, aunque pueda discutirse la decisión de remitir al órgano de instancia la cuestión relativa a la condición de liberado sindical del trabajador.

Este pronunciamiento judicial se inserta en la misma dirección de otros muchos fallos recaídos en el sector sanitario sobre la jubilación forzosa que han tenido como escenario los intentos de la Administración Pública por paliar la crisis económica actual¹, y que han puesto de manifiesto la amplia flexibilidad con la que se ha venido admitiendo y se admite la extinción de la relación laboral para los profesionales médicos al servicio de la Administración Pública. Lo que ha dado lugar a muchos pronunciamientos judiciales contradictorios, tanto favorables a la Administración Pública como al trabajador, que parecen ahora seguir una tendencia hacia la unificación de criterios en fallos judiciales como el analizado en estas páginas, donde se establecen una serie de razonamientos comunes tanto para la jubilación forzosa como para la prolongación en el servicio activo².

Por lo que interesa destacar los argumentos ofrecidos por el TS en la solución del caso planteado, en conexión con otros fallos dictados anteriormente que también resuelven una cuestión semejante a favor de la Administración Pública, así como respecto de los argumentos utilizados por los TSJ, que han seguido la línea marcada por el TC y por el propio TS, llevando esta cuestión al

¹ Ollo Luri, M.P. y Zuazu Moreno, A.: “La prórroga de permanencia en el servicio activo constituye un derecho adquirido: nulidad de jubilación forzosa”, *Revista Aranzadi Social*, nº 2, 2014; OLLO URI, P.: “La readmisión de los médicos jubilados”, *Actualidad de Aranzadi Social*, nº 882, 2014.

² Un estudio amplio sobre los pronunciamientos judiciales claves, DÍAZ DELGADO, J.: “El derecho a prolongar la jubilación forzosa hasta los 70 años por los médicos de la Seguridad Social en función de las previsiones del Plan de Ordenación de Recursos Humanos”, disponible en www.ajs.es/descarga/attach/547.

terreno de la no discriminación por razón de edad, para resolver en favor de los profesionales del sector sanitario que desean continuar prestando servicios más allá de una cierta edad, cuando el empresario no ofrece una solución razonada al cese en el servicio activo.

Para realizar este análisis, nos detendremos en las normas reguladoras de la extinción por razón de edad en la Administración Pública centrándonos en aquellas que afectan directamente al personal estatutario; abordaremos el marco regulador de la jubilación forzosa de estos profesionales, incidiendo en la intervención de las CCAA para la concreción del PORH; se considerará el derecho a la jubilación y la extinción del contrato de trabajo por razón de edad, así como la causas que justifican la prolongación en la vida activa y el cese en la prestación de servicios; para concluir con una valoración sobre el estado de la cuestión.

2. EL MARCO REGULADOR DE LA JUBILACION FORZOSA DE LOS MÉDICOS

2.1. Breve referencia a las diferentes normas que ordenan la prestación de servicios del personal sanitario

El EMPS dispone que la jubilación forzosa se declarará al cumplir 65 años, salvo que el empleado público solicite la prórroga (que durará hasta cumplir, como máximo 70 años), siempre que “quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento” (artículo 26.2 del EMPS). Según indica este mismo precepto, “esta prolongación deberá ser autorizada por el Servicio de Salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los Planes de Ordenación de Recursos Humanos”. De acuerdo con el EBEP a algunos empleados públicos, entre los que se encuentran el personal estatutario de los Servicios de Salud, les será de aplicación la legislación específica del Estado, o las Comunidades Autónomas cuando tengan atribuidas competencias específicas en la materia, sin que les afecte, en lo que aquí interesa, el artículo 14.n) del EBEP, que se refiere al derecho a la jubilación forzosa de los empleados públicos, derecho regulado en el artículo 67 del EBEP, que dispone la declaración de oficio de la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años, salvo que se solicite la prolongación en la vida activa, admitida o denegada de forma motivada por la Administración Pública, hasta los setenta años. Dado que el artículo 67 del EPBEP no ha sido objeto del correspondiente desarrollo reglamentario, y tratándose el EMPS de la norma especial aplicable a los profesionales sanitarios, entre los que se incluyen los médicos, es el EMPS la norma central a considerar.

Sin embargo, se debe diferenciar en función del régimen jurídico aplicable a los distintos profesionales sanitarios. Por un lado, el Real Decreto 866/2001, de 20 de julio, por el que se crean las categorías y modalidades de médicos de urgencia hospitalaria y de médicos de admisión y documentación clínica en el ámbito de las instituciones sanitarias del INSALUD, regula las competencias y las condiciones de trabajo de los médicos del Estado, aunque no establece nada específico, en lo que aquí interesa, sobre la jubilación forzosa de los profesionales sanitarios contratados por el Estado, por lo que será de aplicación lo dispuesto en el EMPS, que regula, como se ha indicado, con carácter general a estos profesionales sanitarios. No obstante, el Estado decidirá sobre su cese, por lo que conviene tener en cuenta esta singularidad a los efectos de aplicar el PORHs correcto. Por su parte, las CCAA con competencia en asistencia sanitaria, en función de las facultades concedidas en cuanto a la ordenación de las plantillas dependientes de su Administración, han concretado esta regulación en diversas ocasiones, respecto de los profesionales sanitarios autonómicos, utilizando los PORHs consensuados con los sindicatos para justificar en el caso concreto la concurrencia de una causa para el cese. De otro lado, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, añadió la disposición adicional decimosexta al EMPS, que establece la integración, en el plazo improrrogable del 31 de diciembre de 2013, de los médicos, practicantes y matronas titulares de los servicios sanitarios existentes en las Corporaciones locales que desarrollen estas actividades en los servicios de salud como personal estatutario fijo, quedando insertos en el EMPS, o bien en los órganos administrativos de las CCAA que no pertenezcan a las instituciones sanitarias públicas, en la línea con lo dispuesto también en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que vuelve nuevamente a recordar la necesidad de que la competencia sanitaria sea asumida por las CCAA, y no por los Entes Locales.

En consecuencia, lo referido a la jubilación forzosa de los médicos adscritos a los Servicios Públicos de Salud generalmente se resuelve en las CCAA, dado que la mayoría de los facultativos pertenecen a la red pública de centros sanitarios creada o gestionada, en virtud de la transferencia o asunción de competencias, por las distintas CCAA, o bien han sido profesionales adscritos a corporaciones locales integrados, en virtud del Real Decreto-ley 16/2012, en los Centros Sanitarios Autonómicos.

2.2. La facultad de las CCAA para regular la jubilación forzosa de los médicos

Con ocasión de la actual crisis económica, y en el ejercicio de las competencias atribuidas por la CE, la mayoría de las CCAA han decidido limitar la

prolongación en el servicio activo de los médicos, imponiendo la jubilación forzosa de los médicos a una determinada edad (65 años)³. En algunas CCAA, como Andalucía, el cese de la prestación de servicios se produce incluso con efectos retroactivos, cuando la prolongación en el servicio activo se hubiera producido antes de la fecha en la que se establece la jubilación forzosa para el personal facultativo afectado por la medida, sin perjuicio de que los profesionales especialmente destacados por su competencia profesional, siempre que reúnan ciertos requisitos legales dispuestos en el EMPS y en los PORHs, entre los que se encuentra la capacidad para realizar las actividades de consultoría,

³ En Andalucía, Resolución de 11 de abril de 2014, de la Dirección General de personal y desarrollo profesional del Servicio Andaluz de Salud, por la que se declara la jubilación forzosa del personal afectado por el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. En Cataluña, Resolución de 25 de junio de 2008, por la que se publica el Plan de Ordenación de los Recursos Humanos del Instituto Catalán de Salud; Resolución de 23 de diciembre de 2013, por el que se publica el Plan de Ordenación de los Recursos Humanos del Instituto Catalán de Salud 2012-2015. En Asturias, Acuerdo de 11 de noviembre de 2009, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio de Salud del Principado de Asturias. En Castilla y León, Orden de 27 de diciembre de 2012, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo, Orden de 13 de febrero, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos para la Reestructuración de la Atención Primaria en la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, Resolución de 29/01/2014, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, en el que se determinan las medidas a adoptar respecto al personal destinado en las Gerencias de Atención Primaria y Atención Especializada de Albacete por la implantación de la nueva Gerencia de Atención Integrada. En Canarias, Resolución de 5 de febrero de 2013, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 24 de enero de 2013, que aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de jubilación y prolongación voluntaria de la permanencia en el servicio activo del personal funcionario y estatutario adscrito a las instituciones sanitarias integradas en el Servicio Canario de la Salud. En Madrid, Resolución de 25 de marzo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud, por la que se procede a la aplicación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud en materia de jubilación forzosa y de prolongación y prórroga de la permanencia en el servicio activo del personal estatutario. En Castilla La Mancha, Resolución de 27 de marzo de 2013, de la Secretaría General, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de marzo de 2013, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, en el ámbito de la movilidad del personal del Sescam. En Valencia, Orden de 7 de junio de 2013, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa. En Aragón, Orden de 3 de diciembre de 2013, del Consejero de Hacienda y Administración Pública, por la que se da publicidad al Acuerdo de 19 de noviembre de 2013, del Gobierno de Aragón. En la Rioja, I Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Riojano de Salud, II Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Riojano de Salud 2009-2011, aprobado el 13 de julio de 2009, prorrogado hasta el 2013; III Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Riojano de Salud 2013-2015; IV Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Riojano de Salud para reasignar efectivos de varias zonas básicas, Resolución de 2 de agosto de 2013. Por otra parte, aprobado el Plan de Ordenación de los Recursos Humanos 2014-2016 del País Vasco que facilita la jubilación forzosa, la única CC.AA. donde no se regularía la jubilación forzosa para los profesionales médicos, según la información disponible, sería Extremadura, aunque también prepara un PORH que la haría posible.

de elaboración de informe y de docencia, puedan continuar su prestación de servicios como profesionales eméritos⁴, por un período máximo de cinco años, manteniendo de forma vitalicia esta condición, tras el transcurso del plazo indicado y la extinción del nombramiento, para la colaboración voluntaria y gratuita en actividades relacionadas con la especialidad médica ejercida antes de la edad de jubilación forzosa. Como argumento para justificar estas decisiones extintivas, al igual que sucede en el presente caso, las Administraciones Autonómicas han esgrimido la reducción y contención del gasto público, utilizando como base el PORH de las correspondientes Consejerías de Salud, lo que convierte a este instrumento en una herramienta esencial para la concreción de la política de personal, como se destaca en el presente pronunciamiento judicial, cumpliéndose de esta forma con lo establecido en el EMPS.

En este sentido, los PORHs vigentes disponen la prórroga en el servicio activo, cumplido los requisitos legales que originan la jubilación forzosa (la edad de jubilación, el derecho a causar la prestación de jubilación contributiva)⁵, salvo que el trabajador no reúna los requisitos para causar la jubilación, lo que no puede considerarse técnicamente como una prolongación en el servicio activo originada por una decisión de jubilación forzosa, tratándose de una disposición discutible como tendremos ocasión de analizar en el apartado correspondiente al estudio de las causas justificativas del cese. Esta prolongación en el servicio activo, según se indica en los PORHs vigentes examinados, se producirá de forma excepcional⁶, cuando existan razones que lo justifiquen en el caso concreto, y generalmente por el plazo máximo de un año⁷, como recu-

⁴ Decreto 155/2005, de 28 de junio, por el que se regula el procedimiento para el nombramiento de personal emérito y se procede a la creación de un registro específico para este personal en el Servicio Andaluz de Salud.

⁵ Con la única excepción del III PORH de la Rioja (2013-2015) que rechaza la prolongación en el servicio activo.

⁶ Acuerdo de 11 de noviembre de 2009, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio de Salud del Principado de Asturias; Orden de Castilla y León, de 27 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo; Resolución de 23 de diciembre de 2011, por la que se publica el Plan de Ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de Salud; Resolución de 25 de marzo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud; Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad de Valencia, por la que se regula el procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las instituciones sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad.

⁷ Acuerdo de 11 de noviembre de 2009, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio de Salud del Principado de Asturias; la Resolución de 25 de marzo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud; Orden de 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad de Valencia; Plan de Ordenación de los Recursos Humanos 2014-2014 del País Vasco.

erda el pronunciamiento judicial que se analiza, salvo que concurren causas sobrevenidas, como son la pérdida de facultades del trabajador o la remoción de las causas justificativas de la prolongación en el servicio activo, por citar las más relevantes.

Esta ordenación se realiza sobre la base de la distribución de competencias. En este sentido, la CE le atribuye competencias de forma exclusiva al Estado sobre la regulación de la legislación laboral (artículo 149.1.7ª de la CE), lo que permite a las CCAA la fijación de aquellas cuestiones relativas a la gestión del personal, tanto funcionario como laboral, siempre de acuerdo con las normas estatales que determinan las disposiciones básicas y, en el caso, de los trabajadores laborales, de acuerdo con el ET. En este sentido, el EMPS regula con carácter general, como se ha indicado, la prestación de servicios de los profesionales sanitarios integrados en los servicios públicos de salud, pudiendo las CC.AA. concretar, en virtud de la transferencia de competencias habidas en esta materia, las condiciones de empleo y de trabajo de estos funcionarios autonómicos, siempre que esta regulación autonómica sea respetuosa con la normativa básica y se realice en el marco de sus competencias.

En lo que aquí interesa, esto permite que las CCAA gestionen las plantillas de los Centros de Salud y Hospitales existentes en su territorio, siendo competentes para la regulación de los principios dispuestos en los PORHs, con independencia de que existan determinados condicionantes, impuestos por el Estado de acuerdo con sus competencias para la regulación de las condiciones básicas, que las CCAA deben respetar en la fijación de los mencionados principios esenciales informadores de los PORHs. Como sucede con las restricciones presupuestarias estatales, las condiciones relativas al ejercicio de las competencias inherentes al Estado, que se centran siempre en asegurar la unidad del territorio y la atención de las necesidades de los ciudadanos no cubiertas por las CCAA, o la propia regulación del sentido de la jubilación forzosa y la prolongación del servicio activo. En este sentido, el artículo 26.4 del EMPS faculta a las CCAA para la regulación de los mecanismos que incentiven al personal estatutario al acogimiento, en caso de que exista un PORH donde se detecten el exceso de trabajadores, a la jubilación voluntaria, total o parcial, lo que igualmente debe tenerse en cuenta como vía alternativa al recurso inmediato a la jubilación forzosa.

Por otro lado, esta distribución de competencias, que ha planteado numerosos conflictos desde la entrada en vigor de la CE como se sabe, permite que las CCAA incidan en las condiciones de empleo y de trabajo de quienes prestan servicios en Centros Hospitalarios autonómicos. En particular, las CCAA pueden determinar las causas justificativas del cese por razón de edad y la autorización relativa a la continuidad en el servicio activo, como sostuvo el ATC de 9 de Julio de 2013 (RTC 155/2013), que inadmitió la cuestión de

constitucionalidad nº 6111-2012 planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, que regulaba la jubilación forzosa de los médicos, limitando su prolongación de la vida activa. Sin embargo, las CCAA no pueden alterar varias cuestiones que se consideran básicas, como ha dispuesto la STS de 27 de junio de 2014, de lo contencioso-administrativo (recurso de casación nº 2755/2012), que entra a conocer sobre los límites del legislador autonómico en la regulación del cese por razón de edad de los médicos. Tales cuestiones son: a) la edad de los setenta años establecida como máximo para la jubilación del trabajador, b) el carácter excepcional de la prolongación de la vida activa, c) la obligatoria justificación del cese o la prórroga. Tampoco pueden las CCAA entrar a regular los requisitos de acceso a la prestación de jubilación, al tratarse de una competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.17ª de la CE). Esto impone un límite relevante en cuanto a la práctica de la jubilación forzosa de los empleados públicos, condicionando el cese del personal sanitario al cumplimiento de los requisitos regulados por el Estado para el acceso a la prestación de jubilación, al margen de que sea igualmente necesario que el profesional sanitario cumpla una cierta edad para practicar el cese.

Además, la regulación que pueden realizar las CCAA está condicionada no sólo por el propio marco normativo dispuesto por el Estado en relación con el personal sanitario, sino también por los derechos constitucionales; en lo que aquí interesa, el derecho fundamental a la no discriminación referido en el artículo 14 de la CE, y el artículo 35 de la CE, en conexión con el derecho al trabajo, como se analiza a continuación. Teniendo como función la CCAA establecer la planificación de los recursos disponibles, la detección de las carencias existentes, así como la elección de las medidas que resultan más adecuadas para cumplir los fines autonómicos fijados, sobre la base de lo dispuesto en los PORHs, como establece el artículo 13 del EMPS, que los identifica como instrumento básico de la planificación global de los servicios de salud, otorgándoles la facultad de concretar los objetivos marcados en materia de personal, así como los trabajadores con los que cuenta la Administración.

3. LA JUBILACIÓN COMO DERECHO INDIVIDUAL DEL MÉDICO Y LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO POR RAZÓN DE EDAD POR INTERÉS COLECTIVO

El artículo 26.2 del EMPS determina, en la misma línea que el EBEP, que la jubilación forzosa “se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años”,

admitiendo que el trabajador solicite la continuidad en el servicio activo, mediante una prórroga, que será concedida, hasta los 70 años de edad, “siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento”. Se trata de una regulación en estos extremos similar a la dispuesta en el EBEP, por lo que su aplicación no plantearía una modificación en el sentido de la regulación legal o la interpretación que viene realizándose del cese de los médicos⁸. De acuerdo con el artículo 26.2 del EMPS, “esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.

Por su parte, el artículo 26.3 del EMPS establece que se procederá a la prórroga a instancia del interesado, de forma automática, cuando “en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa”, que según se ha indicado es a los 65 años, “le resten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación”. Según este precepto, “esta prórroga no podrá prolongarse más allá del día en el que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual sea el importe de la misma, y su concesión estará supeditada a que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento”. En este sentido, el pronunciamiento judicial que se considera sostiene que la prolongación de la vida activa únicamente se

⁸ Según el artículo 14.n) del EBEP, los empleados públicos tienen derecho a “la jubilación según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables”, sin que los preceptos 52-54 del EBEP dispongan otros deberes distintos al desempeño de la prestación de servicios con diligencia. El artículo 63 del EBEP, inserto en el Título IV capítulo II “adquisición y pérdida de la relación de servicio”, que regula las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera, únicamente se refiere a la jubilación total del trabajador, precisada en el artículo 67 del EBEP, donde se indica que la jubilación puede ser: voluntaria, forzosa, por declaración de incapacidad o parcial. En lo que aquí interesa, este precepto regula el derecho del funcionario al acceso a la prestación de jubilación, al mismo tiempo que facilita la extinción del contrato de trabajo cuando se reúnan los derechos prestacionales, en aras a la consecución de un interés general que excede de la continuidad del empleado público en la vida activa tras el cumplimiento de la edad y de los requisitos de acceso a la jubilación. De hecho, el artículo 67.3 del EBEP, que regula la jubilación forzosa de los empleados públicos, establece la posibilidad de solicitar la continuidad cumplida la edad de jubilación hasta los setenta años, como máximo, en la que debe producirse la jubilación obligatoria. Este mismo precepto indica que la Administración deberá resolver, justificándolo en cada caso particular o concreto, la aceptación o denegación en la prolongación de la vida activa, como se analizará en el siguiente apartado. El artículo 21 del EMPS se refiere entre las causas de la pérdida de la condición de funcionarios, la jubilación.

entenderá realizada por un año, con una renovación igualmente anual⁹, salvo que concurren circunstancias que aconsejen la limitación de esta expectativa de continuar en el servicio activo tras la aprobación de la primera solicitud de prórroga. En esta dirección, algunos PORHs igualmente han determinado ese carácter anual de la prórroga en el servicio activo, lo que planteado algún pronunciamiento de interés, favorable a los médicos, cuando el PORH ha limitado, argumentando que la continuidad en el servicio activo únicamente debe entenderse realizada por un año, la prolongación de la vida activa previamente concedido a estos profesionales¹⁰.

No obstante, el artículo 26.3 del EMPS antes reproducido, al admitir la prolongación del servicio activo como derecho del trabajador cuando no reúna los requisitos para causar el derecho a la pensión de jubilación de la Seguridad Social, tiene importantes lagunas, pues quienes precisen más de esos períodos para acceder a la jubilación (seis años) no podrán acceder a este derecho, sino que quedará reconducido a la autorización excepcional de la prórroga por parte de la Administración, lo que resulta problemático desde la óptica del funcionamiento de la jubilación forzosa. Puesto que deberían respetarse las expectativas de prestación del médico, condicionando la jubilación forzosa a los 65 años al hecho de que el trabajador pueda acceder a la jubilación total¹¹.

Dejando de lado esta cuestión, diversas normas autonómicas han limitado y limitan la contratación de quienes tienen la edad máxima de jubilación (que serán los 65 años o más a tenor de las normas transitorias aplicables al incremento de la edad ordinaria de jubilación hasta alcanzar los sesenta y siete años previstos en el artículo 161 de la LGSS)¹², lo que ha contado con el apoyo del TJUE que ha declarado conforme a derecho estas diferencias de trato basadas exclusivamente en la edad, por lo que se refiere a la contratación o el acceso de trabajadores al empleo público, cuando el empresario deba abonar más cotizaciones, o la vinculación suponga un coste económico más elevado, en comparación con otros trabajadores. No obstante, tanto el TJUE como el TC han

⁹ En sentido contrario, aceptando que los médicos tienen derecho a la prórroga hasta los setenta años, cuando les ha sido de esa forma concedida, Ollo Luri, M.P. y Zuazu Moreno, A.: “La prórroga de permanencia en el servicio activo constituye un derecho adquirido: nulidad de jubilación forzosa”, ob. cit.; Ollo Uri, P.: “La readmisión de los médicos jubilados”, ob. cit.

¹⁰ SJ de lo Contencioso-administrativo de Pamplona, procedimiento abreviado nº 104/2013.

¹¹ Tortuero Plaza, J.L.: “La jubilación forzosa en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 2, 2003, ob. cit en Gómez-Millán, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 326.

¹² Entre otras, la Resolución de 14 de febrero de 2014, de la Dirección Gerencia, por la que se convoca la constitución de la bolsa de trabajo en la categoría de Enfermero/a Especialista de Salud Mental, para la selección y cobertura de plazas básicas de personal estatutario temporal en las Instituciones Sanitarias del Servicio Extremeño de Salud, dispone la posibilidad de contratar hasta la edad máxima de jubilación.

mantenido una línea judicial bastante consolidada sobre la jubilación forzosa, exigiendo que el sacrificio del interés individual (derecho al trabajo) responda a un interés común (política de empleo), como se indicará en el apartado quinto cuando se analicen las causas justificativas del cese, aunque los pronunciamientos recaídos en el sector sanitario hagan referencia a otro objetivo distinto (la contención o de reducción del gasto público)¹³.

Cerrada la vía de continuar prestando servicios en la Administración en atención a la jubilación forzosa decidida por el empleador público, el médico podría acceder a otro empleo en el sector privado, aunque algunos profesionales puedan encontrar dificultades para mantenerse en activo debido a los prejuicios sociales existentes sobre el empleo de los trabajadores de edad avanzada, lo que les llevaría prácticamente al cese forzoso en la vida activa, y en consecuencia, como forma de sustituir el salario que venían percibiendo en los Centros Hospitalarios, a su acceso involuntario a la jubilación.

De tal manera que la cuestión aquí analizada es técnicamente la resolución del vínculo de los médicos con la Administración Pública por razón de edad, y no tanto el acceso obligatorio a la jubilación, que no existe jurídicamente en nuestro ordenamiento, aunque se haya venido denominando al cese por razón de edad como jubilación forzosa, lo que debe tenerse en cuenta, dada su conexión con un potencial factor discriminatorio (la edad), para justificar el cese de los médicos.

4. LA EXCEPCIONAL PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA DE LOS MÉDICOS

Como sostienen muchos fallos judiciales relativos a la cuestión que aquí interesa, incluida la sentencia que se analiza, la prórroga en el servicio activo se entenderá siempre como excepcional, siendo la jubilación forzosa la medida general. Entre las causas que justifican la autorización de la prolongación activa, los PORHs examinados establecen la necesidad de cubrir el servicio prestado por la falta de personal en el caso concreto¹⁴, o, como sucede en el PORH de Canarias, por la dificultad para encontrar a facultativos en las espe-

¹³ Díaz Delgado, J.: “El derecho a prolongar la jubilación forzosa hasta los 70 años por los médicos de la Seguridad Social en función de las previsiones del Plan de Ordenación de Recursos Humanos”, ob. cit.

¹⁴ Acuerdo de 11 de noviembre de 2009, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio de Salud del Principado de Asturias; Orden de Castilla y León, de 27 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo; Resolución de 25 de marzo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud.

cialidades médicas; la relevancia de las técnicas empleadas por el trabajador¹⁵; el déficit de profesionales en esa categoría profesional o especialidad, tanto en lo que hace a los que prestan servicios actualmente como a los que concurren a los procesos de selección¹⁶; el grado de participación en la elaboración de guías clínicas o planes estratégicos¹⁷; el interés de la organización sanitaria en la permanencia del solicitante por razones de carácter asistencial¹⁸; el desempeño de actividades de investigación como director de proyectos (cuando se trate de profesionales que ejerzan jefaturas¹⁹); la trayectoria profesional meritoria del médico, en términos cuantitativos, por lo que hace a su implicación en los objetivos fijados, el rendimiento de su trabajo, los resultados obtenidos de su actividad o el nivel de absentismo de los tres últimos años anteriores a la fecha de la solicitud²⁰.

Todas estas causas justifican suficientemente la excepcionalidad de la prórroga en el servicio activo del médico, siendo coherentes con la protección de los derechos constitucionales del trabajador (derecho a la no discriminación por razón de edad y derecho al trabajo), salvo en el caso de la Rioja que inadmite la prolongación de la vida activa incluso cuando concurren estas razones de interés colectivo en su PORH 2013-2015, lo que resulta discutible por la ponderación de los derechos en juego. Por otro lado, existen importantes diferencias en atención a la CCAA de que se trate, lo que provoca una diversidad de criterios en las decisiones sobre el cese de los médicos por razón de edad, siendo aconsejable que las causas se amplíen en el sentido de recoger todos los motivos mencionados anteriormente. Pues estos motivos comprenden aquellas circunstancias donde resultaría discutible denegar la prolongación en el servicio activo del médico, por la concurrencia de importantes derechos en juego como son la salud o el bienestar de los usuarios de los servicios públicos de salud, cuya conexión con la vida lo convierte en un bien más relevante que el principio rector de conseguir un alto nivel de empleo, que justificaría, como se ha indicado, la jubilación forzosa de los médicos.

¹⁵ Orden de Castilla y León, de 27 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo; Resolución de 25 de marzo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud; Orden de 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad de Valencia.

¹⁶ Resolución de 23 de diciembre de 2011, por la que se publica el Plan de Ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de Salud.

¹⁷ Resolución de 25 de marzo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud.

¹⁸ Resolución de 25 de marzo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud.

¹⁹ Resolución de 25 de marzo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud.

²⁰ Orden 2/2013, de 7 de junio, de la Consellería de Sanidad de Valencia.

Por las razones expuestas, los pronunciamientos judiciales han entendido que el artículo 33 de la Ley 30/1984 establecía un derecho a la permanencia, que fue derogado por el EBEP. Por lo que no existe un derecho subjetivo a la prolongación en el servicio activo, como sostiene la Sala en el presente pronunciamiento, sino que la continuidad más allá de los 65 años se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos dispuestos en el EMPS, siendo necesaria la resolución motivada de la Administración Pública sobre su aceptación o denegación. De manera que la regla general es la jubilación forzosa del médico, siendo la permanencia en el servicio activo la excepción²¹, como nos recuerda el pronunciamiento judicial comentado.

5. EL PORH COMO BASE PARA JUSTIFICAR LA JUBILACIÓN FORZOSA

Admitiendo, con las reservas antes expresadas, la excepcionalidad de la prolongación del servicio activo, el PORH únicamente fija el objetivo a conseguir en materia de personal y realiza el cómputo de los trabajadores al servicio de una Administración Pública, Organismo o Institución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.1 del EMPS. La especial situación de crisis de la economía española ha justificado un uso más intensivo de la jubilación forzosa durante los últimos años, como destacamos al inicio, provocando que el PORH se convierta en un instrumento clave de las decisiones adoptadas, con el consiguiente detalle no sólo de la situación en la que se encuentra actualmente los trabajadores incluidos, sino también una desagregación por razón de edad, en muchas ocasiones profusamente detallada, con el fin de justificar precisamente la necesidad de recurrir a la jubilación forzosa para promover el relevo generacional.

Este interés por detallar ampliamente la composición de la plantilla (en atención a la edad y el género) se justifica porque los Tribunales han vinculado, como sucede en el presente pronunciamiento judicial, la jubilación forzosa directamente a lo dispuesto en el PORH, inadmitiendo conocer sobre la extinción del contrato por razón de edad, cuando el PORH no había sido impugnado anteriormente. En este sentido, la sentencia aquí analizada cambia la doctrina del TS en dos sentidos. De un lado, considera que el PORH no es un instrumento general, a pesar de que el artículo 13 del EMPS disponga que: “constituyen el instrumento básico de planificación global de los mismos dentro del servicio de salud o en el ámbito que se precise”. Por otro lado, admite

²¹ STS de 24 de enero de 2014, sala contencioso-administrativo (rec. cas. 3773/2012), STS de 13 de enero de 2014, sala de lo contencioso-administrativo (rec. cas. nº 2418/2012), ATC de 9 de Julio de 2013 (RTC 155/2013).

la impugnación indirecta del PORH, lo que permite conocer sobre el fondo del asunto planteado.

En esta dirección, el sacrificio de este derecho individual al trabajo frente al interés colectivo debe realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre las que los PORH, como se ha indicado antes, han encontrado razones atinentes a las dificultades del servicio, el déficit de personal o la meritoria carrera profesional del médico, refiriéndose únicamente a los objetivos de política de empleo con carácter general. Y justificando la jubilación forzosa en el relevo generacional sin entrar a valorar en el caso concreto la contratación de un nuevo trabajador o la estabilización de quien venía prestando servicios con anterioridad; lo que resultaría realmente necesario para garantizar la continuidad de la carrera profesional de los profesionales más jóvenes.

A este respecto, se ha cuestionado la validez de la decisión empresarial cuando se realiza sobre la base de un PORH que estaba vigente desde el año 2003 hasta 2008, produciéndose la solicitud dos años después que finalizara la vigencia de este PORH, concretamente en el año 2010, STS de 9 de abril de 2013 (rec. cas. 209/2012). Los Tribunales también le han dado la razón a los médicos cuando la Administración no justifica las causas del cese sobre la base de lo dispuesto en el PORH (STS de 10 de marzo de 2010, rec. cas. en interés n° 18/2008). No obstante, esto no significa que la existencia del PORH justifique por sí misma el cese de los médicos. En este sentido, las sentencias avalan la extinción del contrato de trabajo cuando el PORH no sea arbitrario (STS de 13 de enero de 2014, sala de lo contencioso administrativo, rec. cas. n° 2418/2012), lo que admite la impugnación directa e indirecta del PORH, como confirma el pronunciamiento judicial objeto de estudio. Esto resulta clave en el caso de la jubilación forzosa, donde pueden discutirse dos cuestiones diferentes. De un lado, el contenido del PORH, con los requisitos previstos para la prolongación de la vida activa o el cese. Por otro lado, los aspectos formales, en relación con los órganos competentes, la validez del procedimiento de negociación con los interlocutores sociales, o (como sucede en el presente caso) la necesidad de un informe económico preceptivo.

Además, la Administración no puede utilizar exclusivamente el PORH para justificar la jubilación forzosa, sino que se exige necesariamente que concurren razones suficientes en el caso concreto, como sostiene la presente sentencias y otras dictadas en el mismo sentido²², a pesar de que el artículo 26.2 del EMPS únicamente dispone que “esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”. Por lo que resulta adecuada la precisión realizada en muchos PORH

²² STS de 13 de enero de 2014, sala de lo contencioso administrativo (rec. cas. n° 2418/2012).

dictados hasta la fecha, donde se hace referencia, a la necesidad de justificar la causa de denegación en el caso concreto, no sólo en función de lo establecido en el PORH, sino también en lo que hace a la causa concreta que soporta la decisión de cesar al médico. Con lo que la prolongación de la vida activa queda condicionada realmente a las circunstancias concurrentes no sólo en relación con el trabajador (capacidad para trabajar, déficit en su especialidad, carrera meritaria, competencia profesional en el uso de técnicas particulares), sino también a la actividad que desempeña, en lo que se refiere a la posibilidad de su sustitución mediante por otro profesional con méritos suficientes para desempeñar el servicio. Teniendo en cuenta la concurrencia de derechos tan fundamentales como la protección de la vida (con una trascendencia más relevante que la política de empleo, o incluso que la entrada de trabajadores jóvenes o la estabilidad de personal con más experiencia), estos condicionantes resultan acertados en el caso de los médicos. Otros argumentos, como la especial pericia o responsabilidad de quienes cumplen sesenta y cinco años que debe acreditar suficientemente el médico para obtener la prolongación de la vida activa, que contienen muchos PORHs, reiteran estereotipos sociales basados en la edad, de dudosa adecuación al derecho a la no discriminación por razón de edad, sobre todo porque debe suponerse que estos profesionales han venido desempeñando su prestación de servicios hasta los sesenta y cinco años en condiciones de rendimiento óptimas. Dado que, en el caso contrario, la Administración podría haber decidido su inaptitud para el trabajo, y en consecuencia haber decidido su cese por este motivo incluso antes de cumplir la edad de jubilación.

Por tanto, la decisión de prolongar la vida activa del trabajador o acudir a la extinción contractual por el cumplimiento de la edad máxima precisa, como hemos venido avanzado, que la decisión empresarial se encuentre probada y apoyada en el caso concreto, operando el PORH como base para justificar la decisión de negar la continuidad en la vida activa (o prolongarla cuando la CCAA detecte carencias en la actividad que venía realizando el médico), sin que sea suficiente con una referencia general a una norma autonómica que regula la jubilación forzosa o la alusión a un PORH que no detalla las características de la composición de la plantilla²³. Por lo que, en definitiva, el sacrificio del interés individual del médico (derecho al trabajo que se articula mediante la prolongación de la vida activa) por el colectivo (política de empleo, rejuvenecimiento de la plantilla, acceso al empleo de los trabajadores más jóvenes, reducción del gasto, protección de la vida de los pacientes) deben acreditarse en el caso concreto.

²³ Díaz Delgado, J.: “El derecho a prolongar la jubilación forzosa hasta los setenta años por los médicos de la Seguridad Social en función de las previsiones del Plan de Ordenación de Recursos Humanos”, *ob. cit.*, pp. 104, 116 y ss.

6. LA NECESARIA JUSTIFICACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO EN ATENCIÓN A LA CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO

Centrada la cuestión en los motivos que justifican el sacrificio del interés individual del trabajador a permanecer en el servicio activo, en conexión con el derecho constitucional al trabajo reconocido en el artículo 35 de la CE, conviene recordar la línea argumental mantenida por los distintos pronunciamientos judiciales, a los efectos de situar la jubilación forzosa de los médicos en el contexto de la doctrina existente sobre la extinción del contrato de trabajo por razón de edad.

Como es conocido, la STC de 2 de julio de 1981 (RTC 22/1981), en relación con los trabajadores laborales que prestan servicios en empresas privadas, se refirió a la posibilidad de introducir tanto cláusulas de jubilación forzosa como justificar los ceses por razón de edad en atención a objetivos concretos de política de empleo. Por su parte, la conocida STJUE de 16 de octubre de 2007 (C-411/05) *Félix Palacios de la Villa*, que marcó un punto relevante de inflexión en cuanto a la jubilación forzosa en España, dispuso la necesidad de que el objetivo de empleo se concretara en la contratación de un nuevo trabajador o en la transformación de un contrato temporal en otro indefinido, sin posibilidad de que se amortizara el puesto de trabajo, lo que cerró la posibilidad a la consideración de la jubilación forzosa como un instrumento de gestión empresarial, corrigiendo definitivamente la doctrina del Tribunal Supremo que había requerido menos exigencias para la extinción del contrato de trabajo por razón de edad²⁴. En esta misma dirección, el TJUE ha sostenido, en relación con la jubilación forzosa de los empleados públicos, la necesidad de que se cumplan los mismos objetivos de política social, empleo o formación requeridos en las empresas privadas²⁵.

Con lo que la jubilación forzosa que se establece con carácter general para los profesionales sanitarios debe motivarse en cada caso concreto, lo que exige justificar tanto la concesión como la denegación de la solicitud del médico sobre su continuidad en el servicio activo. Pese a que la posición de los Tribunales en esta materia no haya sido suficientemente clara, dado que algunos pronunciamientos únicamente justifican el cese por razón de edad sobre la base de lo dispuesto en el PORH (STS de 13 de enero de 2014, rec. cas. nº 2418/2012). En otros casos, se exige algo más que la mera referencia al relevo generacional contenida en el PORH (STS de 23 de diciembre de 2013, sala de

²⁴ Sobre la jubilación forzosa más extensamente, Gómez-Millán, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 324 y ss.

²⁵ STJUE de 6 de noviembre de 2012 (C-286/12), *Comisión contra Hungría*; STJUE de 7 de febrero de 2013 (C-546/11) *Dansk Jurist- og Økonomforbund*, entre otros.

lo contencioso administrativo, rec. cas. n° 2386/2012), en la misma dirección que la STS de 10 de marzo de 2010 (rec. cas. en interés n° 18/2008) y de la sentencia aquí comentada.

De tal manera que el presente pronunciamiento incide en la exigencia de justificar tanto la autorización como la denegación de la prolongación en la vida activa, lo que supone un avance en la línea de considerar la jubilación forzosa de los médicos en un contexto más acorde con el principio de igualdad y no discriminación por razón de edad, así como más coherente con el derecho al trabajo reconocido constitucionalmente en el artículo 35 de la CE.

7. UN BREVE EPÍLOGO DE LAS CUESTIONES PENDIENTES

1.- La jubilación es un derecho de quienes, cumplida una cierta edad y reunidos los requisitos dispuestos en la ley, desean acceder, de forma voluntaria, al retiro, en las condiciones y términos fijados en la Ley General de Seguridad Social. La solidaridad de quienes comparten en común un proyecto de Estado del Bienestar justifica el sacrificio de derechos constitucionales individuales (derecho del trabajo) en beneficio de intereses colectivos (la consecución de ciertos objetivos de empleo). Sin embargo, la jubilación forzosa de los médicos, como queda constatada en los fallos judiciales dictados que han sido favorables a estos profesionales, ha superado los límites de este sacrificio colectivo, operando la jubilación forzosa de manera casi automática.

2.- Como sostiene la Sala en el presente caso, la decisión empresarial debe justificarse suficientemente atendiendo a lo dispuesto en el PORHs y a las circunstancias del caso concreto. Tratándose la salud de un bien superior y prioritario a la estabilidad de un trabajador o a la entrada de otra persona en la empresa, e incluso a la contención del gasto público, la continuidad de estos profesionales, como se deduce de la normativa reguladora y los pronunciamientos judiciales, se justifica cuando concurren causas razonadas (déficit de profesionales, la especial competencia del médico, la particularidad de las técnicas empleadas, la capacidad formativa de los profesionales más jóvenes), lo que lleva necesariamente a la revisión de la tarea desempeñada por el profesional sanitario, en lo que hace a su especial competencia, así como a la estabilidad o a la contratación de otro facultativo, para justificar tanto la jubilación forzosa como la prolongación de la vida activa.

4.- No obstante, la sentencia aquí comentada plantea una importante cuestión de fondo, dado que el asunto vuelve nuevamente al Tribunal de instancia, cinco años después de que se formulara la petición de prórroga (3 de abril de 2009), cerca del plazo dispuesto para la jubilación forzosa (15 de octubre de 2009), y por tanto, próximo a que el trabajador cumpla la edad máxima para

prestar servicios (70 años). Esto pone de manifiesto la necesidad de arbitrar mecanismos que permitan una solución más rápida a estas cuestiones, por dos razones esenciales. Primero, se suscitan importantes dudas en lo que hace a la devolución de esta cuestión al TSJ para la solución del presente caso, donde lo que se discute, en el fondo, no es la validez del PORH, que ha sido tratada en otra sentencia, sino la adecuación de la decisión empresarial extintiva al régimen de la jubilación forzosa. En segundo lugar, el fallo resolutorio, cualquiera que sea su sentido, impedirá debido a su tardanza la incorporación del facultativo a la actividad que venía realizando, con lo que la Administración Pública deberá abonar a lo sumo la indemnización correspondiente, lo que tampoco resulta conveniente a la Administración que deberá pagar sin recibir a cambio la prestación de servicios. Y el trabajador habrá perdido, en definitiva, la posibilidad de ejercitar su derecho a realizar la prestación de servicios (artículo 35 de la CE) por una decisión injustificada.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ABRIL A JUNIO DE 2014

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO-LEY 5/2014, DE 22 DE ABRIL, DE MEDIDAS NORMATIVAS PARA REDUCIR LAS TRABAS ADMINISTRATIVAS PARA LAS EMPRESAS (BOJA NÚM. 82, 30 DE ABRIL DE 2014).

Con la aprobación de esta disposición se pretende establecer medidas destinadas a:

- a) Mejorar la regulación de las actividades económicas.
- b) Simplificar los procedimientos de autorización que afectan a las actividades económicas; determinando aquellas para las que es necesario establecer la autorización en virtud de lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
- c) Reforzar las competencias y funcionamiento de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

Los dos primeros objetivos se concretan en las disposiciones desarrolladas en el Título I de la norma (artículos 2 a 13); su puesta en práctica conlleva la modificación de un amplio espectro normativo, en concreto, las siguientes normas:

- Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas de Andalucía.
- Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía.
- Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.
- Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía.
- Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas

Andaluzas.

- Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía.
- Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo.

Para finalmente, establecer en el artículo 13 del Decreto-ley 5/2014, que actividades económicas se consideran inocuas. Los distintos Anexos complementan las disposiciones citadas, así en el ANEXO I se concretan los procedimientos de autorización regulados en normas de rango legal que se mantienen por estar justificados; en el ANEXO II, los regímenes de autorización regulados en disposiciones con rango inferior a ley que se mantienen por estar justificados; y finalmente, en el ANEXO III, las categorías de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental.

El tercer objetivo; es decir, el reforzamiento de las competencias y la determinación del funcionamiento de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, se desarrolla en el Título II (artículo 14), concretándose con la aprobación de la modificación de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía.

Es de destacar, que mediante la Disposición adicional primera de la Decreto-ley 5/2014, se establece que la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo pondrá en funcionamiento en el plazo de tres meses la «Iniciativa @mprende+», para finalizar la rápida creación de empresas de forma gratuita, mediante la financiación de los gastos notariales y de registro mercantil derivados de la constitución de las empresas que adoptaren la forma jurídica de responsabilidad limitada, sociedad limitada nueva empresa, sociedad laboral limitada y tengan domicilio social en Andalucía. Esta iniciativa se publicó en el BOJA núm. 86, de 7 de mayo de 2014).

Finalmente, el Decreto-Ley 5/2014, se convalidó mediante la Resolución de 15 de mayo de 2014, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto-Ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas. (BOJA núm. 100, de 27 de mayo de 2014).

DECRETO-LEY 6/2014, DE 29 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@JOVEN Y LA «INICIATIVA @MPRENDE+». (BOJA NÚM. 86, DE 7 DE MAYO DE 2014).

La entrada en vigor de este Decreto-Ley ha supuesto, en primer lugar, la derogación de las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan al mismo; y, expresamente: a) La disposición adicional segunda del Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía. b) Los Capítulos III y V del Decreto

149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido. c) El apartado a) del artículo 5 y el artículo 6 de la Orden de 28 de abril de 2011, por la que se aprueba el Programa Integral de Empleo para personas jóvenes en Andalucía y modifica las Órdenes que se citan.

En segundo lugar, los distintos programas que se regulan en esta norma fueron convalidados con la aprobación de la Resolución de 15 de mayo de 2014, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto-ley 6/2014, de 29 de abril, por el que se aprueba el Programa Emple@Joven y la Iniciativa @mprende+. (BOJA núm. 100, de 27 de mayo de 2014).

En tercer lugar, lo que se aprueban son diversas iniciativas, que en líneas generales podemos resumir en las siguientes líneas.

a) El Programa Emple@Joven, que tiene como finalidad activar el empleo en la Comunidad Autónoma Andaluza mejorando la empleabilidad de las personas jóvenes y facilitando su inserción en el mercado de trabajo.

Este plan se desarrolla en el Título I –artículos 3 a 71-, con el claro objetivo de tratar de mejorar la empleabilidad de las personas jóvenes andaluzas para tratar de reducir el tiempo de inactividad existente entre la finalización de su periodo formativo o el inicio de la situación de desempleo y el desempeño efectivo de un puesto de trabajo. Su puesta en práctica se realiza mediante la asignación de una partida presupuestaria de doscientos millones ciento ochenta y siete mil quinientos euros (200.187.500).

El Programa Emple@Joven se articula a través de 5 líneas de actuación que cuyas características y dotaciones concretas se precisan en sus distintos apartados; agrupándose las actuaciones en las siguientes medidas: a) Activa Empleo Joven. b) Cooperación Social y Comunitaria para el Impulso del Empleo Joven. c) Prácticas profesionales en empresas. d) Bono de Empleo Joven. e) Becas para el desarrollo de proyectos I+D+i.

Para poder acceder a sus beneficios, las personas físicas o jurídicas que muestren interés, tendrán que reunir los requisitos indicados en su artículo 4, de manera que:

- Serán beneficiarias las personas jóvenes, las universidades, los ayuntamientos y las personas y entidades empleadoras.
- Se entiende por el colectivo de personas jóvenes, aquellas que tuvieren una edad comprendida entre los 18 y 29 años inclusive; además tendrán que estar empadronadas en la Comunidad Autónoma Andaluza.
- En todo caso, las personas beneficiarias no podrán encontrarse en las circunstancias indicadas en el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, ni podrán tener contraídas deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de derecho público de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

- Deberán solicitar las ayudas siguiendo los trámites exigidos para el procedimiento de concesión, desarrollado en el Capítulo VII del Título I (artículos 57 a 71).

b) La segunda parte de esta disposición, se concreta en la aprobación de la denominada «Iniciativa @mprende+», que está dirigida a facilitar la creación de empresas de forma rápida y de manera gratuita.

Esta iniciativa se regula en el Título II del Decreto-Ley 6/2014 (artículos 72 a 89) y tiene como objetivo financiar los gastos notariales y de registro mercantil derivados de la constitución en Andalucía de una empresa bajo la forma jurídica de sociedad de responsabilidad limitada o sociedad limitada nueva empresa facilitando así la creación de empresas de manera gratuita.

Los posibles beneficiarios de esta modalidad de ayuda deberán de reunir los requisitos indicados en el artículo 73, en concreto: 1) Deberán ser personas físicas o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica que quieran constituir una sociedad con domicilio social en Andalucía; se comprometan a iniciar una actividad empresarial; y, finalmente se constituyan en un plazo máximo de tres meses desde la fecha de resolución de la concesión de la ayuda. 2) No podrán encontrarse incurso en las circunstancias a las que alude el artículo 13.2 y 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre; con la excepción indicada en el artículo 73.3 del Decreto-Ley 6/2014.

En lo que se refiere a la cuantía de las ayudas y los conceptos que se subvencionan, se establecen en el artículo 74, abarcando a los siguientes apartados:

- El 100% del coste total de los gastos notariales y de registro mercantil en la cuantía máxima fijada en los aranceles notariales vigentes que sean aplicables (sin que en concurrencia con otras ayudas o ingresos pueda superar el coste de la actividad incentivada).
- Los costes notariales y de registro mercantil que conlleven la constitución de las empresas, siempre que se ejecuten en el plazo de tres meses desde la fecha de la resolución de concesión.
- Por el contrario, no tienen consideración de gastos incentivables: los impuestos indirectos cuando sean susceptibles de recuperación o compensación, ni los impuestos personales sobre las rentas

c) La última parte del Decreto-Ley 6/2014, en concreto las págs. 37 a 50, recoge los distintos formularios oficiales que deberán de rellenar las partes interesadas para solicitar las ayudas de los distintos programas.

DECRETO-LEY 8/2014, DE 10 DE JUNIO, DE MEDIDAS EXTRAORDINARIAS Y URGENTES PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL A TRAVÉS DEL EMPLEO Y EL FOMENTO DE LA SOLIDARIDAD EN ANDALUCÍA. (BOJA NÚM. 113, DE 13 DE JUNIO DE 2014).

Se implanta un conjunto de medidas de carácter urgente y extraordinario, con las que se pretenden: a) Impulsar la inclusión social de personas excluidas del mercado de trabajo, especialmente de las que son más vulnerables; b) Crear mecanismos para conseguir su inclusión sociolaboral; c) impulsar la solidaridad en Andalucía mediante acciones coordinadas entre instituciones públicas y privadas; y, d) Atender a las necesidades básicas de personas, familias y colectivos susceptibles de especial protección como es el caso de las personas menores, las personas mayores y las que se encuentran en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo.

El objetivo se trata de conseguir mediante la implantación de las siguientes medidas:

a) Aprobación de un Plan de Inclusión a través del Empleo, que estará conformado, a su vez, por dos programas distintos:

1. El Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación de Andalucía, que se regula en su Capítulo I del Título II (artículos 3 a 21).

El colectivo que podrá beneficiarse de la ayuda son las personas de edad laboral pertenecientes a una unidad familiar que reúnan los requisitos que se relacionan en el artículo 8 del Real Decreto-Ley 8/2014; concretamente:

- Estar empadronadas en el municipio donde se presente la solicitud.
- Que fueren demandantes de empleo inscritos en el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) y no hubieren trabajado más de 90 días durante el año anterior a la solicitud de ayuda.
- Que su unidad familiar reúna los requisitos que se indican.
- Y, finalmente, que acrediten mediante informe social oficial la situación de exclusión social o en riesgo de estarlo.

2. El Programa Extraordinario de Inserción Sociolaboral, mediante la contratación de personas perceptoras del Ingreso Mínimo de Solidaridad, aprobado mediante el Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula la creación del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía.

Este programa se desarrolla en el Capítulo II del Título II (artículos 22 a 27).

Este plan se realizará a través de empresas de economía social y empresas de inserción, entendiéndose por estas las que se encuentran definidas como tales en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

b) La aprobación del Plan Extraordinario de Solidaridad de Andalucía, centrado en:

1. El Programa Extraordinario para suministros mínimos vitales y prestaciones de urgencia social, destinado a cubrir situaciones económicas urgentes de las necesidades básicas que no puedan ser atendidas por las personas que se encuentran en exclusión social, que se regula en el Capítulo I del Título III (artículos 28 a 45).

2. La ampliación de las Ayudas Económicas Familiares destinadas a garantizar las necesidades básicas de menores de unidades familiares en situación de grave riesgo de exclusión social. Se regula en el Capítulo II del Título III (artículos 46).

Con el incremento de esta partida se pretende potenciar la atención de las necesidades más básicas de las personas menores de familias carentes de recursos suficientes, mediante la ampliación de las Ayudas Económicas Familiares de la Orden de 10 de octubre de 2013, por la que se regulan las Ayudas Económicas Familiares y su gestión mediante cooperación entre la Junta de Andalucía y las Entidades Locales, con una dotación presupuestaria adicional para el ejercicio 2014 de cuatro millones quinientos mil euros (4.500.000 €) que se financiarán con cargo al Programa Presupuestario 32E denominado «Inclusión Social».

c) La aprobación del Plan Extraordinario de Solidaridad y Garantía Alimentaria.

Se regula en el Título IV (artículos 47 a 66). Dentro de este plan se encuentran las acciones para reforzar la alimentación infantil en los centros docentes públicos de Andalucía; así como el reforzamiento del Programa Bonificado del Servicio de Comedor de los Centros de Participación Activa, a través de la tarjeta 65.

Buena parte de las 71 páginas del Decreto-Ley 8/2014 se destinan a publicar tanto los formularios oficiales precisos para realizar las peticiones a los distintos programas, como a precisar las cantidades que se asignan en los distintos Anexos a los municipios Andaluces para dotarlos de los fondos necesarios para conceder las ayudas o peticiones que se relacionan en el mismo. Finalmente, se cierra con las siguientes disposiciones:

a) Se establece la fecha de su entrada en vigor, el 14 de junio de 2014.

b) Se deroga el Decreto-Ley 7/2013 de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía, excepto el artículo 19, el Capítulo I del Título III, el artículo 33 y las disposiciones finales primera y segunda, que se mantienen en vigor durante el periodo de vigencia del presente Decreto-ley.

c) Se mantiene expresamente en vigor la definición de «Zonas con Necesidades de Transformación Social» que se establece en el artículo 3.3 y lo dispuesto en el artículo 3.4 del Decreto-ley 7/2013 de 30 de abril, así como su Anexo I.

ORDEN DE 13 DE MAYO DE 2014, POR LA QUE SE CREAN, SUPRIMEN Y REGULAN FICHEROS DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO. (BOJA NÚM. 107, DE 5 DE JUNIO DE 2014).

Mediante esta disposición se crea, suprime y regula los ficheros de datos de carácter personal gestionados por el Servicio Andaluz de Empleo incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Los ficheros de carácter personal creados en el Servicio Andaluz de Empleo, se relacionan en el Anexo I de la orden, de manera que:

a) La persona titular del órgano responsable del fichero tendrá que adoptar las medidas necesarias para asegurar la confidencialidad, seguridad e integridad de los datos, así como las conducentes a hacer efectivas las demás garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el Real Decreto 170/2007, de 21 de diciembre.

b) Los datos personales sólo podrán ser cedidos en los términos previstos en los artículos 7, 8, 11 y 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el artículo 10 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

c) Los datos de los ficheros, sí se podrán ceder al Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía para fines estadísticos de acuerdo con la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ORDEN DE 6 DE JUNIO DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES DEL PROGRAMA DE APOYO A LA PROMOCIÓN Y EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOCIAL PARA EL EMPLEO. (BOJA NÚM. 113, DE 13 DE JUNIO DE 2014).

Mediante esta disposición se aprueba el Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo. La disposición se puede distribuir en cinco segmentos claramente diferenciadas.

La primera parte desarrolla las disposiciones generales y se concreta en el Capítulo I (artículos 1 al 7). Establece, genéricamente, el objeto y las líneas de la subvención; los requisitos que deberán de cumplir las entidades solicitantes de las subvenciones; las limitaciones presupuestarias y el control de las

subvenciones; el régimen de la financiación; la cuantía y los gastos subvencionables; y, finalmente, el régimen de subcontratación, en su caso.

La segunda parte se ocupa de desarrollar de manera específica cada una de las siete líneas en las que se diversifica el programa, siendo:

a) La Línea 1 se destina al Fomento del Empleo en Cooperativas y Sociedades Laborales, apoyando por un lado, la incorporación de personas socias trabajadoras o de trabajo a estas entidades; y por otro lado, facilitando ayudas para que puedan contratar a gerentes y técnicos especializados necesarios para desarrollar su actividad de forma competitiva.

Esta línea se desarrolla en el Capítulo II (artículos 8 al 10), que concreta los requisitos que deberán de cumplir estas incorporaciones o contrataciones. La cuantía destinada a las incorporaciones de los socios se establece en una horquilla que va desde los 4000 a los 10000 euros, en función de que las nuevas incorporaciones de socios se ajusten a un perfil u otro. Las subvenciones se establecen para las contrataciones a tiempo completo, con la consiguiente aplicación de la parte proporcional de la subvención cuando nos hallemos ante un contrato a tiempo parcial. En lo que se refiere a la cuantía para contratar personal técnico o gerentes, la cuantía va de los 3000 a los 10000 euros por contrato a tiempo completo (la parte proporcional en el supuesto de reducción).

b) Línea 2. Difusión y Promoción de la Economía Social.

Mediante esta línea se podrán subvencionar, las actividades que estén directamente orientadas al fomento del empleo y persigan alguno de los objetivos indicados en el artículo 11.2 de la Orden. Para conseguir la ayuda, el objetivo tendrá que llevarse a cabo a través de alguna de las acciones subvencionables que se reseñan en el apartado 2 del mismo artículo, en concreto para: Organización de congresos, jornadas, seminarios, conferencias, encuentros, presencia en ferias y otras actividades de naturaleza similar; elaborar y publicar estudios, trabajos de documentación, análisis e investigación y otras entidades similares; realizar publicaciones de libros, folletos, revistas, dípticos y similares; producir audiovisuales y páginas web; realizar campañas de difusión y divulgación; realizar informes y encartes en medios de difusión y publicaciones especializadas. Los gastos subvencionables se desglosan en el apartado 3 del citado artículo 11.

c) Línea 3. Fomento del Emprendimiento Social.

Se desarrolla igualmente dentro del Capítulo II, en el artículo 12. El objetivo es subvencionar la constitución de empresas de economía social, especialmente en el marco de las figuras reguladas en la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, la transformación de entidades con actividad económica ya existentes en empresas de economía social y la recuperación de empresas por sus trabajadores. En el citado artículo 12 se concretan tanto el objetivo, las acciones a realizar, los gastos subvencionables y la cuantía que podrá alcanzar el 100% de los gastos subvencionables en los que se tenga que incurrir para la ejecución de la

acción, con un límite de 150.000 euros; teniendo el gasto por costes salariales las limitaciones que se concretan en el artículo 16.4 de la Orden.

d) Línea 4. Innovación y Competitividad Empresarial de la Economía Social.

Tiene como finalidad, subvencionar las actividades que conlleve una contribución sustantiva en el incremento del nivel de competitividad empresarial y sostenibilidad de las cooperativas y sociedades laborales andaluzas; así como en la apertura de nuevas posibilidades de negocio para estas empresas, en los términos que se indican en el artículo 13. La cuantía de la subvención podrá alcanzar el 100% de los gastos subvencionables, hasta un límite de 150.000 euros. A los costes salariales se le aplican, igualmente, los límites establecidos en el artículo 16.4 de la Orden.

e) Línea 5. Intercooperación Empresarial en la Economía Social.

Como se establece en el artículo 14 “podrán ser objeto de subvención los proyectos empresariales de cooperación de cooperativas y sociedades laborales, salvo si actúan en los sectores exceptuados del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) núm. 1407/2013, de la Comisión de 18 de diciembre de 2013, que persigan un incremento en el dimensionamiento de una actividad de interés común que les permita compartir y optimizar recursos, reducir riesgos y costes, aumentar los ingresos y, en definitiva, mejorar la productividad y eficiencia, fortaleciendo su posición competitiva”.

Las acciones subvencionables son, como en los casos anteriores, para el ejercicio de las acciones que se especifican de forma expresa. Las subvenciones en este caso, tal como se dispone en el apartado 9 del artículo 14 “La cuantía de estas subvenciones podrá alcanzar hasta el cincuenta por ciento de los gastos subvencionables, con un límite máximo total de 45.000 euros por acción, 15.000 euros en concepto de gastos previos y 30.000 euros en concepto de gastos de puesta en marcha e implementación del proyecto. En el gasto por costes salariales se aplicarán los límites establecidos en el artículo 16.4”.

f) Línea 6. Formación Profesional en Economía Social.

El objetivo perseguido es subvencionar la mejora de la capacidad profesional de las estructuras productivas y de gestión de las cooperativas y sociedades laborales; desarrollándose en el artículo 15 los requisitos que deberán reunir tanto las personas trabajadoras, como los programas formativos. Este objetivo es el más complejo, encontrándose regulado con mayor intensidad; se podrán tener derecho a las subvenciones que se establecen en el apartado 34 del citado artículo.

g) Línea 7. Asociacionismo.

Pretende fortalecer el posicionamiento de la economía social andaluza con actuaciones dirigidas a la consecución de los objetivos que se desarrollan en el artículo 16 de la Orden; donde además se concretan las acciones, los gastos subvencionables y las cuantías.

La tercera parte, es la que se relaciona en el Capítulo III de la Orden, que comprende del artículo 17 al 38 y regula todas las normas comunes del procedimiento necesarias para la tramitación y control de los expedientes.

La cuarta y última parte, contienen las disposiciones necesarias para culminar el funcionamiento de la nueva disposición. En todo caso, conviene tener en cuenta que, de manera expresa, quedan derogadas las siguientes disposiciones:

- La Orden de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, de 29 de junio de 2009, por la que establecen las bases reguladoras de un programa de apoyo a la innovación y al desarrollo de la economía social, y se efectúa su convocatoria para los ejercicios 2009 a 2013.
- La Orden de la Consejería de Empleo, de 2 de agosto de 2011, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Universidades de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la Prevención de Riesgos Laborales y su convocatoria anual.

Otras normas aprobadas en este período son las siguientes:

a) DECRETO 90/2014, DE 13 DE MAYO, POR EL QUE SE DICTAN NORMAS PARA FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA Y DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SUS AGENCIAS EN LAS ELECCIONES DE DIPUTADOS Y DIPUTADAS AL PARLAMENTO EUROPEO QUE HABRÁN DE CELEBRARSE EL PRÓXIMO DÍA 25 DE MAYO DE 2014. (BOJA núm. 92, de 15 de mayo de 2014).

b) DECRETO 99/2014, DE 10 DE JUNIO, POR EL QUE SE DETERMINA EL CALENDARIO DE FIESTAS LABORALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2015. (BOJA núm. 118, de 20 de junio de 2014).

c) CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA ORDEN DE 18 DE FEBRERO DE 2014, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, PARA LA INTEGRACIÓN SOCIO-LABORAL DE LAS PERSONAS PERTENECIENTES A COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL, A TRAVÉS DE EMPRESAS DE INSERCIÓN, Y SE EFECTÚA SU CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2014. (BOJA núm. 42, de 4.3.2014). Esta corrección de errores se ha publicado en el BOJA núm. 64, 3 de abril de 2014.

d) ORDEN DE 1 DE ABRIL DE 2014, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 18 DE ENERO DE 2012, DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA,

INNOVACIÓN Y CIENCIA, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DE UN PROGRAMA DE INCENTIVOS PARA EL FOMENTO DE LA INNOVACIÓN Y EL DESARROLLO EMPRESARIAL EN ANDALUCÍA Y SE EFECTÚA SU CONVOCATORIA PARA LOS AÑOS 2012 Y 2013. (BOJA núm. 70, 10 de abril de 2014).

e) CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA RESOLUCIÓN DE 29 DE ENERO DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES, POR LA QUE SE COMPLETA EL CONTENIDO DE LA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2013, POR LA QUE SE PUBLICAN LAS FIESTAS LOCALES DE LOS MUNICIPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2014. (BOJA núm. 75, 21 de abril de 2014).

